



VNIVERSIDAD D SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE EN EL ÁMBITO
CONTRACTUAL: ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DEL
CONSUMO

PRESENTADA POR:

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO MOR

DIRECTORES:

Dr. D. EUGENIO LLAMAS POMBO

LLAMAS POMBO

EUGENIO CAROLO -

078334705

Se declara que el contenido de esta tesis doctoral es original y que no se ha copiado ni se ha utilizado material protegido por derechos de autor sin el consentimiento expreso del titular de los derechos.

Dr. D. LORENZO MEZZASOMA

SALAMANCA, 2022

ÍNDICE

| | |
|--------------------|---|
| INTRODUZIONE | I |
|--------------------|---|

CAPÍTULO I

GENERALIDADES, SIGNIFICADO Y APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA SORPRESA EN EL CAMPO JURÍDICO

| | |
|---|----|
| 1. PROLEGÓMENOS | 1 |
| 1.1. EL ORIGEN DEL TÉRMINO. BREVE APROXIMACIÓN ETIMOLÓGICA E HISTÓRICA.. | 1 |
| 1.1.1. <i>Los albores de las voces ‘sorpresa’ y ‘sorprender’</i> | 2 |
| 1.1.2. <i>De la delimitación de las voces en el ámbito castrense a su subsiguiente generalización en el lenguaje</i> | 4 |
| 1.1.3. <i>La connotación jurídica de las voces ‘sorpresa’ y ‘sorprender’ en sus orígenes.</i> | 7 |
| 1.2. LA SORPRESA CONSIDERADA COMO EMOCIÓN. SUMARIA REFERENCIA A LA VISIÓN FILOSÓFICA Y PSICOLÓGICA DE LA SORPRESA | 9 |
| 1.2.1. <i>Generalidades en torno a la sorpresa concebida como emoción humana</i> | 9 |
| 1.2.2. <i>Proceso de formación y aspectos básicos alrededor de la sorpresa como emoción</i> | 11 |
| 2. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y NATURALEZA DE LA SORPRESA EN EL DERECHO HISTÓRICO Y COMPARADO | 14 |
| 2.1. ORÍGENES DE LA SORPRESA EN EL ESCENARIO JURÍDICO | 14 |
| 2.1.1. <i>La sorpresa concebida como un medio para fundamentar una ‘requête civile’</i> | 16 |
| 2.1.2. <i>La sorpresa concebida como un vicio que puede eclipsar la voluntad del juez, o del Rey. Su relación con la obrepción y la subrepción...</i> | 20 |
| 2.1.3. <i>El papel de la sorpresa frente a los vicios de la voluntad: sumaria referencia y remisión</i> | 23 |
| 2.1.4. <i>Particular referencia al desarrollo de la sorpresa en el Derecho histórico anglosajón</i> | 24 |

| | |
|---|----|
| 2.2. LA SORPRESA Y SU INCIDENCIA EN EL MOVIMIENTO CODIFICADOR DEL DERECHO CIVIL | 27 |
| 2.2.1. <i>La incidencia de la sorpresa en el ámbito del Código Civil francés..</i> | 29 |
| 2.2.2. <i>La sorpresa y su recepción en el movimiento codificador: particular referencia a los Códigos latinoamericanos</i> | 33 |

CAPÍTULO II

LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE Y SU PROYECCIÓN GENERAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CONTRACTUAL

| | |
|---|----|
| 1. LA CONNOTACIÓN Y RELEVANCIA JURÍDICA DE LA SORPRESA. IMPORTANCIA DEL TEMA Y COMETIDO PRIMORDIAL DEL PRESENTE ESTUDIO | 38 |
| 1.1. LINEAMIENTOS PRELIMINARES EN TORNO A LA SORPRESA CON CONNOTACIÓN JURÍDICA | 38 |
| 1.2. LA DELIMITACIÓN DE LA SORPRESA CON TRANSCENDENCIA JURÍDICA. LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA | 43 |
| 1.3. LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE COMO CONCEPTO IDÓNEO PARA ENGLOBALAR LA PROBLEMÁTICA DE LA SORPRESIVIDAD EN EL DERECHO CONTRACTUAL..... | 49 |
| 1.4. DIFERENTES MANIFESTACIONES DE LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL. SUMARIA REFERENCIA | 55 |
| 1.5. LA NECESIDAD DE UNA RESPUESTA TUITIVA POR PARTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE. EL RECHAZO Y LA PREVENCIÓN COMO IDÓNEOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN | 60 |
| 2. LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE Y LOS PARÁMETROS PARA SU VALORACIÓN | 69 |
| 2.1. LA DILIGENCIA COMO PARÁMETRO DE VALORACIÓN EN RELACIÓN CON LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE..... | 69 |
| 2.2. EL CRITERIO DE LA RAZONABILIDAD COMO PARÁMETRO DE VALORACIÓN EN RELACIÓN CON LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE. | 73 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 3. | LA SORPRESA Y SU PROYECCIÓN A LA LUZ DE LOS NUEVOS PERFILES Y DERROTEROS DEL DERECHO CONTRACTUAL CONTEMPORÁNEO, EN ESPECIAL DEL DERECHO DE CONSUMO | 80 |
| 3.1. | EL RECHAZO A LO SORPRESIVO A PARTIR DE LA RELECTURA DEL DERECHO CONTRACTUAL CONTEMPORÁNEO. | 80 |
| 3.2. | EL DESENVOLVIMIENTO DE LA SORPRESA A LA LUZ DE ALGUNOS LINEAMIENTOS DEL NUEVO DERECHO CONTRACTUAL. | 90 |
| 3.2.1. | <i>El redimensionamiento de la voluntad</i> | 90 |
| 3.2.2. | <i>La protección del contratante que se encuentra en situación de debilidad o vulnerabilidad</i> | 93 |
| 4. | PRINCIPALES POSTULADOS DEL DERECHO CONTRACTUAL CONTEMPORÁNEO QUE SIRVEN COMO FUNDAMENTO DEL RECHAZO DE LO SORPRESIVO | 99 |
| 4.1. | EL POSTULADO DE LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DEL RECHAZO A LO SORPRESIVO. | 99 |
| 4.1.1. | <i>Breve aproximación en relación al contenido, relevancia y alcance del postulado de la buena fe en la esfera contractual</i> | 99 |
| 4.1.2. | <i>Los diversos estadios y manifestaciones de la buena fe y su incidencia respecto a la sorpresa jurídicamente relevante</i> | 100 |
| 4.1.3. | <i>El ‘deber especial de no sorprender’ como particular manifestación de la buena fe objetiva</i> | 106 |
| 4.2. | EL POSTULADO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA COMO FUNDAMENTO DEL RECHAZO A LO SORPRESIVO | 110 |
| 4.2.1. | <i>Breve aproximación en relación al contenido, relevancia y alcance del postulado de la confianza legítima en la esfera contractual</i> | 110 |
| 4.2.2. | <i>La confianza legítima y su incidencia respecto a la sorpresa jurídicamente relevante</i> | 114 |
| 4.3. | EL POSTULADO DE LA TRANSPARENCIA CONTRACTUAL COMO FUNDAMENTO DEL RECHAZO A LO SORPRESIVO..... | 117 |
| 4.3.1. | <i>Breve aproximación en relación al contenido, relevancia y alcance del postulado de la transparencia en la esfera contractual</i> | 117 |
| 4.3.2. | <i>La composición binomial conformada por la transparencia y la información contractual. La sorpresa y su interrelación con la problemática que integra la existencia de las asimetrías informativas</i> | 120 |
| 4.3.3. | <i>La información transparente como mecanismo de carácter preventivo y remedial respecto a la sorpresa jurídicamente relevante</i> | 124 |

CAPÍTULO III

LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE Y SU RELACIÓN CON LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD. EL REDIMENSIONAMIENTO DE LA SORPRESA EN EL MARCO DE LA TEORÍA CLÁSICA Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

| | | |
|----------|---|-----|
| 1. | LA SORPRESA Y SU INCIDENCIA EN LA TEORÍA DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD | 127 |
| 1.1. | EL EXAMEN DE LA SORPRESA EN EL ÁMBITO DE LA IMPUTACIÓN DEL PAGO REALIZADA POR PARTE DEL ACREEDOR | 127 |
| 1.2. | APROXIMACIÓN A LA TEORÍA CLÁSICA DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD. LA TIPIFICACIÓN DE LOS TRES PARADIGMAS HISTÓRICOS DE VICIOS DE LA VOLUNTAD Y SU CONCOMITANCIA CON LA SORPRESA..... | 133 |
| 1.3. | EL PAPEL DE LA SORPRESA FRENTE A LA CONCEPCIÓN FUNDACIONAL DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD | 138 |
| 2. | LA SORPRESA CONCEBIDA COMO UN VICIO DE LA VOLUNTAD..... | 143 |
| 2.1. | LA POTENCIALIDAD DE LA SORPRESA PARA DESDIBUJAR LA VOLUNTAD..... | 143 |
| 2.2. | APROXIMACIÓN A LAS DIFERENTES VISIONES EN RELACIÓN CON LA NATURALEZA CONCEPTUAL DE LA SORPRESA Y SU VINCULACIÓN CON LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD | 146 |
| 2.3. | LA SORPRESA COMO VICIO GENÉRICO DE LA VOLUNTAD..... | 152 |
| 2.4. | LA RELACIÓN DE LA SORPRESA FRENTE A LOS VICIOS CLÁSICOS DE LA VOLUNTAD, PARTICULARMENTE FRENTE AL ERROR Y AL DOLO. | 158 |
| 2.4.1. | <i>El error</i> | 160 |
| 2.4.1.1. | <i>Aspectos generales y elementos característicos</i> | 160 |
| 2.4.1.2. | <i>Su relación con la sorpresa y las notas que los diferencian</i> | 161 |
| 2.4.2. | <i>El dolo</i> | 167 |
| 2.4.2.1. | <i>Aspectos generales y elementos característicos</i> | 167 |
| 2.4.2.2. | <i>Su relación con la sorpresa y las notas que los diferencian</i> | 169 |
| 3. | LA PROYECCIÓN Y EL REDIMENSIONAMIENTO DE LA SORPRESA EN EL ÁMBITO DE LAS NUEVAS TENDENCIAS DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD | 179 |

| | | |
|----------|---|-----|
| 3.1. | LOS NUEVOS DERROTEROS DE LA TEORÍA DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD EN LA CONTEMPORANEIDAD | 179 |
| 3.1.1. | <i>El ensanchamiento de la teoría clásica de los vicios de la voluntad. El renacimiento de la sorpresa considerado como un 'nuevo' y autónomo vicio</i> | 182 |
| 3.1.2. | <i>La incorporación de la ventaja injustificada como nuevo y enriquecido paradigma de vicio de la voluntad. Su interrelación con la figura de la sorpresa</i> | 191 |
| 3.2. | EL REDIMENSIONAMIENTO DE LA SORPRESA COMO VICIO DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL CONSUMO..... | 197 |
| 3.2.1. | <i>La sorpresa como 'nuevo vicio de la voluntad' y su desenvolvimiento en el marco de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y los contratos a distancia.....</i> | 197 |
| 3.2.1.1. | <i>Importancia, dimensión y alcance del elemento sorpresa en sede de los contratos celebrada fuera de los establecimientos de comercio</i> | 199 |
| 3.2.1.2. | <i>Importancia, dimensión y alcance del elemento sorpresa en sede de la contratación a distancia</i> | 205 |
| 3.2.1.3. | <i>La necesidad de una visión conjunta del elemento sorpresa ..</i> | 208 |
| 3.2.1.4. | <i>El desistimiento como nuevo instrumento tuitivo ante la presencia de la sorpresa en el ámbito del Derecho del consumo.....</i> | 211 |

CAPÍTULO IV

LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS COMO PARADIGMÁTICA MANIFESTACIÓN DE LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE

| | | |
|--------|--|-----|
| 1. | EL ACTO SORPRESIVO. SU MANIFESTACIÓN Y PROYECCIÓN EN EL CLAUSULADO CONTRACTUAL. ORIGEN, Y CONFIGURACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS | 214 |
| 1.1. | ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ESCENARIO EN EL CUAL FUE PERFILADA LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS | 214 |
| 1.1.1. | <i>El antiguo linaje de la prohibición frente a los clausulados insólitos ...</i> | 214 |
| 1.1.2. | <i>Antecedentes más próximos de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas en el marco de la regulación de la contratación predispuesta y del consumo</i> | 216 |
| 2. | APROXIMACIÓN A LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS. NOCIÓN DESCRIPTIVA, DETERMINACIÓN Y FUNDAMENTO | 222 |

| | | |
|----------|--|-----|
| 2.1. | EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA REGLA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS. ESPECIAL VIGENCIA EN EL DERECHO DEL CONSUMO | 231 |
| 2.1.1. | <i>Campo de aplicación objetivo</i> | 231 |
| 2.1.1.1. | <i>Clase y tipología de contratos en que tiene cabida el control de las cláusulas sorpresivas</i> | 231 |
| 2.1.1.2. | <i>Naturaleza o categoría de las cláusulas sujetas al control de las cláusulas sorpresivas</i> | 234 |
| 2.1.2. | <i>Campo de aplicación subjetivo. El consumidor como principal sujeto de protección</i> | 237 |
| 2.2. | EL ELEMENTO SORPRESA COMO EL COMPONENTE NUCLEAR DE LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS | 241 |
| 2.3. | LA NECESARIA DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE CLÁUSULAS SORPRESIVAS, INUSUALES E INSÓLITAS..... | 246 |
| 2.3.1. | <i>Relevancia de la evaluación de la ‘inusualidad’ en el ámbito de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas. La posible apertura a un control abstracto fundado en un modelo de presunción iuris tantum</i> | 250 |
| 2.4. | LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS Y SU RELACIÓN CON LOS CONTROLES DE INCLUSIÓN Y DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN CONTEMPORÁNEA, ESPECIALMENTE EN EL DERECHO DEL CONSUMO | 252 |
| 2.4.1. | <i>El desenvolvimiento de las cláusulas sorpresivas en el ámbito del control de inclusión</i> | 252 |
| 2.4.2. | <i>La relación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas y el control o filtro de transparencia</i> | 257 |
| 3. | IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN DE LAS EXPECTATIVAS RAZONABLES Y LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS..... | 262 |
| 3.1. | LOS DISTINTOS FACTORES QUE PUEDEN DAR ORIGEN A LA FORMACIÓN DE EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS | 269 |
| 3.1.1. | <i>Factores particulares</i> | 270 |
| 3.1.1.1. | <i>Factores externos al documento contractual</i> | 270 |
| a.) | <i>La publicidad y la oferta contractual</i> | 271 |
| b.) | <i>Los tratos previos y las relaciones contractuales precedentes</i> | 273 |
| 3.1.1.2. | <i>Factores atinentes al documento contractual</i> | 276 |
| a.) | <i>El aspecto formal del documento contractual</i> | 276 |
| b.) | <i>El precio o tarifa acordado</i> | 281 |
| 3.1.2. | <i>Factores generales. La naturaleza del contrato</i> | 282 |

| | |
|---|-----|
| 4. LAS DIMENSIONES PREVENTIVA Y CORRECTIVA DE LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS | 287 |
| 4.1. LA DIMENSIÓN PREVENTIVA. LA ELIMINACIÓN DE LA VIRTUALIDAD SORPRESIVA | 287 |
| 4.2. LA DIMENSIÓN CORRECTIVA | 291 |
| 4.2.1. <i>Efectos derivados de las cláusulas sorprendivas</i> | 292 |
| 4.2.2. <i>La distribución de la carga probatoria. Sumaria referencia</i> | 298 |

CAPÍTULO V

LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS. SU DISTINCIÓN CON LA DISCIPLINA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

| | |
|--|-----|
| 1. LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS. SU RELACIÓN Y DISTINCIÓN CON LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS..... | 300 |
| 1.1. LA DISCUSIÓN EN TORNO A LA SEDE EN LA CUAL DEBEN SER RESIDENCIADAS LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTROLES DE INCLUSIÓN Y DE CONTENIDO..... | 300 |
| 1.2. LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS Y SU RELACIÓN CON LA DISCIPLINA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS | 301 |
| 1.2.1. <i>Las cláusulas sorprendivas como regla autónoma e independiente respecto de las cláusulas abusivas</i> | 304 |
| 1.2.2. <i>Las cláusulas sorprendivas como una categoría de las cláusulas abusivas</i> | 308 |
| 1.3. EL REDIMENSIONAMIENTO DE LA TRANSPARENCIA Y SU INCIDENCIA EN SEDE DEL CONTROL DE CONTENIDO. LA IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS | 313 |
| 1.4. LA CONVENIENCIA DE UNA DISTINCIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS, CLÁUSULAS ABUSIVAS CON CONNOTACIÓN SORPRESIVA Y CLÁUSULAS SIMPLEMENTE SORPRESIVAS..... | 318 |
| 2. LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO..... | 330 |

| | |
|---|-----|
| 2.1. PRIMEROS ORDENAMIENTOS QUE ACOGIERON LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS. LA LEGISLACIÓN ALEMANA, AUSTRIACA Y PORTUGUESA | 330 |
| 2.2. LA PRESENCIA DE LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ESPAÑOL E ITALIANO, PESE A LA INEXISTENCIA DE UNA EXPRESA DISPOSICIÓN NORMATIVA | 332 |
| 2.2.1. <i>El caso del ordenamiento jurídico español</i> | 332 |
| 2.2.2. <i>El caso del ordenamiento jurídico italiano</i> | 335 |
| 2.3. LA PROHIBICIÓN DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS EN LA ÓRBITA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES | 337 |
| 2.3.1. <i>La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías</i> | 337 |
| 2.3.2. <i>La Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores</i> | 340 |
| 2.3.3. <i>Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales</i> | 342 |
| 2.3.4. <i>La Propuesta de Normativa Común de Compraventa Europea (CESL)</i> . | 345 |
| 2.4. EL PAPEL DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS EN LAS LEGISLACIONES CIVILES DEL SIGLO XXI. PARTICULAR REFERENCIA A LITUANIA, ESTONIA, HUNGRÍA, REPÚBLICA CHECA, RUMANIA Y ARGENTINA..... | 346 |
| 2.5. FUTURO Y PERSPECTIVAS DEL RECHAZO A LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS. IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS E INFORMADORES DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO Y DEL CONSUMO | 350 |
| CONCLUSIONI | I |
| BIBLIOGRAFÍA | VII |

INTRODUZIONE

I

Lo scopo principale di questo studio è quello di esaminare, rispetto all'oggi, la recondita figura della sorpresa in materia giuridica, fondamentale in ambito contrattuale, scarsamente trattata in ambito internazionale, con notevoli eccezioni, che, nonostante quanto espresso, comincia ora ad apparire in diversi scenari giuridici, mettendosi in relazione o manifestandosi attraverso diverse figure, che vengono per lo più trattate nell'ambito del Diritto, anche se non sempre vengono chiamate allo stesso modo. Questo spiega perché la sorpresa, in un modo o nell'altro, attrae e cattura sempre più l'attenzione e l'interesse dell'uditorio giuridico in generale (legislatori, giudici, notai, dottrina, studenti, ecc.). Anche se è vero che, a tutt'oggi, non si rinviene ancora una visione pienamente consolidata e unitaria di questa figura, perché anche se a volte ci si riferisce ad essa senza alludere direttamente e consapevolmente al termine 'sorpresa', il suo vero significato e la sua reale portata nello scenario giuridico è spesso sconosciuto.

Infatti, nonostante quello che si potrebbe pensare *prima facie*, ossia che ci troviamo di fronte a un tema che si perde completamente nei campi della filosofia, della sociologia o della psicologia, la verità è che, al contrario, la sorpresa è una figura che ha una dimensione giuridica, e che, pertanto, merita di essere oggetto di un significativo trattamento nell'ambito del Diritto, e più specificamente in quello contrattuale, soprattutto nel campo del consumo, essendo questo lo spazio in cui troverà il suo maggiore sviluppo.

In questa prospettiva, tenendo presente, da un lato, che il punto di partenza per un'adeguata comprensione delle interrelazioni giuridiche - comprese quelle contrattuali - sarà sempre l'individuo e la sua dignità. E d'altra parte, comprendendo che la sorpresa interiorizza un evento che, da un punto di vista fenomenologico, ha un'ampie possibilità di generare uno stato di shock e di perplessità, una sorta di 'agitazione degli spiriti' nella persona che la subisce (il sorpreso), crediamo che diventi necessario concludere che la sorpresa, propriamente concepita, incarna un problema che non può essere ignorato dal Diritto, che per sua essenza è sociale e, conseguentemente, si preoccupa per i soggetti più vulnerabili e, nel nostro caso, inclini ad essere colti di sorpresa.

Tuttavia, non c'è dubbio che, fermo restando quanto detto sopra, non ogni sorpresa, per il solo fatto di essere una sorpresa, avrà rilevanza in ambito giuridico e, come tale, meriterà una risposta specifica da parte degli ordinamenti, poiché ciò porterebbe inevitabilmente con sé un ampio margine di insicurezza che disarticolerebbe gli ingranaggi su cui si basa il corretto funzionamento dei nostri sistemi giuridici. Per questo motivo, abbiamo cercato di delineare il concetto di 'sorpresa giuridicamente rilevante', come quello che consideriamo più appropriato per dimensionare il carattere dannoso, perfido e indesiderato, oltre che nocivo, che la sorpresa tende ad avere nel campo del Diritto, il che, a sua volta, ci permette di giustificare il conseguente rifiuto alla sorpresa, cercando di evitare che importanti postulati come la sicurezza e la stabilità giuridica vengano lesi, senza sbarrare la strada ad altri di particolare importanza e validità, per esempio quello dell'equilibrio contrattuale, o quelli della solidarietà e della giustizia contrattuale.

In questo ordine di idee, possiamo segnalare che, quando la sorpresa - nella sua dimensione negativa - viene decantata e individualizzata, fino a combinarsi con il concetto più limitato di "sorpresa giuridicamente rilevante", diventa evidente la necessità di rifiutarla categoricamente, sia in ambito legislativo che giudiziario, a seconda dei casi, poiché i

legislatori e i giudici hanno l'alta responsabilità di evitare o scongiurare gli effetti dannosi derivati da quest'ultima, che non possono quindi essere ignorati o tollerati.

II

Chiarito allora che la sorpresa, o più correttamente la 'sorpresa giuridicamente rilevante', è un istituto ad ampio spettro, più di quanto possa sembrare a prima vista, soprattutto in ambito contrattuale, dobbiamo essere pienamente consapevoli, anche a rischio di essere ripetitivi, che non si tratta di un concetto affatto insignificante, come se realtà si trattasse di qualcosa banale o inconsistente, poiché, come si confermerà, gode di una rilevanza trascendente e di un significato innegabile, che non si limita all'ambito meramente accademico, ma si proietta con interesse e utilità indiscutibile anche nel campo pratico, il che rende veramente "sorprendente" che, ancora oggi, la sorpresa non abbia una morfologia concettuale chiara e delimitata.

Infatti, anche se si potrebbe pensare che la sorpresa rappresenti una figura giuridica "nuova" o "giovane", con una genesi che potrebbe essere fatta risalire alla fine del secolo scorso, potendo così essere intesa come il frutto esclusivo delle mutazioni che sarebbero avvenute sia nel contesto economico che sociale - e che hanno avuto forti ripercussioni nel campo del Diritto -, abbiamo potuto dimostrare che, in realtà, le tracce della sorpresa nella storia del Diritto possono essere fatte risalire almeno fino alle porte del periodo in cui il "vecchio continente" stava scoprendo le vaste e fertili terre del "nuovo mondo", fermo restando che si può considerare che parte della sua essenza, in senso stretto, rinviene il proprio fondamento nel venerabile Diritto romano.

A questo proposito, va notato che, dalla lettura e dall'analisi di alcune illuminanti opere appartenenti ai secoli XVI, XVII, XVIII e XIX, in cui è possibile rinvenire un certo sviluppo, anche se frammentario, della sorpresa in ambito giuridico, sia nel quadro dei sistemi giuridici romano-germanici, sia in quelli appartenenti al sistema anglosassone, è possibile rilevare come essa venisse concepita come una sorta di anomalia generale, chiamata a sconvolgere - o disturbare - la formazione della volontà e quindi ad alterare il processo decisionale di un giudice, un'autorità, del Sovrano, o anche del Re, al momento di compiere un'azione di natura amministrativa.

Quanto sopra ha comportato che questa concezione della sorpresa come componente anomalo e disturbante della *voluntas*, da parte di alcuni dei più rinomati studiosi appartenenti all'acclamata scuola dello iusnaturalismo, in particolare durante gli ultimi due secoli della cosiddetta 'età moderna', è stata trasferita al campo delle convenzioni stipulate tra gli individui, nel quale è stata configurata anche come una sorta di 'imperfetto' con il potenziale di sciogliere il consenso negoziale, articolandosi così in quelli che sarebbero poi stati concepiti come i tre vizi classici, storici o canonici della volontà, cioè: errore, forza e frode.

In questo modo, in considerazione dell'esame che ha interessato la sorpresa nello scenario giuridico, la nozione di sorpresa arrivò a permeare il noto movimento della codificazione del diciannovesimo secolo, a tal punto da essere espressamente tipizzata, trattandosi di un fatto che, nonostante la sua indiscutibile importanza, è passato quasi del tutto inosservato.

Pertanto, e nonostante l'esistenza di una visione più generica della sorpresa, riflessa in alcuni studi precedenti al XVIII secolo, la figura in questione fu successivamente tipizzata nel quadro dell'articolo 1255 dello storico Codice Civile francese del 1804, il quale, nel disciplinare l'assunzione dell'imputazione del pagamento effettuata dal creditore, stabilì che, se un debitore di più debiti accetta una ricevuta in cui compare un'imputazione, non può

successivamente pretendere che la stessa sia effettuata su un altro debito, a meno che non ci sia stato "dolo o sorpresa da parte del creditore", formula poi ripresa da un numero significativo di codificazioni del XIX e XX secolo, tra i vari esempi possibili, si possono menzionare il codice civile belga del 1804 (articolo 1255), il codice civile italiano (articolo 1479), il codice civile dell'Uruguay (articolo 1479), il precedente codice civile argentino strutturato da DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD (articolo 775); il codice civile del Venezuela (articolo 1304); il codice civile della Repubblica Dominicana (articolo 318); e il codice civile della Bolivia (articolo 318).

Da quanto detto precedentemente, chiama fortemente l'attenzione il fatto che, successivamente, in un certo senso si avrebbe 'perso le tracce' di questa rivelatrice e generica figura, per un numero considerevole di anni, situazione che darebbe luogo a che, attualmente, il suo vero significato e il suo eloquente sfondo storico risultino di solito sconosciuti.

III

In linea con quanto succintamente espresso, si deve sottolineare che, ad una attenta analisi, di fronte alle nuove sfide e ai problemi che hanno messo alla prova e inciso la sfera giuridica negli ultimi decenni, l'idea del rifiuto della sorpresa ha acquisito maggiore forza e dimensione. Così, come naturale conseguenza della svolta vertiginosa generata dal brusco passaggio da un'economia basata principalmente sul modello agricolo e artigianale, in cui la libera e paritaria contrattazione costituiva la base ordinaria di ogni rapporto contrattuale, a un'economia basata sul consumo le cui voraci richieste hanno portato alla necessità di ricorrere all'implementazione di modelli di contrattazione di massa, utilizzando a tal fine strumenti tecnologici innovativi e impensabili, si sono aperte le porte all'emergere di un denso e complesso scenario negoziale, propizio a che la sorpresa, così come la truffa, l'ingiusto vantaggio, l'abuso e l'inganno emergono più facilmente, e persino, a volte, con deplorabile impunità, distorcendo così la lealtà e la fiducia intersoggettive, che dovrebbero prevalere imperturbabilmente in qualsiasi accordo contrattuale, in modo che il traffico giuridico possa fluire in modo adeguato ed efficiente.

Allo stesso modo, con l'impetuosa espansione dell'impetuosa espansione del Diritto dei consumi, negli ultimi anni si è resa evidente negli ultimi anni a livello internazionale l'integrazione di importanti strumenti, sia di natura preventiva che correttiva - o rimediabile -, che, almeno in certi scenari, hanno permesso di evitare gli effetti disdicevoli derivati dalla sorpresa, dimostrando che un nuovo e definito paradigma di protezione della volontà e del consenso nel quadro contrattuale ha ormai iniziato a prendere forma, il quale è rappresentato dall'idea del rifiuto della sorpresa, costituendo così una sorta di scudo o di protezione posto a tutela di interessi individuali di particolare importanza involucrati nel traffico negoziale. Particolarmente nel caso di soggetti che si trovano in una particolare situazione di debolezza, il che spiega il fatto che la sorpresa, come figura giuridica, si sviluppa con maggior dinamismo nel campo del Diritto dei consumatori, poiché sarà proprio in questo scenario in cui agirà con una maggiore intensità e preponderanza.

In tali circostanze, è imperativo attenersi alla riflessione che fu così chiaramente e precisamente esposta nei dibattiti dell'Assemblea Nazionale Francese nell'anno 1794, secondo la quale: "I rappresentanti del popolo devono insegnare ai cittadini che l'ordine sociale, la probità e la giustizia esigono imperativamente che i patti fatti liberamente e in buona fede siano religiosamente osservati, così come che gli atti acconsentiti con i mezzi

odiosi *della sorpresa*, dell'inganno, della violenza e dell'intrigo, devono essere annientati" (corsivo aggiunto).

IV

Seguendo questa stessa linea, e dopo aver sottolineato alcuni degli aspetti più generali relativi al contenuto, all'importanza e alla prospettive della figura della sorpresa giuridicamente rilevante, passeremo ora in rassegna alcune delle manifestazioni di questa figura in ambito contrattuale, anticipando che, per rispettare i limiti stabiliti nella presente ricerca, abbiamo scelto di realizzare uno studio particolareggiato di quelle più eloquenti, soprattutto perché una buona parte di esse si annida nel Diritto dei consumatori, fermo restando che riconosciamo l'esistenza di molte altre epifanie della sorpresa giuridicamente rilevanti che attengono alla sfera della negoziazione, *lato sensu*, i quali speriamo di esaminare più dettagliatamente in futuro e in un'altra occasione, allo quale va sommato il complesso panorama registrato dalla Pandemia nel campo negoziale, in cui il tema della sorpresa non ha cessato di 'sorprenderci'.

Pertanto, ci occuperemo della proiezione della sorpresa nello scenario della nota teoria dei vizi della volontà, e lo faremo sia dalla sua prospettiva più classica e generale, sia dalla nuova dimensione che la stessa ha acquisito al giorno d'oggi, tutto ciò ci permetterà di corroborare che la sorpresa non rappresenta una sorta di vizio 'puntuale' o 'minore', come alcuni hanno sostenuto, affermando che il suo margine di applicazione è limitato ad un unico e specifico scenario: l'imputazione del pagamento, o che sia assimilata ad un 'dolo minore', il che anche risulterà erroneo, come si vedrà.

Al riguardo, dobbiamo segnalare che, anche se è vero che nel quadro della codificazione ottocentesca la sorpresa non entrò a far parte della nota tipizzazione che fa poggiare l'intero peso della teoria dei vizi della volontà sui soli tre pilastri, dalla morfologia concettuale della sorpresa si può dedurre che essa può configurarsi come una generica anomalia che ha il potenziale di inficiare la volontà necessaria per stringere validi rapporti negoziali.

In questo senso, la relazione tra l'idea della proscrizione della sorpresa e la finalità di proteggere la solidità del consenso contrattuale è così stretta che, anche in assenza di una classificazione espressa della sorpresa come vizio, almeno in termini generici, nel quadro di alcuni sistemi giuridici, la sorpresa è arrivata ad essere concepita come un "nuovo vizio della volontà" che ha trovato la sua strada attraverso diversi strumenti legislativi forgiati nella regolamentazione postmoderna del Diritto contrattuale a livello internazionale.

In questa stessa direzione, quindi, oggi la sorpresa non indossa solo di abiti classici, ma anche abiti moderni, i quali si trovano in linea con i nuovi orientamenti del Diritto dei consumatori e del rinnovato Diritto contrattuale. Ciò lo che permette dire che, senza tradire gli insegnamenti del passato, la sorpresa è anche figlia del presente e, a sua volta, sarà figlia del futuro.

V

In conformità con quanto detto, trattandosi di un argomento nevralgico della nostra ricerca, in un capitolo a parte ci concentreremo sulle cosiddette 'clausole a sorpresa', chiamate anche 'sorprendenti', 'insolite' o 'inusuali', anche se anticipiamo che riteniamo più conveniente utilizzare il primo di tali aggettivi, che, per il loro contenuto, significato e portata, a nostro avviso, rappresentano una delle manifestazioni più chiare della sorpresa nel Diritto

contemporaneo, che, peraltro, si è espansa in modo sostanziale negli ultimi tempi, al punto che, come si potrà confermare, la regola proibitiva delle clausole a sorpresa fa attualmente parte di un buon numero di sistemi giuridici, ed è arrivata ad influenzare anche gli strumenti di armonizzazione internazionale.

Di conseguenza, ci addenteremo nello studio della sorpresa in ambito contrattuale, specificamente quando la stessa si trova presente in una o più clausole contrattuali, un tema di vitale importanza nel Diritto contrattuale contemporaneo, come abbiamo indicato, il quale, a ragione, è sempre più restio ad accettare l'inclusione di stipulazione contrattuali che, per le loro connotazioni negative e dannose, implicano una violazione della buona fede e anche, della stessa giustizia contrattuale, specialmente -anche se non esclusivamente- in quei contratti il cui contenuto è predisposto, e nei contratti di consumo, nei quali non si rinviene una vera e propria negoziazione, ma piuttosto una semplice accettazione da parte del contraente del contenuto prestabilito dall'altra parte della relazione contrattuale.

A tal fine, sarà necessario non tracciare una similitudine, nell'affrontare il tema delle clausole a sorpresa, fra queste ultime e le più note 'clausole vessatorie' con le quali condividono elementi simili, a tal punto che molti di coloro che hanno studiato l'argomento hanno optato per classificare le prime all'interno delle seconde, proclamando una relazione di *genus a species*. Tale posizione, sebbene rispettabile data la presenza di punti di contatto e di evidenti vasi comunicanti, non appare pienamente condivisibile, in quanto riteniamo che non possono essere considerate figure analoghe in ogni singola ipotesi, nonostante il fatto che di solito si materializzano insieme, il che è tutt'altra cosa, motivo per i cui riteniamo necessario comprendere che l'elemento sorpresa ha un'entità così definita che, da solo, quando diventa dannoso e lesivo, può dar luogo alla conseguente proscrizione di una specifica clausola in cui lo stesso si riflette.

VI

Per quanto riguarda la metodologia e il piano di studio scelto, abbiamo preferito trattare, in un primo momento, gli aspetti più generali attinenti alla sorpresa e più specificamente alla "sorpresa giuridicamente rilevante", per poi lasciare spazio, in un secondo momento, allo studio di alcune delle manifestazioni più importanti della sorpresa nel campo del Diritto contrattuale contemporaneo. A tal fine, intendiamo basarci su un materiale giuridico importante, anche se un po' frammentato, facendo ricorso a una diversità di fonti bibliografiche appartenenti a diversi sistemi giuridici, sia del *civil law* che del *common law*, cercando così di dare una visione più globale in relazione ai problemi derivanti dalla sorpresa, la quale non ci impedisce di notare che la dottrina spagnola e quella italiana costituiscono gran parte del nucleo di questa ricerca.

Complementarmente, va notato che, sebbene ai fini della nostra ricerca ci siamo basati principalmente su fonti di natura dottrinale, abbiamo anche cercato di consultare, laddove pertinenti, importanti e rivelatrici fonti giurisprudenziali, così come quelle legislative e persino 'pre-legislative', che ci hanno permesso di testimoniare che la proiezione della sorpresa in campo giuridico non si esaurisce solo nei fondamenti dottrinali, ma che, al contrario, questa ha avuto un impatto sia nella giurisprudenza e che, molto eloquentemente, nella legislazione, a livello internazionale, dove è arrivata ad ottenere, soprattutto negli ultimi anni, un riconoscimento speciale, che ha messo in evidenza il valore della materia nella attualità.

Sulla base di quanto detto, e basandoci sul metodo deduttivo, dedicheremo i primi due capitoli allo studio della sorpresa a partire dalla sua proiezione più ampia e generale nell'ambito giuridico, essendo questo uno degli scopi più rilevanti della nostra ricerca, dato che, come abbiamo già anticipato, la stessa di solito non è stata affrontata nell'ambito delle questioni generali del Diritto contemporaneo -a differenza di quanto avvenne nel suo periodo rinascimentale- , poiché gli approcci che l'hanno interessata, di regola, si sono concentrati sullo studio delle sue specifiche manifestazioni in modo isolato e distaccato.

Pertanto, nel primo dei capitoli, di carattere più introduttivo, svilupperemo uno studio di natura approssimativa, per il quale svilupperemo una breve analisi etimologica, psicologica e filosofica intorno alla 'sorpresa', con l'obiettivo di facilitare al lettore il passaggio a una visione giuridica della stessa, così come di presentare i fattori più rilevanti che derivano dalla sorpresa nella sua concezione più generale come emozione umana e che hanno una trascendenza importante al momento di valutare la natura giuridica di questa figura.

Allo stesso tempo, in questo primo e introduttivo capitolo, ci avvicineremo alla sorpresa a partire del suo retaggio storico del Diritto, prendendo le mosse da testi molto antichi, non sempre conosciuti, che mostrano la presenza, secoli fa, di questa figura protettiva nel panorama giuridico.

Nel secondo capitolo delinearemo il concetto di "sorpresa giuridicamente rilevante", il quale riteniamo essere il più adatto per riuscire a impiantare, nel modo più chiaro, l'idea del rifiuto della sorpresa nell'ambito giuridico.

Allo stesso modo, in questo punto della nostra ricerca mostreremo come l'idea del rifiuto della sorpresa si adatta meglio alla rilettura del Diritto contrattuale e del Diritto del consumo in chiave umanistica e costituzionale, in accordo con la speciale protezione accordata a coloro che si trovano in una situazione di debolezza o vulnerabilità.

In seguito, nei tre capitoli seguenti ci occuperemo di alcune delle manifestazioni più importanti della sorpresa giuridicamente rilevante nel diritto dei contratti e, più in particolare, nel campo del diritto dei consumatori, nella attualità.

Così, nel terzo capitolo affronteremo il tema della sorpresa nel campo dei vizi della volontà, cosa che faremo sia nella sua prospettiva più classica e generale, sia secondo la sua proiezione più contemporanea. A sua volta, e in stretta consonanza con quanto detto sopra, analizzeremo l'incidenza della sorpresa nel campo del diritto dei consumatori, in particolare nel contesto dei ben noti contratti conclusi al di fuori dei locali commerciali, così come i contratti a distanza, in cui l'"elemento sorpresa" ha avuto un'influenza decisiva.

Infine, i restanti due capitoli sono stati dedicati allo studio della figura delle clausole a sorpresa, un tema di importanza cardinale nella contrattazione contemporanea che merita un esame dettagliato, dato che, a nostro avviso, questo tipo di clausole anomale sono uno dei canali o modi più abituali attraverso i quali il noto elemento della sorpresa tende a influenzare e a incidere negativamente sulle relazioni negoziali.

Così, nel quarto capitolo, intraprendiamo un esame introspettivo degli aspetti più particolari della regola proibitiva delle clausole a sorpresa, con l'obiettivo di studiare la sua nozione generale, il suo ambito di applicazione, e a sua volta alcuni dei suoi aspetti più importanti, uno dei quali riguarda l'"elemento sorpresa", che si configura come la componente centrale della norma in questione, così come l'idea della protezione delle aspettative legittime e ragionevoli dei soggetti della relazione contrattuale, che è così importante al giorno d'oggi.

Nell'ultimo capitolo passeremo in rassegna una delle questioni più problematiche, sia in ambito teorico che funzionale, della regola delle clausole a sorpresa, che ha a che vedere con il modo in cui devono essere regolate, cioè se le stesse devono essere incorporate in modo

autonomo e indipendente nel cosiddetto sindacato di inclusione, o se devono essere intese come una sorta di 'sottocategoria' delle clausole vessatorie o abusive e debbano quindi essere incluse nell'ambito del cosiddetto sindacato contenutistico. Infine, per il suo valore, concluderemo la ricerca con uno studio comparatistico della regola delle clausole a sorpresa nel Diritto comparato.

VII

Infine, non possiamo concludere questa introduzione generale senza prima ringraziare i nostri maestri, il professor EUGENIO LLAMAS POMBO e il professor LORENZO MEZZASOMA, entrambi rinomati e illustri giuristi di alta levatura internazionale, per i quali professiamo un sincero ed eterno rispetto, oltre che un'intima ammirazione, perché è grazie alla loro preziosa guida, e al loro costante e generoso accompagnamento, che questo scritto è stato reso possibile.

A sua volta, è necessario esprimere la nostra più sincera gratitudine alle rinomate e accreditate università di Salamanca e Perugia, veri e propri recinti di saggezza perenne.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES, SIGNIFICADO Y APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA SORPRESA EN EL CAMPO JURÍDICO

1. PROLEGÓMENOS

El presente capítulo tiene como primordial cometido introducir la enigmática y no muy examinada figura de la sorpresa en el campo jurídico, más concretamente en el del Derecho de contratos, figura que, por su desconocimiento generalizado, no ha gozado del reconocimiento consciente del legislador, de los jueces y de la doctrina, naturalmente con algunas importantes excepciones que registraremos, las que confirman el inconmensurable y hasta insospechado valor que ella realmente reviste, tanto que, como lo expresamos previamente en la introducción, puede considerarse como una especie de ‘eslabón perdido’ que, cuando se conoce, valora y se dimensiona adecuadamente, explica con diafanidad y suficiencia una serie de instituciones y figuras jurídicas, desde una óptica que les imprime mayor claridad y que termina por sustituir, y en otras ocasiones por enriquecer aún más las razones esgrimidas para justificarlas. En pocas palabras, gracias a su conocimiento y posterior análisis, se fortalece y se hace más sugestivo y también sustantivo el ejercicio de argumentación, en forma hasta peculiar y positivamente ‘sorprendente’, como es propio de la ‘sorpresa’ en sus dos dimensiones (visión positiva, y visión negativa).

Por lo tanto, a continuación se dará paso a un sucinto análisis etimológico, psicológico y filosófico del entorno de la ‘sorpresa’, con el propósito de facilitarle posteriormente al lector el tránsito a una cosmovisión jurídica, reiteramos de incalculable significado en el Derecho privado contemporáneo. Así mismo, en este primer e introductorio capítulo, efectuaremos un sumario estudio histórico de la sorpresa, partiendo de antiquísimos textos, por cierto no siempre muy conocidos, los que darán una fehaciente muestra de la presencia, siglos atrás, de esta figura en el panorama jurídico, pues como se observará la sorpresa es uno de esos temas que, en lo absoluto, ha resultado ajeno al Derecho, y la misma ha tenido un cierto desarrollo en el marco de esta disciplina, así no fuere de un modo orgánico y sistemático, como hoy debiera ser¹.

1.1. EL ORIGEN DEL TÉRMINO. BREVE APROXIMACIÓN ETIMOLÓGICA E HISTÓRICA

Por sorpresa, de conformidad con lo establecido por la Real Academia de la Lengua Española, se entiende “Acción y efecto de sorprender”, y ‘sorprender’, a su turno, significa “Pillar desprevenido (...)”, y también “Descubrir lo que alguien ocultaba o disimulaba”. Al

¹ Debemos advertir en este punto que, debido al estudio histórico que hemos desarrollado principalmente en el presente capítulo, para efectos del cual recurriremos frecuentemente a antiguas fuentes, cuya consulta no siempre resulta fácil o accesible, hemos decidido hacer lo posible por traer la mayor cantidad de citas directas, así como también, por incluir, en aquellas oportunidades en las que realizamos una traducción de alguna de tales citas, los párrafos o líneas correspondientes en su lengua original. Así mismo, consideramos conveniente advertir al lector igualmente que, hemos procurado respetar el lenguaje originalmente empleado en tales fuente, de manera que, lo que podría parecer prima facie un yerro ortográfico, no lo es realmente, lo cual se justifica debido en razón de que quisimos ser los más fieles en relación con las fuentes consultadas, en aras de respetar el texto en su literalidad.

respecto, cabe señalar que el origen de estas expresiones, tanto de ‘sorpresa’ como de ‘sorprender’, no resulta del todo claro, pues si bien ha llegado a relacionárseles con las voces ‘*deprehnsio*’ y ‘*deprhensus*’² lo cierto es que, al menos en principio, no parece que haya existido un vocablo latino que hiciera a su vez, y del cual propiamente pudiesen descender, los mencionados términos, motivo por el cual los estudiosos de la materia han solido señalar que ambas expresiones fueron encunadas al amparo de la lengua francesa, señalándose que los primeros registros, para el caso del verbo ‘*surprendre*’, se remontan a finales del siglo XII³, el que para entonces se empleaba con el fin de referir a la afectación de una persona que no se encontraba preparada⁴, teniendo por lo tanto un contenido negativo, pues eran términos que en su momento serían indicativos de ‘estupor y extrañeza’, lo que ha venido cambiando paulatinamente con el tiempo, incluso para darle cabida a “(...) sentimientos de alabanza o bondad”⁵.

1.1.1. *Los albores de las voces ‘sorpresa’ y ‘sorprender’.*

Habiendo reseñado lo que antecede, y teniendo en consideración que nos encontramos ante términos que proceden de la lengua francesa, creemos que es necesario hacer un breve estudio de la lexicografía gala en orden de lograr con ello develar los orígenes de las voces que hemos venido aludiendo. En este sentido, cabe destacar que, sería para inicios del siglo XVI, que -creemos que por primera vez- se habría llegado a incorporar los equivalentes de las expresiones castizas ‘sorprender’ y ‘sorpresa’ en un documento de naturaleza lexicográfica, tal y como acontecería con el ‘*Dictionnaire François-Latin*’ (1539)⁶ escrito por reconocido impresor ROBERT ESTIENNE, y considerado como el primer diccionario francés⁷, en el cual el referido autor se habría dado a la tarea de abordar, de manera generosa, las locuciones ‘*surprendre*’, ‘*surprins*’ y ‘*surprins*’, imprimiéndoles, cabe destacar, una turbia naturaleza polivalente, pues de él se desprende un abundante y diverso número de escenarios en los que se desenvuelven tales expresiones, así: en lo que respecta a ‘*surprendre*’ se le asigna el vocablo latino ‘*deprehendere*’, y se señalan, entre otras, las siguientes expresiones “Sorprender letras a propósito (...) Sorprender & rodear de todas partes *Circunvenire* (...) Todas las cosas por la

² Una conexión entre el término ‘*Deprehnsio*’ y ‘*surprins*’ se puede verificar en, ESTIENNE, Robert. *Dictionarium Latinogallicum*, Ex officina Roberti Stephani, Lutetiae, 1546. p. 366.

³ Según indica la profesora VARELA MERINO “la forma más frecuente hasta el XVI fue *sorprendre*, cuyo primer testimonio es de hacia 1130”. VARELA MERINO, Elena. *Los galicismos en el español de los siglos XVI y XVII*, Vol I, Editorial CSIC, Madrid, 2009. p. 1924.

⁴ VARELA MERINO, Elena. *Los galicismos en el español de los siglos XVI y XVII*, Vol I, *op.cit.* p. 1925.

⁵ LÓPEZ FANEGO, Ortilia. “En torno a la primera traducción de Montaigne al español”, en *La traducción: arte y técnica*, N° 6, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1984. pp. 96 y 97.

⁶ ESTIENNE, Robert. *Dictionnaire francoislain, con tenant les mozt & manieres de parler francois, toutnez en latin*, l’imprimerie de Robert Estienne, 1539. p. 473.

⁷ FERNÁNDEZ, Zarina Estrada, VALENZUELA, Crescencio Buitimea, GUARROLA CAMACHO, Adriana Elizabeth & otros. *Diccionario, yaqui-español y textos*, Plaza y Valdez Editores, México D.F., 2004. p. 36, así mismo, véase: SECO, Manuel. “Un lexicógrafo de la generación de Cervantes (Notas sobre el “Tesoro” de Covarrubias)”, en *Instituto de bachillerato Cervantes, misceláneas en su cincuentenario 1931-1981*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1982. p. 242, en donde se indica que, “En Francia se ha afirmado repetidas veces que el *Thesoro de la lengua francesa* de Jean Nicot (1606) es el primer diccionario propiamente de esa lengua, cuando realmente no es sino una reelaboración más, sin duda la más rica, del célebre *Dictionnaire françois-latin* de Robert Estienne (1539), y sigue siendo, por tanto, un diccionario bilingüe”.

que pueda sorprenderse o decepcionarse”⁸; por su parte, en el caso de ‘*surprins*’ se indica “Estar sorprendido” señalándose seguidamente ‘*teneri manifesto*’, y se ejemplifica con “Sorprender en adulterio”⁹; por último en el caso de ‘*surprins*’ que se ve acompañada por ‘*deprehensio*’, se incorpora la expresión “Tomar por sorpresa”¹⁰.

De este modo puede concluirse que, la voz ‘sorpresa’, al igual que sus respectivos congéneres lingüísticos, en sus preludios englobarían la idea de tomar a alguien o algo desprevenido, desprovisto, o falto preparación. Entendiéndose, en tal sentido, el acontecimiento que encuna la sorpresa como algo inesperado amén que inopinado, queriéndose referir con ello a eventos o acontecimientos con una naturaleza prevalentemente negativa, así entendidos por lo menos desde la cosmovisión de quien era sorprendido, tal y como acontece v.gr en el caso de ‘un ataque sorpresa’.

Ahora bien, como ya se indicado, la lengua castellana parece haber receptado, y adoptado, las voces ‘sorpresa’ y ‘sorprender’ del francés¹¹. En este sentido algunos académicos sustentan que la inclusión de tales neologismos se generó inicialmente en la Región Flamenca para mediados del siglo XVI, y que para el caso de la península española tal acogimiento, entendido como un préstamo directo del francés, que no indirecto por intermedio de los españoles que se encontraban en Flandes, no se presentó sino hasta inicios del siglo XVIII¹². Sin perjuicio de ello, por nuestra parte, y de manera respetuosa, no consideramos que tales afirmaciones sean del todo acertadas, pues existen importantes documentos de los que puede corroborarse el empleo del verbo ‘sorprender’ en la península española ya para mediados del siglo XVII, pese a que puede llegar a sostenerse que el mismo no haya sido del todo usual, lo cual, sin embargo, implica la exclusión de un categórico desuso del mismo en lenguaje peninsular para la época¹³.

⁸ Traducción libre, el texto en su lengua original reza de la siguiente forma: “*Surprendre, Deprehendere, Surprendre lettres sur les chemin, Literas intercipere. Surprendre, ou prendre prisonnier, Excipere incautu. Surprendre & enuironner de totues pars, Circunvenire per insidias, Circunvadere. Surprendre en menterie, Tenere aliquem manifestu mendaccii. Toute chose par laquelle on surprind ou decoit on aucung, Laqueus. Ceste troisieme epistre t’a surprins, & t’a este rendue, Haec te trtia epistola oppressit*”. ESTIENNE, Robert. *Dictionnaire francoislatin, con tenant les mozt & manieres de parler francois, toutnez en latin, op.cit.* p. 473.

⁹ Traducción libre. “*Estre surprins, Teneri manifestó. Estre surprins de maladie, Morbo intercipi. Surprins en adultere, Compertus in stupro. Qui est surprins tellemét qu’il ne seait que faire & ou se tourner, Deprehensius*” ESTIENNE, Robert. *Dictionnaire francoislatin, con tenant les mozt & manieres de parler francois, toutnez en latin, op.cit.* p. 473.

¹⁰ ESTIENNE, Robert. *Dictionnaire francoislatin, con tenant les mozt & manieres de parler francois, toutnez en latin, op.cit.* p. 473. “*Surprins, Deprehensio. Prendre par surprins, Intercipere*”.

¹¹ No comparte esta postura el lexicólogo JULIO CASARES, ilustre miembro de la Real Academia de la Lengua Española, pues en su opinión el verbo ‘sorprender’ provino realmente del italiano por cuanto, puesto que, aquel idioma “era a la sazón nuestro gran proveedor de terminología guerrera y la acepción militar en dicha lengua fué la más antigua y predominante”. CASARES, Julio. *Introducción a la lexicografía moderna*, Editorial CSIC, Madrid, 1992. p.40.

¹² VERDONK, Robert A. “La importancia de la parte ‘francés-español’ del diccionario nuevo de F. Sobrino para la lexicología de los siglos de oro”, en *Actas del II congreso internacional de historia de la lengua española*, T I, Pabellón de España s.a., Madrid, 1992.

¹³ En relación con lo que respecta a la transición de los mencionados vocablos de una lengua a otra, nos resulta bastante coherente el razonamiento planteado por el profesor ROBERT VERDONK, catedrático emérito de la Universidad de Amberes, de conformidad con el cual, los españoles que regresaron a la península al final del periodo hispano en Flandes, en cierto modo facilitaron la ‘inclusión’ (en nuestra opinión: el mayor empleo) del referido préstamo lingüístico del francés, bajo el entendido que, en lo que respecta a las expresiones ‘sorpresa’ y ‘sorprender’, “los españoles que habían regresado de Flandes estaban ya familiarizados con ellas”. VERDONK,

Al respecto, cabe señalar que el primero de los diccionarios castizos que adoptó estas expresiones fue el comúnmente denominado ‘*Diccionario de autoridades*’ (1739, año en que fue publicado el tomo VI)¹⁴, reconocido por ser la primera obra lexicográfica realizada por la Real Academia de la Lengua Española, -la cual fue fundada tan solo 26 años antes de su publicación-, y en donde el verbo ‘sorprender’ sería empleado originalmente como ‘sorprenher’ y se desglosaría de la siguiente forma “Executar alguna acción silenciosamente, y con cautela. Usase especialmente en la guerra (...) Vale tambien coger de repente alguna especie el ánimo, assustadole con la novedad, o suspendiéndole”¹⁵; y a su turno, recepta el sustantivo ‘sorpresa’ como ‘sorpresa’ y lo define como “La toma, ò pressa, que se hace de alguna cosa subitamente, y sin que lo esperasse el contrario. Dicese regularmente de las Plazas de Armas”¹⁶.

De conformidad con lo anteriormente reseñado, parece claro que la recepción de ambos términos en la lengua castellana, así como también acontecería con otras lenguas, por lo menos en su preludio, se originó con una aparente circunscripción al ámbito castrense, a pesar de existir algunas notables excepciones¹⁷.

1.1.2. *De la delimitación de las voces en el ámbito castrense a su subsiguiente generalización en el lenguaje*

Robert A. *La importancia de la parte ‘francés-español’ del diccionario nuevo de F. Sobrino para la lexicología de los siglos de oro*, *op.cit.* p. 1364.

¹⁴ *Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza, y calidad, con las frases, o modos de hablar, los proverbios, o refranes, y otras cosas convenientes al uso de la lengua*, T VI, Imprenta de la Real Academia Española, 1739.

¹⁵ *Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces...*, T IV, *op.cit.* p. 160.

¹⁶ *Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces...*, T IV, *op.cit.* p. 160. Al respecto, cabe destacar que, en el ‘*Diccionario de autoridades*’, después de desarrollarse la definición de la voz ‘sorpresa’, se habría hecho una llamativa indicación de la obra ‘*La guerra de Flandes*’ (1643), lo que llevó a que algunos estudiosos de la lengua, concluyesen que el precitado escrito, de autoría del Cardenal italiano GUIDO BENTIVOGLIO, y traducido al castellano por VARÉN DE SOTO, fuera el primero de los documentos en la lengua castellana en el que se incorporó el mencionado sustantivo, y que, en el caso de ‘sorprender’, su primera inclusión se encuentra coligada a la publicación del precitado ‘*Diccionario de autoridades*’ (1739), lo cual no resulta del todo acertado pues, a partir de la investigación bibliográfica realizada, hemos podido identificar elocuentes testimonios del empleo del verbo ya para el ‘*Siglo de Oro*’, pudiendo hallarse registros desde la apertura del siglo XVII, siendo ejemplo de ello, DE ZEPEDA Y ADRADA, D. Alonso. *Epitome de la fortificacion moderna*, Francisco Foppens, Brusselas, 1669. p. 53, en el cual se expresaría que “Y à vezes se dexa en la mitad del fosso una altura de tierra, paraque los que quisieren surprender la tal plaza, queden encalladas las barcas, con que intentaren pasar el fosso”.

¹⁷ Tal es el caso del ilustre ‘*Diccionario castellano con las voces de las ciencias y artes*’ realizado por ESTEBAN DE TERREROS, en el cual, por lo menos en lo que a las voces ‘sorpresa’ y ‘sorprender’ concierne, se puede corroborar una clara influencia, ya sea directa como indirecta, de la pluricitada obra del, también celebre, ESTIENNE, ya que en él se realizan una pluralidad de referencias que relacionan tanto ‘sorprender’ como ‘sorpresa’ con “pasmarse”, “interceptar alguna carta”, “admirarse”, “maravillarse” y “engañarse”, por supuesto, otorgándole, en determinados supuestos una inclinación en el ámbito militar. DE TERREROS Y PANDO, Esteban. *Diccionario castellano con las voces de ciencias y artes y sus correspondientes en las tres lenguas francesa latina e italiana*, T III, Imprenta de la viuda de Ibarra, Madrid, 1788. p. 431.

En relación con lo antes expuesto puede decirse que, ambos términos, tanto ‘sorpresa’, como ‘sorprender’, en sus orígenes tuvieron una importante utilización en el lenguaje militar¹⁸, queriendo significar con ellos una acción encaminada a tomar de improviso una plaza, o a un enemigo desprevenido¹⁹. A fe de ello, encontramos que en antiguos textos lexicográficos de tinte castrense se alude a la sorpresa como un elemento esencial para el ‘arte de la guerra’, ya sea simplemente refiriéndola²⁰, o entrando directamente a definirla²¹.

De este modo, se confirma que el empleo de estos vocablos resultaba preponderantemente indicador de algo negativo²², pues desde un principio se confirmó la valía que representaba el elemento sorpresa en el accionar militar, ya que el engaño, la simulación, el aprovechamiento, lo imprevisto y todo aquello que se desprende de la sorpresa, ocuparon y ocupan un destacado

¹⁸ GARCÍA BORRÓN, Juan Pablo. *Soldados, marineros y lengua española*, Edicions Universitat Barcelona, 2015. p.109.

¹⁹ GIAN TRAPANI, Domingo. *Nouveau dictionnaire français-espagnol et espagnol-français*, T I, A. Thoissier-Desplaces, Paris, 1826. p. 787.

²⁰ Pueden encontrarse valiosos textos, tales como diccionarios o enciclopedias, militares alrededor de los siglos XVIII y XIX, en los que se hace alusión constantemente a los vocablos sorpresa y sorprender dentro de un contexto castrense. Así, por ejemplo, podemos observar que en la ‘Encyclopedia metódica. Arte militar’ traducida por LUIS CASTAÑÓN, se emplea varias veces la palabra sorpresa con una connotación estratégica. Es así como textualmente se expresó: “pues jamas se emprende contra un ejército á medio dia quando se trata de una sorpresa, á no ser que el General enemigo sea un imbécil, ignorante y descuidado, porque siempre se elige la noche y se debe atacar una hora antes de amanecer: así estas guardias son inútiles sino sirven más que para el dia”. GUINEMENT KERALIO, Luis Félix. *Encyclopedia metódica. Arte militar*, Traducida por CASTAÑÓN, Luis, de la imprenta de Sancha, 1791. p. 411. También puede consultarse el Diccionario militar traducido de la lengua francesa a la castellana por Don RAIMUNDO SANZ de 1794, en el que se encuentran referencias tales como: “Quando se ponen en marcha para una sorpresa, ha de ser con un número de Tropas suficiente (...) Para una sorpresa se eligen los Soldados que parezcan de mayor fidelidad (...)”. SANZ, Raimundo. *Diccionario militar, o recolección alfabética de todos los términos propios al Arte de la Guerra...*, Oficina de D. Gerónimo Ortega y herederos de Ibarra, Madrid, 1794. p. 382.

²¹ En los inicios del siglo XIX el Conde Don FEDERICO DE MONTERREI definió la sorpresa de la siguiente forma: “Sorpresa. s. f. Surprise. La acción de presentarse hostilmente una tropa á su enemigo, sin ser esperada ni estar á veces en estado de rechazarla”, así mismo, el Conde se dio a la tarea de referir a distintas modalidades de sorpresas, tales como: “sorpresa exterior”, “sorpresa por medio de una estratagemma”, “sorpresa por traición”, entre otras, definiendo cada una de ellas, individualmente. MOTERREI, D. Federico. *Diccionario militar español-francés*, Imprenta real, Madrid, 1828. p. 355. A su vez Don JOSÉ ALMIRANTE, en 1823 definió en su diccionario: “SORPRESA. La palabra, seg. DICC. Acad., es principalmente MILITAR. Se diferencia de la EMBOSCADA, en que esta aguarda generalmente «á pié o quieto» el paso del ENEMIGO: mientras que SORPRESA parece implicar MARCHA forzada, nocturna, cautelosa, para «caer de improviso» sobre el enemigo descuidado. (...)”. ALMIRANTE, D. José. *Diccionario militar, etimológico, histórico, tecnológico*, Cárlos Bailly-Bailliere, Madrid, 1869. p.1014. En el caso italiano GIUSSEPE GRASSI en su ‘diccionario militar’ define la sorpresa como: “SORPRESA, e SOPPRESA, S. F. In franc. *Surprise*. L’Assaltare il nemico o l’Attacare una Piazza, un luogo forte súbitamente, ed in quel modo o con quelle insidie cui l’inimico non si aspetti o non pensi. La Sorpresa differisce della *Battaglia di mano*, percè questa si fa per impeto aperto ed a viva forza, quella si conduce con instratagemmi e con grand’arte”. GRASSI, Giuseppe. *Dizionario militare italiano*, Vol 4, Societa Tipografico-libreria, Tornino, 1833. p. 130.

²² Esta visión no debe limitarse solo al aspecto semántico, pues la idea de ‘sorpresa’ como reacción humana, se desarrollaba en principio con acontecimientos negativos, como bien lo expresa el profesor NED COCK junto a otros investigadores, analizando lo que podría traducirse como ‘rasgos psicológicos adaptativos evolutivos’, sosteniendo que, “in our ancestral past surprise situations were associated with survival threats”. KOCK, Ned & CHATELIAN JARDÓN, Ruth & CARMONA, Jesús. “An experimental study of simulated web-based threats and their impact knowledge communication effectiveness”, en *IEEE transactions on professional communication*, Vol 5, Nº 2, 2008. p. 183.

sitial en la guerra²³, por cuanto se tornan en un factor desequilibrante, fungiendo como un verdadero multiplicador de fuerzas²⁴, de manera tal que, en la guerra, a diferencia de lo que acontece en el Derecho, la sorpresa, o ‘el factor sorpresa’ cuenta con una valoración positiva por parte de quien se valga de él ya que le otorgará sin lugar a dudas una apreciable ventaja militar respecto de su enemigo, pues, no debe olvidarse que, siguiendo aquel refrán popular, en la guerra y en el amor todo se vale y todo está permitido, siendo esta una interpretación que, naturalmente, no puede extenderse al ámbito jurídico.

Es precisamente por virtud de lo anteriormente dicho que, el empleo de la sorpresa en la contienda armada ha sido reconocido, y ciertamente valorado, a lo largo de la historia²⁵, pues ya desde la milenaria obra del General SUN TZU (siglo V a de C.), se hablaba de la trascendencia que tiene este elemento²⁶. En el mismo sentido, imperiosa mención ha de hacerse del colosal compendio escrito para los inicios del siglo XVIII por, el “gran Maestro del Arte Militar”²⁷, el vizconde de Puerto ÁLVARO DE NAVIA OSORIO, conformado por veintiún libros, de los cuales uno (libro XV), en su totalidad, es dedicado a un meticuloso estudio del papel que desempeña la sorpresa en los escenarios bélicos²⁸. Así mismo, más recientemente en el tiempo, encontramos que en la ciencia militar moderna el afamado general prusiano CARL VON CLAUSEWITZ, en su obra ‘*Vom Kriege*’ (De la guerra), alude reiteradamente a la relevancia del elemento sorpresa (*Überraschung*) en sede de la contienda armada, a punto tal de dedicar un destacado acápite exclusivamente a tal elemento²⁹.

Ahora bien, cabe destacar que, a pesar de la limitación que restringía estos términos preferente e inicialmente al ámbito cástrense, ambos se generalizaron en su oportunidad, hasta el punto de trasladarse al léxico ‘vulgar’ y general³⁰, llevando a que, con el tiempo, llegasen a adquirir una connotación positiva, muy diversa a aquella que se le habría otorgado originariamente, la cual tenía una significación negativa por excelencia, lo cual terminaría por permitir que la sorpresa, aun cuando más excepcional, se relacionase con la idea de emociones

²³ MEAD EARLE, Edward. *Creadores de estrategia moderna: el pensamiento militar desde Maquiavelo a Hitler*, Vol 6, Centro Militar, Montevideo, 1952. p. 158.

²⁴ JORDÁN ASTABURUAGA, Gustavo. “La sorpresa, el multiplicador de fuerzas por excelencia”, en *Revista de Marina*, La dirección de educación de la Armada en el proceso de modernización industrial, Valparaíso, 2000. pp. 6 y 7.

²⁵ Dentro de la bibliografía hispana puede hacerse una meritoria mención a la obra ‘Compendio de los veinte libros de reflexiones militares’ escrita a finales del siglo XVIII, en la cual se dedica un libro entero (Libro XV) al estudio de las ‘sorpresa de plazas y cuarteles’. DE NAVIA OSORIO, D. Álvaro. *Compendio de los veinte libros de reflexiones militares*, T II, Imprenta Real, Madrid, 1787. p. 359 y ss.

²⁶ TZU, Sun. *El arte de la guerra*, EDAF, Madrid, 2008. pp. 50 y 51.

²⁷ De esta forma es reconocido por el monje beneditino FEIJOO, tal como consta en FEIJOO, D. Benito Jerónimo. *Theatro critico universal, ó discursos varios en todo género de materias, para desengaño de errores comunes*, T VI, Madrid, 1769. p.4.

²⁸ Libro que consta de veintidós capítulos en los que, con sumo detenimiento y detalle, se le da tratamiento a la sorpresa en el entorno militar. Así, como algunos ejemplos de dichos capítulos pueden resaltarse los siguientes: “Forma de tener descuidados a Enemigos, que intentes sorprender” (Capítulo II); “Cita sobre la manera de introducirse por Sorpresa en una Plaza (...)” (Capítulo VII); “Sorpresa de Plaza contra Paysanos ó Gente inexperta (...)” (Capítulo XVI); y “Para sorprender en una Emboscada tuya (...)” (Capítulo XIX), DE NAVIA OSORIO, Álvaro. *Reflexiones militares del Vizconde de Puerto*, T VIII, Juan Francisco Mairesse, Turin, 1727.

²⁹ Para examinar la obra en castellano puede consultarse a VON CLAUSEWITZ, Carl. *De la guerra*, La Esfera de Los Libros SL, Madrid, 2014. Capítulo noveno.

³⁰ VARELA MERINO, Elena. *Los galicismos en el español de los siglos XVI y XVII*, op.cit. p.1925.

en positivo³¹. Al fin y al cabo, hoy en día se puede hablarse entonces de una visión dual de la sorpresa, existiendo así unas sorpresas positivas, como tiene lugar tratándose del popular ejemplo de una ‘fiesta sorpresa’³², o cuando una persona le manifiesta a otra, luego de un encuentro feliz, ‘qué grata sorpresa ha sido el verte hoy’, o, aun el mismo nombre o calificativo que, de acuerdo con una tradición extendida, se le confiere al obsequio que se entrega a los asistentes en algunas celebraciones especiales, v.gr: en los ‘cumpleaños’, ‘primeras comuniones’, etc., y otras sorpresas negativas, como es justamente la hipótesis de un ‘ataque sorpresivo’, como también lo es el caso de una traición, un engaño, o simplemente el develamiento inesperado de un hecho indeseado, entre otros más que podrían mencionarse.

Como complemento de lo antedicho, conviene referenciar dos ejemplos que ciertamente evidencian la naturaleza polivalente que caracteriza a las voces ‘sorpresa’ y ‘sorprender’; así, por un lado, se puede hacer mención a la obra ‘*Synonymes françois*’³³ de autoría del sacerdote GABRIEL GIRARD en la que con elocuencia incide: “el encuentro con un amigo, como también con un enemigo, pueden causar sorpresa”³⁴; y por el otro, ha de aludirse al ‘Diccionario de galicismos’ escrito por RAFAEL BARALT, en donde con especial maestría se pone de presente el siguiente ejemplo: “Dos cosas por extremo *sorprendentes* experimentamos todos en el transcurso de la vida; dos cosas que dejan imborrable huella en el alma: nuestro primer amor y nuestro primer desengaño”³⁵.

En consecuencia, serán estas últimas (las sorpresas negativas) sobre las cuales recaerá nuestro interés al entrar a abordar la figura de la sorpresa en el ámbito jurídico, tal como se explicará de mejor manera en líneas posteriores, ya que será únicamente de la connotación negativa de la cual podrá abstraerse una particular relevancia del fenómeno sorpresivo en el marco del Derecho, ya que las sorpresas positivas no deberán despertar el interés del jurista.

1.1.3. *La connotación jurídica de las voces ‘sorpresa’ y ‘sorprender’ en sus orígenes.*

³¹ Es menester indicar que antiguamente las locuciones ‘sorpresa’ y ‘sorprender’ se relacionaban, en algunas ocasiones, con expresiones tales como ‘admirar’ y ‘maravillar’, dándoles en tal sentido una connotación positiva. No obstante, la implementación como término negativo, tal como se ha podido comprobar, era predominante. Como ejemplo de lo anterior puede consultarse el importante diccionario DE TERREROS Y PANDO, Esteban. *Diccionario castellano con las voces de ciencias y artes y sus correspondientes en las tres lenguas francesa latina e italiana*, T III, Imprenta de la viuda de Ibarra, Madrid, 1788, en el cual se define ‘sorprender’ como “SORPREHENDER, admirar, maravillar”. p. 531.

³² La expresión ‘*surprice party*’ fue empleada inicialmente como una locución militar, desempeñándose en principio alrededor de piratas y contrabandistas. AMMER, Christine. *The american heritage dictionary of idioms*, Houghton Mifflin Harcourt, Boston, 2013. p.86. No obstante, al igual que lo sucedido en el caso de nuestra lengua, esta expresión hoy en día se relaciona preponderantemente con el léxico común, dejando a un lado el militar.

³³ En la mencionada obra francesa originalmente se expresó lo siguiente: “Faire donner dans le faux est l’idée commune qui rend synonymes (...) Mais *surprendre* c’est y faire donner par adresse, en saisissant la circonstance de l’inattention à distinguer le vrai. *Tromper* c’est y faire donner par déguisement, en donnant au faux l’air & la figure du vrai”. GIRARD, Gabriel. *Synonymes françois, leurs différentes significations*, Imprimerie de la Veuve D’ Houry, Paris, 1736 p. 309. Es menester mencionar que en reiteradas ocasiones se ha reproducido, con algunas adiciones, la precitada descripción que distingue ambas locuciones, como ejemplo de ello puede consultarse la memorable enciclopedia dirigida por FORTUNATO BARTOLOMEO DE FELICE, *Encyclopédie, ou dictionnaire universel raisonné des connoissances homaines*, T XXXIX, Yverdon, 1775 p. 593.

³⁴ GIRARD, Gabriel. *Synonymes françois, leurs différentes significations, op.cit.* p. 174.

³⁵ BARALT, D. Rafael María. *Diccionario de galicismos, ó sea de las voces, locuciones y frases de la lengua francesa*, Imprenta Nacional, Madrid, 1855. p. 637.

Ahora bien, es menester señalar en este punto que, la sorpresa como término no solo se habría desempeñado durante sus albores en el ámbito castrense sino que además la misma llegó a contar con una connotación jurídica, tal y como se puede corroborar del estudio de algunos de los primeros diccionarios franceses a los cuales ya hicimos mención anteriormente.

En tal sentido, huelga recordar que, en el '*Dictionnaire François-Latin*', al igual que acontece con otras de las obras coetáneas de la misma naturaleza, se puede atestiguar que al dar tratamiento al manejo de las voces 'sorpresa' y 'sorprender', se suministraría un fornido elenco de diferentes expresiones que se relacionan con los mismos, dentro de las cuales se encuentra un importante número de locuciones que, de una u otra manera, tienen una llamativa relación con términos que son comúnmente empleados en el Derecho y que, en tal sentido, ayudan a develar parte de la relevancia jurídica que, otrora, incluso en el campo lexicológico, ostentaba la sorpresa, lo que, además de resultar ciertamente llamativo y relevador, tiene una gran utilidad para el posterior estudio que realizaremos de la misma en la esfera jurídica, sin perjuicio de que, lo anticipamos, este tipo de locuciones no parecen bastar para definir, ellas no basten para definir correctamente lo que por 'sorpresa' en el escenario jurídico se ha llegado a entender. Así, como algunos ejemplos de las referidas expresiones, pueden destacarse las siguientes: 'engañar', 'inducir al error', 'abusar' y 'defraudar', así como también las locuciones '*dolus*', '*fraus*', y '*circumvenire*'³⁶.

En adición a lo antes reseñado, como un ejemplo aún más llamativo, encontramos que en el diccionario '*Forensium verborum & loquendi*' (1545) escrito por el humanista GUILLAUME BUDÉ, y publicado tan solo seis años después del '*Dictionnaire François-Latin*' de ESTIENNE³⁷, siendo por tanto relativo a los primeros documentos lexicológicos galos, no solo figuran algunas de las expresiones antes indicadas sino que adicionalmente se incluyen importantes referencias que dan cuenta de que en los albores de la voz 'sorpresa' aquella tenía una especial usanza en el ámbito jurídico, particularmente en el marco del Derecho procesal. Así, en el aludido diccionario de mediados del siglo XVI se verifica una alusión a "*Surprises, Chicalleries, Tromperies qui se sont en proces*", refiriendo así a 'sorpresas, trapacerías y fraudes que están en el proceso' a lo que se le añadiría seguidamente algunos ejemplos de empleos del término tales como, "*Brasser quelque Surprise en proces*", lo que en castellano correspondería a 'preparar alguna sorpresa en el proceso', el cual sería acompañado de las voces latinas "*Fallaciam foresem producere, Foresem dolum comminisci*"; así como también "*Per surprinse obtener quelque sentence, ou iugement*" lo que en la lengua castiza significaría a su turno 'obtener por sorpresa alguna sentencia o juicio', con sus correspondientes en latín "*Per oppressionem sententiam auferre, vel decretum*"³⁸.

En estricta sintonía con lo antes dicho, llama fuertemente la atención que, para finales del siglo XVIII, en el comúnmente denominado '*Dictionnaire de Trévoux*' (1771), esta vez sin limitarse realizar conexiones que no siempre resultaban del todo claras o esclarecedoras, de manera concluyente se habría manifestado que, "Sorprender también significa engañar a

³⁶ RICHELET, Pierre. *Dictionnaire françois, contentant les mots et les choses*, Chez Jean Herman Winderhold, Geneve, 1680. p. 413, y *Le dictionnaire de l'académie françoise, dédié au Roy*, T II, Chez la Veuve de Jean Baptiste Coignard, Paris, 1694. p. 315.

³⁷ ESTIENNE, Robert. *Dictionnaire françoislatin, autrement dict les mots françois, avec les manieres duser diceulx, tournez en latin*, Imprimerie de Robert Estienne, 1549. p. 597.

³⁸ BUDÉ, Guillaume. *Forensium verborum & loquendi gerum quae sunt à Guilielmo Budaeo proprio commentario descripta Gallicia de foro Parsiensi sumpto interpretatio, Gallicus forensium verborum index*, Ex officina Rob. Stephani typographi Regii, Lutetiae, 1545. p. 218.

alguien, inducirlo en error, abusar de él”³⁹, definición que si bien resulta llamativa, en nuestra opinión, se torna inconveniente, pues lo que hace es equiparar expresiones que a pesar de tener alguna relación, no por ello pueden considerarse como equivalentes, o entender que las mismas puedan comprenderse como una especie de acepción de la primera (sorprender).

De tal manera, puede constatarse la, ciertamente insospechada y del suyo sorprendente, raigambre de la ‘sorpresa’ como término lingüístico, la que ya para sus empieces léxicos, se enraizaba en las anchas de los confines jurídicos, no solo entretejiéndose con concepciones de suyo propias de tal área del conocimiento, sino que también, proyectándose con toda claridad en una de sus disciplinas más conocidas, y reconocidas, tanto en la antigüedad como en los tiempos que corren, como lo es el Derecho procesal. De este modo, incluso a la luz de este estudio de naturaleza etimológica, es posible testimoniar la presencia e incidencia que ya de antaño tenía la sorpresa en el escenario jurídico, lo que verdaderamente llama la atención, más aun si se tiene en consideración que los precitados hallazgos se desprenden únicamente del estudio de obras léxicas, que no jurídicas, lo que da cuenta de la relevancia del asunto, pues tal era la conciencia que para entonces (siglo XVI y XVII) se tenía al respecto del papel de la sorpresa en los ámbitos del Derecho, que incluso en estas obras dedicadas a únicamente a cuestiones de la lingüística común y silvestre, y por tanto no científica o especializada, daban fe de ello.

1.2. LA SORPRESA CONSIDERADA COMO EMOCIÓN. SUMARIA REFERENCIA A LA VISIÓN FILOSÓFICA Y PSICOLÓGICA DE LA SORPRESA.

1.2.1. *Generalidades en torno a la sorpresa concebida como emoción humana.*

En adición a lo antes desarrollado, debe recordarse que el estudio de la sorpresa, en sí misma considerada, no ha resultado ajeno a los campos de la filosofía y de la psicología, pues en ambos casos se ha constatado un importante interés por la comprensión de este fenómeno, particularmente en el modo en el que el mismo se proyecta en las emociones humanas. Así pues, en un primer plano, se puede divisar que ya de antaño la sorpresa, como parte del elenco de emociones, había cautivado la atención de algunos estudiosos más destacados en el campo de la filosofía, siendo ejemplo de ello algunos renombrados exponentes relativos a la ‘edad moderna’ tales como lo son, RENÉ DESCARTES⁴⁰, DAVID HUME⁴¹, ADAM SMITH⁴² e IMMANUEL KANT⁴³, y, en este ámbito, llegaría a ser concebida como “una agitación repentina que se

³⁹ Traducción libre, el texto original reza de la siguiente forma: “Surprendre signifie aussi tromper quelqu'un, le jeter dans l'erreur, l'abuser”, *Dictionnaire universel françois et latin, vulgairement appelé dictionnaire de Trévoux*, T VII, Compagnie des Libraires Associés, Paris, 1771. p. 918.

⁴⁰ Pueden consultarse las siguientes obras en las que DESCARTES entraría a abordar, con cierto detenimiento, el estudio de la sorpresa, relacionándola especialmente con la ‘admiración’, así: DESCARTES, René. *Les passions de l'ame*, Chez Henry Le Gras, Paris, 1649. pp. 97 y 98; y DESCARTES, René. *Lettres de Mr. Descartes*, Chez Charles Angot, Paris, 1657. p. 58.

⁴¹ HUME, David. *A treatise of human nature*, London, Printed for Thomas and Joseph Allaman, 1817. (Vol 1). pp. 392 y 393, y (Vol 2) pp. 115 y 116.

⁴² SMITH, Adam. *Essays on philosophical subjects*, T. Cadell Jun. and W. Davies, London, 1795. pp. 4-10.

⁴³ Al respecto, KANT habría descrito en su momento la emoción o conmoción a través de la sorpresa, expresado que “Affect is surprise through sensation, by means of witch the mind's composure (*animus sui compos*) is suspended”. KANT, Immanuel. *Anthropology, History and Education*, Cambridge University Press, Cambridge 2007. p. 354.

produce en el alma por algo inesperado” siendo además descrita como “el gran arte de agitar las pasiones y, en consecuencia, la fuente de la elocuencia y las bellezas encontradas en las obras de la mente”, tal y como puede corroborarse con la lectura del ‘*Dictionnaire philosophique*’ publicado para mediados del siglo XVII⁴⁴.

De otro lado, desde una perspectiva más contemporánea, la sorpresa ocuparía igualmente un distinguido sitio en la disciplina de la psicología, punto tal que, con cierto predominio⁴⁵, en la actualidad se ha concebido que la sorpresa se enmarca dentro de las que son calificadas como emociones ‘fundamentales’, ‘simples’, ‘mayores’, ‘básicas’ o ‘primarias’⁴⁶ entendiéndose todas ellas como aquellas emociones que puede predicarse una naturaleza ecuménica, es decir, que resultan ‘prevalentes y universales’⁴⁷, de manera que podrán predicarse incluso de los animales⁴⁸. Sin perjuicio de ello, la naturaleza de la sorpresa parece ser más compleja que la del resto de emociones básicas, lo que ha llevado a que la misma sea considerada como la más singular de todas ellas⁴⁹, siendo catalogada como una emoción ambigua por excelencia⁵⁰, entendiéndose que posee una “valencia hedónica neutra”⁵¹, lo cual la diferencia y singulariza con relación del resto de sus semejantes (emociones primarias), lo que se explica en razón del hecho de que esta última no se encuentra circunscrita, en un principio, a una sensación positiva o negativa exclusivamente, ya que consiste más bien en una especie de “inhibición o suspensión”⁵², la que debe ser distinguida de las posteriores emociones que puedan llegar a determinarla⁵³.

⁴⁴ Traducción libre, la cita original reza de la siguiente forma: “La surprise est un ébranlement soudain, qui est produit dans l’ame par quelque chose d’inattendu; c’est le grand art d’emouvoir les passions, & par conséquent la source de l’éloquence & des beautés qu’on trouve dans les ouvrages d’esprit”. CHICANEAU DE NEUVILLE, Didier Pierre. *Dictionnaire philosophique*, Londres, 1751. p. 323.

⁴⁵ A pesar de que la concepción de la sorpresa una de las emociones humanas parece representar la idea más difundida, algunos estudiosos de la psicología se han apartado de ella indicando que esta última no puede ser considerada propiamente como una emoción, así: DEPARZ, Natalie. “Surprise, valence, emotion: the multivectorial integrative cardio-phenomenology of surprise”, en *Surprise: an emotion?*, Springer, Switzerland, 2018.

⁴⁶ Véase respectivamente: PLUTCHIK, Robert. *Theories of emotion*, Academic Press, 1980. p. 168; HARRIS, George. *A philosophical treatise on the nature and constitution of man*, Vol I, George Bell & Sons, London, 1876. p. 273; IZARD, Carroll Ellis. *The face of emotion*, Appleton-Century-Crofts, New York, 1971. p. 185; EKMAN, Paul. “Basic Emotions”, en *Handbook of Cognition and Emotion*, Wiley, Chichester, 2000. pp. 49 y 50; y TOMKINS, Silvan Solomon. *Affect imagery consciousness*, Vol 1, Springer Publishing Company, New York, 1962. p. 337.

⁴⁷ DÍAZ, José Luis. “La nueva faz de la emoción”, en *Vitalidad e influencia de las lenguas indígenas en Latinoamérica*, UNAM, México D.F., 1995. p. 244.

⁴⁸ RATNER, Carl. *Vygotsky’s sociohistorical psychology and its and his contemporary applications*, Springer Science, New York, 1991. p. 119.

⁴⁹ FERNÁNDEZ ABASCAL, Enrique, GARCÍA RODRÍGUEZ, Beatriz, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, María Pilar & otros. *Psicología de la emoción*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013. p. 223.

⁵⁰ BISQUERRA, Rafael. *Universo de emociones, en Inteligencia emocional y bienestar II*, Universidad San Jorge, Zaragoza, 2016. p. 30.

⁵¹ BERMEJO BERROS, Jesús & LÓPEZ DÍEZ, Jaime. “Estudios de los efectos psicofisiológicos, cognitivos y emocionales de la sorpresa audiovisual publicitaria mediante triangulación metodológica”, en *Actas del 2º Congreso Nacional sobre Metodología de la Investigación en Comunicación y del Simposio Internacional sobre Política Científica en Comunicación*, Segovia, 2013. p. 1037.

⁵² DE LA MORA LEDESMA, José. *Psicología educativa*, Editorial Progreso, México D.F., 2004. p. 45, obra en la cual se indica que, “En la sorpresa no hay propiamente un contenido mental afectivo, sino una inhibición o suspensión”.

⁵³ Al respecto, véase, NOORDEWIER, Marret, TOPOLINSKI, Sascha & VAN DIJK, Eric. “The temporal dynamics of surprise”, en *Social & personality psychology compass*, Vol 10, Nº 3, Wiley Online

En tal sentido, es dable afirmar que de la sorpresa pueden derivar ambos tipos de emociones, es decir emociones negativas así como positivas, lo que explica, que desde esta perspectiva, se pueda hablar de ‘sorpresas positivas’ al igual que de ‘sorpresas negativas’, división que tendrá especial relevancia al abordar el estudio jurídico de tal figura, tal y como se anticipó.

1.2.2. *Proceso de formación y aspectos básicos alrededor de la sorpresa como emoción.*

Habiendo dado tratamiento a un marco generalizado de lo que puede comprenderse al hablar de la sorpresa como emoción humana, conviene ahora dar paso a un análisis más detenido en lo tocante a la constitución y el desenvolvimiento de este tipo de emoción, ello particularmente con el propósito de permitir que se logre individuar la naturaleza y entidad que se predica de la sorpresa *in genere*, para que así posteriormente sea posible aperebir de mejor forma el modo en que esta puede llegar a repercutir en el escenario jurídico, permitiendo corroborar igualmente cómo la materialización de este fenómeno emocional puede llegar a traducirse en un evento que resulta perjudicial, e inclusive lesivo para el sujeto sorprendido.

Así las cosas, puede señalarse que, la sorpresa en el marco del estudio de las emociones, puede ser definida como “un estado de mente en blanco que experimenta un individuo cuando, en una situación concreta, percibe un estímulo que discrepa del esquema cognitivo que había activado previamente”⁵⁴ y que, genera como consecuencia una respuesta por parte del individuo que se ve sorprendido la cual podrá ser positiva o negativa⁵⁵. De este modo, ateniéndonos a esta descripción general de la sorpresa, puede llegar a abstraerse que la misma se encuentra conformada por la comprobación de tres fenómenos o supuestos, a saber: i la configuración de un estímulo; ii. la producción de un estado de ‘mente en blanco’; y iii. la divergencia, o choque.

Siguiendo esta línea argumental, se corrobora que el primero de los estadios que se corrobora para dar lugar al origen de una sorpresa se ve representado por la existencia de un ‘estímulo’, el que puede ser encendido como aquella incitación generada en la mente como consecuencia del acaecimiento de un hecho o situación exógena que siendo inesperada, de manera abrupta y repentina, interrumpe⁵⁶ en el procesamiento de información de un persona⁵⁷,

Library, 2016. p. 137, en donde se expresa que, “Note that this characterization does not refer to the valence of the surprising stimulus. The outcome in itself can be positive (...) negative (...) or without a clare valence (...) This means that the unexpecteness of the outcome shoylnd not be confused with the valence of the outcome”.

⁵⁴ BERMEJO BERROS, Jesús & LÓPEZ DÍEZ, Jaime. *Estudios de los efectos psicofisiológicos, cognitivos...*, *op.cit.* p. 1037.

⁵⁵ Sobre el particular, el filósofo escoces ALEXANDER BAIN, en su momento habría expresado que: “The circumstances of the surprise may affect its character. When the occurrence is something better than we expected, there is an acces of pleasure; when worse, of pain”. BAIN, Alexander. *Mental and moral science*, Longmans, London, 1868. p. 230.

⁵⁶ En relación con esta interrupción de la actividad de la persona sorprendida, el conocido psicólogo estadounidense SILVAN TOMKINS propone el siguiente símil: “This mechanism is similar in design and function to that in a radio or television network which enables special announcements to interrupt any ongoing program. It is ancillary to every other affect since it orients the individual to turn his attention away from one thing to another. Whether, having been interrupted, the individual will respond with interest, or fear, or joy, or distress, or disgust, or shame or anger will depend on the nature of the interrupting stimulus and on the interpretation given to it”. TOMKINS, Silvan Solomon. *Affect imagery consciousness*, Vol 1, *op.cit.* p. 498.

⁵⁷ REISENZEIN, Rainer. “Exploring the strength of association between the components of emotion syndromes: the case of surprise”, en *Cognition and emotion*, Vol 14, Routledge, London, 2000. p. 4. “surprise-eliciting event initiates a series of processes that begin with the appraisal of this event as schema-discrepant or

generando una especie de “discordancia en la continuidad temporal”⁵⁸, lo que termina por desencadenar un proceso que dará paso a la constitución de la sorpresa y que a su turno contribuirá a la subsiguiente determinación de la connotación positiva o negativa que se le atribuirá a dicha emoción. Al respecto, encontramos que ya en su momento el afamado filósofo y matemático francés, RENÉ DESCARTES, en su obra “*Les passions de l’ame*” habría indicado que, la sorpresa representa una “llegada repentina e inesperada de la impresión que cambia el movimiento de los espíritus”⁵⁹, descripción que ciertamente comulgaría con lo que expresamos precedentemente.

Por su parte, un segundo estadio en la composición de la sorpresa viene a ser representado por el estado de ‘mente en blanco’ que se produce en cabeza del sujeto que es sorprendido, siendo considerando como el principal efecto subjetivo que se deriva de la sorpresa⁶⁰, y el cual consiste en una breve fase transitoria que, de forma subsecuente y consecuente a la percepción del, -ya antes aludido- ‘estímulo’, produce como consecuencia una especie de sensación de desconcierto y perplejidad, la que sería descrita por el, no menos afamado, filósofo escocés ADAM SMITH como “El violento y repentino cambio producido sobre la mente, cuando una emoción de cualquier especie es traída repentinamente sobre ella, constituye toda la naturaleza de la sorpresa”⁶¹, motivo por el cual podría decirse que, en este punto, quien es sorprendido se encontrará en una suerte de ‘limbo cognoscitivo’, el que puede asemejarse a una sensación de perplejidad, y que, en ocasiones, podrá posicionarlo en una situación de vulnerabilidad.

De esta forma, la sorpresa, en su acepción más extendida y de paso más corriente, se concibe como una desconcertante embestida, de suyo súbita, inesperada y repentina⁶², que deja a la persona atónita, en un estado de perplejidad; precisamente lo deja ‘en blanco’, y, tal y como analizamos con antelación, esta situación suele caracterizarse por una valencia negativa, dependiendo de la situación particular, por cuanto también se registró la posibilidad de que ella pueda llegar a ser positiva, aun cuando en el campo jurídico, es la regla, su empleo se hace desde una dimensión negativa y, por ende, contraria a lo deseable o a lo esperable (deber ser).

Por último, el tercero de los estadios para la configuración de la sorpresa atañe a la divergencia del nuevo estímulo respecto al esquema cognoscitivo previo, lo cual se deriva en una especie de ‘choque’ que dará paso a la constitución de un conflicto entre el estado preexistente y el estímulo posterior, y termina desembocando en la producción de una especie situación desequilibrante, en otras palabras, como consecuencia del advenimiento de aquel estímulo se genera una contradicción⁶³ entre este último y el esquema cognoscitivo que tenía la persona antes de la configuración del evento que daría inicio al procesamiento de una sorpresa. En razón de ello, se ha solido indicar que para que efectivamente se configure esta

unexpected, continue with the occurrence of a surprise experience and, simultaneously, the interruption of ongoing information processing and the reallocation of processing resources (...).”

⁵⁸ DEPARZ, Natalie. “La inscripción de la sorpresa en la fenomenología de las emociones de Edmund Husserl”, en *EIDOS*, N° 21, Universidad del Norte, Barranquilla, 2014. p. 171.

⁵⁹ Traducción libre. DESCARTES, René. *Les passions de l’ame*, op.cit. p. 97. En un sentido similar, el filósofo DAVID HUME habría señalado que la sorpresa genera una ‘agitación de los espíritus’. HUME, David. *A treatise of human nature*, op.cit. Vol 2, p. 116.

⁶⁰ FERNÁNDEZ ABASCAL, Enrique, GARCÍA RODRÍGUEZ, Beatriz, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, María Pilar & otros. *Psicología de la emoción*, op.cit. p. 229.

⁶¹ SMITH, Adam. *Essays on philosophical subjects*, op.cit. 1795. p. 6.

⁶² Se ha llegado a indicar que el carácter repentino es un elemento esencial o necesario de la sorpresa, así WILLIS, Richard H. “Surprise”, en *The Corsini encyclopedia of psychology and behavioral science*, Vol 4, John Wiley & Sons, New York, 2001. p. 1661.

⁶³ BAIN, Alexander. *Mental and moral science*, op.cit. p. 230.

emoción se requiere que quien sea sorprendido tenga una suerte de ‘creencia’, es decir, que confiase que el hecho generador de la sorpresa no se materializaría, previéndolo como posible aunque improbable o, simplemente no se representaba la posibilidad de que tal hecho pudiese llegar a acontecer⁶⁴.

De lo anterior se desprende que, en lo que a la formación de una sorpresa respecta, por un lado, podemos encontrarnos ante la existencia de una expectativa⁶⁵, correctamente fundada, que puede consistir en la creencia de que un evento concreto suceda, así como también en que no suceda, cuyo incumplimiento o defraudación dará paso al ya mencionado conflicto⁶⁶ que terminará por constituir la sorpresa, pero también, del otro lado, la sorpresa podrá configurarse en razón de una idea más global de confianza que no involucra una concreta representación, sino que más bien se configura cuando la persona, a pesar de no tener una concreta expectativa, simplemente no esperaba que un determinado hecho o evento pudiese llegar a acontecer, bajo el entendido que, quien no sospecha que un evento particular pueda suceder, o no suceder, es porque confía que la actividad particular se desarrollará en situaciones de normalidad, es decir, sin cambios abruptos e intempestivos. Así pues, sea en uno que en otro evento, se dará lugar a un desfase significativo entre lo que una persona pensaba y esperaba, y aquello que realmente ocurre posteriormente, esto es lo inesperado, dando lugar entonces a la ‘sorpresa’⁶⁷.

Ahora bien, siguiendo tal línea argumentativa, como consecuencia de la ya aludida defraudación, ya sea de las expectativas o de la confianza de la persona, como resultado del procesamiento del nuevo e intempestivo estímulo, es natural entender que la sorpresa concebida como emoción humana pueda llegar a dar lugar a una situación de desequilibrio e inestabilidad, bajo el entendido que, esta “refleja una evaluación de que una expectativa, tal vez tácita, o un cierto entendimiento del mundo no se ha cumplido”⁶⁸, lo que genera como consecuencia que se verifique una alteración y desestabilización en cabeza del sujeto que se ha visto sorprendido, al presentarse una desarticulación de lo que este último, incluso legítimamente, podría haber llegado a esperar de una determinada situación, lo cual podrá generar como consecuencia que se produzca un estado de perplejidad, o desazón, incluso pudiendo llegar a dar lugar a la gestación de un indeseado sentimiento de frustración, en cabeza de este último, todo lo cual permite avizorar en la sorpresa una figura que puede llegar a contar con la virtualidad para poseer una relevancia jurídica, tal y como se explicará de mejor en el capítulo subsiguiente.

⁶⁴ GREEN, Otis Howard. *The emotions, a philosophical theory*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992. p. 101.

⁶⁵ Sobre las expectativas, concretamente en relación con su inusitada frustración, y sin perjuicio de ser un tema que será abordado de mejor manera más adelante, podemos anticipar que (tal y como sucede igualmente en el plano jurídico) tal escenario no resulta suficiente para englobar todo el fenómeno sorpresivo, pues a pesar de resultar un indicador realmente importante, no toda sorpresa proviene de la frustración de las expectativas, como bien fue anticipado por ORTONY, Andrew & PATRIDGE, Derek. “Surprisingness and expectation failure: what’s the difference?”, en *IJCAI’87 Proceedings of the 10th international joint conference on Artificial intelligence*, Vol I, Morgan Kaufmann Publishers Inc., San Francisco, 1987. p. 106. De ahí que la confianza, y la ‘confianza legítima’ en el ámbito jurídico, deban ser igualmente tenidas en cuenta para tales efectos.

⁶⁶ En palabras de ALEXANDER BAIN, “Surprise is a breach of expectation, and in addition to mere Relativity, includes an element of Conflict”. *Mental and moral science, op.cit.* p. 230.

⁶⁷ Al respecto, el filósofo DONALD DAVIDSON ha señalado que “To be surprised is to recognize the distinction between what we thought and what is the case”. DAVIDSON, Donald. *Problems of rationality*, Oxford University Press, New York, 2004. pp. 7 y 8.

⁶⁸ Traducción libre. BLASI, Augusto & ORESICK, Robert J. “Emotions and cognitions in self-inconsistency”, en *Thought and emotion*, Psychology Press, New York, 1986. p. 161.

2. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y NATURALEZA DE LA SORPRESA EN EL DERECHO HISTÓRICO Y COMPARADO.

2.1. ORÍGENES DE LA SORPRESA EN EL ESCENARIO JURÍDICO.

La sorpresa, tampoco ha resultado ajena al Derecho a través de la historia, pues de vieja data, en lo aplicable, fue considerada como una figura de interés en el ámbito jurídico, a raíz de los efectos perniciosos que de ella se derivaban, a pesar de ser una cuestión respecto a la cual, tal y como hemos indicado, no se tiene mayor consciencia, pues, por regla general, se desconoce el importante abolengo con el que cuenta la sorpresa en plano jurídico. Al respecto, debe señalarse que, la gran mayoría de estudiosos que se han preocupado por examinar la temática de la sorpresa en la esfera jurídica, que, como se ha expresado, ciertamente no son numerosos, suelen atribuir el origen del empleo del vocablo en mención, con un carácter o tenor jurídico, al ilustre jurista francés ROBERT JOSEPH POTHIER, el que, entienden, la concibió como una especie de vicio de la voluntad circunscrito al supuesto particular de la imputación del pago, específicamente a aquella imputación que es realizada por parte del acreedor⁶⁹.

De este modo, conforme lo ha expuesto la mayor parte de la doctrina (por no decir toda) que ha estudiado el tema, este jurista francés habría concebido la sorpresa como una especie de variedad de vicio de la voluntad que se encuentra circunscrita al contexto particular de la imputación del pago⁷⁰, concretamente al supuesto de la imputación hecha por parte del acreedor⁷¹. En tal sentido, es menester señalar que es cierto que POTHIER efectivamente refirió a la sorpresa a propósito de la imputación por parte del acreedor, indicando que el deudor puede reprochar la imputación hecha por el acreedor por tratarse de una persona que se ve sorprendida

⁶⁹ Entre los autores que han abordado la materia y que expresamente le atribuyen la ‘paternidad’ de la sorpresa a POTHIER se encuentran: BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1991. p. 567; CAMILLERI, Enrico. *Imputazione di pagamento, datio in solutum, quietanza*, Giuffrè, 2017. p. 52; y, RODEGHIRO, Andrea. *L'imputazione del pagamento: fondamenti e disciplina*, CEDAM, Padova, 2005. pp. 113 y 115; REZZÓNICO, Juan Carlos. *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, T I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1961. p. 791; LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil: obligaciones*, T II-B, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1975. p. 317; y DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de Derecho Civil*, T III, Tea, Buenos Aires, 1964. p. 103; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. “El vicio de la sorpresa en el derecho privado”, en *Revista de la responsabilidad civil y seguros*, N° IV, Buenos Aires, 2002. p. 3; y ROCCA, Ival & DUFRECHOU, Roberto. “Nulidad del acto jurídico por “sorpresa””, en *El Derecho Jurisprudencia General*, 108, 1984. pp. 782 y 800.

⁷⁰ Así por ejemplo los doctrinantes argentinos IVAL ROCCA y ROBERTO DUFRECHOU, han manifestado que, “A POTHIER cabe reconocerle la creación del vicio de la ‘sorpresa’ y cabe criticarle que lo hace ceñido a un solo instituto –la imputación del pago– y, todavía, a un supuesto especial de este tema, sin hacerlo trascender, según por congruencia hubiera correspondido, a los demás actos jurídicos”. ROCCA, Ival & DUFRECHOU, Roberto. *Nulidad del acto jurídico por “sorpresa”*, *op.cit.* p. 782.

⁷¹ Sobre esta figura, vale la pena recordar que, según expresa el profesor MARCELO LÓPEZ MESA, “Imputar es establecer una relación entre el pago que se efectúa y la obligación que se salda. Es elegir o determinar la deuda que se cancela, cuando el monto pagado no alcanza a satisfacer todas las que el *solvens* tiene con el *accipiens*”. Así mismo, debe decirse que, como bien manifiesta el referido profesor, la imputación por parte del acreedor tiene lugar “recién cuando el deudor no ha imputado el pago efectuado, declinando expresa o implícitamente el derecho que para hacerlo le concedía el derecho.” LÓPEZ MESA, Marcelo. *Derecho de las obligaciones*, T I, Editorial B de F, Buenos Aires, 2015. pp. 309 y 316.

por tal acto⁷², ya sea porque era una persona que no sabía leer (*personne qui ne sait pas lire*) o era una persona rústica o sencilla (*personne simple et rustique*), referencia esta última que en realidad parece ser una adición ulterior que sería realizada por JACQUES DUPIN⁷³.

No obstante lo anterior, después de una revisión más detenida de algunas obras de POTHIER, encontramos que al contrario de lo que al unísono se ha afirmado, este jurista no limitó la sorpresa a la imputación del pago, como se desprende de la lectura aislada de su memorable '*Traité des obligations*' (Tomo II), en el que, en principio, simplemente se habla de la sorpresa en la citada imputación, pues del examen de otras de sus obras, e incluso en el primera parte de su tratado de las obligaciones (Tomo I)⁷⁴, se pueden encontrar diversas referencias explícitas de la sorpresa⁷⁵, de las que puede llegar a estimarse que POTHIER concibió de cierta forma a esta figura como un vicio genérico de la voluntad, y no limitado a un supuesto concreto, como se ha pensado. En tal sentido, una de las muestras más elocuentes que da sustento a lo que venimos indicando la encontramos en las siguientes palabras de POTHIER: "Las particiones pueden ser rescindidas por *las mismas casusas por las que se rescinden los otros Actos*, como por causa de violencia, *de sorpresa*, de error de hecho"⁷⁶ (se destaca).

De igual modo, a partir de la investigación bibliográfica realizada por nosotros, hemos podido comprobar que la presencia de la sorpresa en el ámbito jurídico es mucho más antiguo de lo que se ha señalando, e incluso de lo que podría llegar a pensarse, pues bien, como podrá corroborarse en líneas posteriores, el rastro de esta figura nos ha llevado hasta los mismos albores del siglo XVI, lo que necesariamente vendría a significar que la misma por más de dos centurias a las obras de POTHIER. Así mismo, cabe destacar que, tal investigación nos ha permitido igualmente verificar que la sorpresa no es una figura de una menor relevancia, y que la concepción de la misma en el ámbito jurídico fue mucho más amplia de lo que podría llegar a pensarse o siquiera sospecharse, y que, en tal sentido, su proyección no se encuentra circunscrita a los terrenos conceptuales de un de los supuestos particulares para realizar el pago de una obligación, es decir, al campo de la imputación del pago.

⁷² Al respecto, este ilustre jurista francés, habría manifestado que, "il est évident que cette imputation qu'il fait sur ses salaires, est une surprise qu'il fait au débiteur, & que le débiteur, est en droit de demander, que nobstant ce qui est porté par la quittance, le payment soit imputé sur les trois cents livres qu'il devoit, pour le prix de l'héritage, & que les intérêts soient déclarés en conséquence avoir cessé du jour de la quittance". POTHIER, Robert Joseph. *Traite des obligations*, T II, Chez Debure, l'ainé, Paris, 1761. p. 66.

⁷³ En la primera edición de la obra '*Traité des obligations*' citada previamente, solo se hace alusión a la 'persona que no sabe leer', no obstante, en una edición posterior que parece tener ciertas modificaciones por ANDRÉ MARIE JEAN JACQUES DUPIN, encontramos una aparente adición referente a las personas 'rústicas' y 'simples', así: "Cependant je ne cossi pas qu'on doive décider indistinctement qu'il n'y soit pas recevable: car, si le débiteur est une personne qui ne sait pas lire, ou une personne simple et rustique". POTHIER, Robert Joseph & DUPLIN, M. *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, T I, Pichon-Béchet, Paris, 1872. p.335.

⁷⁴ POTHIER, Robert Joseph. *Traite des obligations*, T I, *op.cit.*, p. 40, en donde se afirma que, "Lorsqu'une partie a été engagée à contracter par le dol de l'autre, le contrat n'est pas absolument & essentiellement nul, parce qu'un consentement, quoique surpris, ne laisse pas d'être consentement; mais ce contra test vitieux, & la partie qui a été surprise peut dans les dix ans, en prenant des lettres de rescisión, le faire rescinder, parce qu'il peche contre la bonne foi qui doit régner dans les contrats".

⁷⁵ Como ejemplo véase POTHIER, Robert Joseph. *Traité du contrat de mariage*, T I, Chez Debure, l'ainé, Paris, 1768. pp. 38, 376 y 403.

⁷⁶ Traducción libre, la cita en su lengua original es la siguiente: "Les Partages peuvent être rescindés pour les mêmes causes pour lesqueles se rescindent les autres Actes, comme pour cause de violence, de surprise, d'erreur de fait". POTHIER, Robert Joseph. *Ouvres posthumes de M. Pothier*, T II, Chez Julien-Jean Massot, Orleans, 1777. p. 216.

En sustento de lo anterior, puede indicarse que ya para los inicios del siglo XVI en Francia se podía evidenciar un empleo que del término ‘sorpresa’ con una verdadera connotación jurídica, el cual tuvo cierta dispersión, pues se desarrolló en distintos escenarios, a pesar de ser cierto que en todos ellos podía predicarse una especie de ‘común denominador’ consistente en la percepción de la sorpresa como un elemento indeseado que podía llegar a afectar una facultad determinada, desempeñándose así particularmente en el escenario de la formación de la voluntad. Por virtud de lo anterior, tal y como podrá corroborarse en las líneas siguientes, la sorpresa, al menos en su proyección histórica, se habría desempeñado en el escenario jurídico estrechamente emparentada con la idea de un vicio, imperfecto o anomalía que puede trastocar la voluntad y con ella el consentimiento negocial, a diferencia de lo que puede predicarse de la figura de la ‘sorpresa jurídicamente relevante’, a la cual daremos tratamiento en el capítulo subsiguiente, ya que ella, como se mencionará, podrá tener una proyección más amplia que no la circunscribe únicamente a este concreto escenario.

2.1.1. *La sorpresa concebida como un medio para fundamentar una ‘requête civile’.*

Siguiendo esta línea de cosas, podemos señalar que, uno de los primeros escenarios en los cuales la sorpresa habría gozado de un cierto protagonismo se desempeñaría para mediados del siglo XVI con ocasión del estudio de la figura de la ‘*requête civile*’, -hoy ‘*requête civile*’ (en castellano ‘petición civil’, que se asemeja a la acción rescisoria)-, la cual era concebida como uno de los mecanismos remediales extraordinarios procedentes frente a providencias, o ‘*jugements*’⁷⁷, particularmente en el caso de los ‘*arrest*’, -hoy *arrêts*- es decir, de aquellos pronunciamientos que eran proferidos por una ‘autoridad soberana’ y que se encontraban en firme⁷⁸, los cuales padecían de un defecto o imperfecto que, en cierto modo, los viciaba tornándolos así en reprochables, y a través del cual se buscaba que tales providencias fuesen retractadas por parte del mismo órgano que las había dictaminado⁷⁹.

Al respecto, uno de los primeros registros que hemos podido constatar en relación con esta figura lo encontramos en los escritos del importante, y lamentablemente no tan reconocido, jurista francés JEAN PAPON, quien para el año de 1575 en su obra ‘*Trias judiciael du second notaire*’, al brindar desarrollo a la temática concerniente a los remedios procedentes ante los ‘*arrest*’ y ‘*jugemens*’, habría referido a la ‘*requête civile*’ puntualizando que la misma tendrá la virtualidad para retractar una providencia “por tres medios ordinarios

⁷⁷ FURÉTIÈRE, Antoine. *Dictionnaire universel, contenant generalment tous les mots françois tant vieux que modernes, et les termes de toutes les sciences et des arts*, T III, Chez Arnout & Reiner Leers, Rotterdam, 1690. p. 395. “JUGEMENT, se dit aussi des decisions qui sont prononcées par l’autorité des Rois ou autres puissances terrestres, soit de leur propre bouche, soit par les Officiers qu’ils commettent pour rendre justice en leur palace à leurs peuples. Une sentence est un *jugement* d’un Juge dont on peut appeller; un *arrest*, un *jugement* souverain en dernier ressort”.

⁷⁸ FURÉTIÈRE, Antoine. *Dictionnaire universel, contenant generalment tous les mots françois tant vieux que modernes, et les termes de toutes les sciences et des arts*, T I, *op.cit*, p.152, en donde se define “ARREST. f. m. Jugement ferme & stable d’une Puissance Souveraine. Un *Arrest* du Ciel, de la Providence. Chez les Payen son disoit, un *Arrest* de la Destinée. *Arrest* du Conseil d’enhaut, d’un Parlement, d’une Cour superieur (...)”.

⁷⁹ En la obra ‘*La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale*’, se enumeran tres medios para proceder contra los ‘*Arrest*’: la ‘*opposition*’, la ‘*requête civile*’, y la ‘*proposition d’erreur*’. Por su parte, en lo que concierne a la ‘*requête civile*’, en la mencionada obra se indica que: “C’est un autre moyen pour faire retracter un *Arrest* rendu avec nous, & auquel nous avons esté partie”. L’ANGE, François. *La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale, ou le nouveau praticien françois*, Chez Theodore Girard, Paris, 1687. p. 511.

que son el dolo, el fraude, la sorpresa y la minoría [de edad]”⁸⁰. Así, de lo expuesto por el referido jurista galo se logra corroborar que ya para el siglo XVI se habría concebido que el mecanismo remedial de la ‘*requeste civile*’ podría tener lugar en razón de la verificación de determinados supuestos⁸¹, los cuales, en su mayoría, involucraban la presencia de una anomalía, de vicio o una falta que podría terminar repercutiendo negativamente en la providencia⁸², dentro de los cuales se encontraría expresamente la sorpresa, lo que permite corroborar que ya para entonces existía un reconocimiento del carácter pernicioso e indeseado de la misma.

Ahora bien, cabe destacar que, para la época en cuestión, se habría llegado a concebir que la ‘*requeste civile*’ tendría procedencia con fundamento de la verificación de una ‘sorpresa’ cuando la ‘*parte adverse*’, es decir, la parte contraria o comúnmente más conocida como

⁸⁰ Traducción libre, la cita original es la siguiente: “LE CINQUIEME, estoit le remede de requeste civile contre le jugement, duquel ne pouvoit estre appellé, dont la congnoissance anciennement a apparteu au Prince, selon la constitution des Empereurs Diocletian & Maximian en la loy seule de sentent. praefector. praetor. Laquelle depuis a esté abrogee par l’Emper. just. par la nouvell. ut. sponsalit. S. largit. coll. 9. qui est pour ce regard transcrit en l’authent quae supplicatio. de parcib. imper. offer. qui est aviourd’huy suyvie, scauvoir, que sans en empescher le Prince, telle requesete civile venat à fin de revoir & retracter un arrest par trois moyens ordinaires, qui sont dol, fraude, surprinse, & minorité, droit estre presente à la Cour & mesme chambre qui a donné l’arrest”. PAPON, Jean. *Trias judicial du second notaire*, Jean de Tournes Imprimeur du Roy, Lyon, 1575. p. 64. Es necesario indicar que, si bien este jurista pareciera enlistar cuatro medios, a pesar de señalar previamente que son solo tres, creemos que ello no se debe a un simple error de cálculo sino que, en realidad, es consecuencia de la equiparación o combinación entre ‘dolo’ y ‘fraude’, ya que podría estar englobando ambas concepciones en una sola. Así mismo, cabe destacar que en la obra ‘*La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale*’, previamente citada, inmediatamente después de responder a la cuestión consistente en ¿qué es una ‘requête civile’, se pondría de manifiesto que tal figura debe ser propuesta por medio de “Lettres Royaux” por medio de las cuales “on expose que l’Arrêt a été obtenu par surprise, dol & fraude de la Partie adverse (...)” L’ANGE, François. *La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale, ou le nouveau praticien françois*, op.cit, p. 511.

⁸¹ Decimos principalmente, pues el dolo, la sorpresa y la minoría de edad eran los medios que comúnmente se solían enlistar en los libros de la época, no obstante creemos que no eran los únicos, puesto que, ya para entonces, podían encontrarse referencias que daban a entender lo contrario, tal y como es el caso de la obra de autoría de JEAN DURET en la que, en adición al ‘dolo’ y a la ‘sorpresa’, se refiere a ‘cualquier otra ocasión que se encuentre suficiente para sustituir una causa de apelación’, así: “Las lettres civiles, sont fondees ainsi q i’ay ailleurs déclaré sur ce qu’on a omis d’alleguer quelque costume laquelle est meu la cour de juger autrement, si elle eust esté articulee, ou oubliee quelque autre fait descisif du differet, ou lors qu’on allegue *le dol & la surprinse de partie adverse, & generallyment pour toute autre occasion qui seroit trouuee suffisante pour substenir une cause d’appel*” (se destaca). DURET, Jean. *Advertissemens sur l’edict d’Henry Roy de France et de Polonge*, Benoit Rigaud, Lyon, 1587. pp. 162 y 163, en el mismo sentido puede consultarse BOIER, Philbert. *Le stile de la Cour de Parlement, souveraine & capitale du Royaume de France*, Claude de Montroeil, Tours, 1591. p.191, en donde se expresa: “Et faut que ladicte requeste civile soit Fondee sur dol, faulse allegation, production, & surprinse de la partie adverse, ou par quelque fortune afvenue au suppliant, & que les pieces decisives du proces ayent esté latirees & substraites, ou qui n’ont peu estre recouvertes pour causes e iuste & legitime empeschement: & que si lesdictes pieces eussent esté veues, l’arrest n’eust pas esté donné tel qu’il est”.

⁸² Al respecto, especial mención debemos hacer al discurso pronunciado por JORGE HUENEUS, el 22 de abril de 1870, en el que se expresó que: “La acción de reposición o retractación (que la legislación francesa llama *requête civile*) procede de faltas de alguna de las partes o de vicios que no aparecen de autos”, y en el que seguidamente señaló que tal mecanismo procesal tiene como base “una falta, un acto ilícito de la parte con el cual se ha sorprendido la religión del que juzga”, discurso que se encuentra publicado en las *Memorias Literarias* de los *Anales de la Universidad de Chile*, T XXXV, Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1870. p. 134.

‘contraparte’, hubiese logrado llegar a sorprender la ‘*religion*’ de los jueces⁸³, expresión esta última que, cabe destacar, no tenía para entonces, por lo menos en el contexto jurídico, una connotación netamente espiritual, pues con la misma solía significar igualmente ‘piedad’ o ‘justicia’⁸⁴, por manera que con la expresión ‘sorprender la *religion*’, la cual se empleaba con cierta frecuencia, particularmente durante los siglos XVI y XVII, lo que en realidad se quería referir es al supuesto en que uno de los sujetos sorprende el juicio de un juez, del Consejo⁸⁵, del Príncipe⁸⁶ e incluso del Rey⁸⁷.

Habiendo aclarado lo anterior, puede corroborarse que, según se concebía, la ‘*requeste civile*’ podía llegar a tener lugar cuando, como consecuencia de las actuaciones de una de las partes, el criterio del juzgador resultaba sorprendido y, por lo tanto, adulterado, por manera que, la providencia que habría sido promulgada por aquel dejaba de obedecer a la realidad, existiendo una distorsión de esta última que la tornaba en defectuosa e imperfecta y, en tal sentido, injusta⁸⁸, evidenciándose así la razón de ser de la procedencia de un mecanismo remedial de tal naturaleza, de cara a tales supuestos. Es por lo anterior que se diferenciaba la ‘*requeste civile*’ de otros remedios como es el caso de la ‘*proposition d’erreur*’, o ‘proposición de error’, puesto que, en este último supuesto, la excepción se enfocaba únicamente en la esfera del juzgador, pues se fundamentaba en un error de hecho que en el que el mismo habría incurrido, sin necesidad de que interviniesen actuaciones sorpresivas o fraudulentas ejecutadas por alguna de las partes⁸⁹.

⁸³ Al respecto, véase, BRISSON, Barbabe & LE CARON, Louis Charondas. *Le Code du Roy Henry III. Roy de France et Pologne*, Chez la veuse de Sebastien Nivelles, Paris, 1605. p. 222, en donde sobre el particular se indica: “car la requeste civile s’obtient, quand ou veult maintenir que la religion des Juges a esté circonvenuë par le dol, fraude, precipitation, faulses allegations, ou par faux-tesmoings & instrumens, & en un mot, par la surprinse de la partie adverse”.

⁸⁴ “RELIGION, signifie quelquefois, Pieté, justice. On a surpris la religion du Prince, la justice, en luyfaisant signer telles Lettres. C’est choquer la religion de la Cour, que lui vouloir imputer de telles maximes. Les Infideles même observent la religion, la fainteté du serment”. FURÉTIÈRE, Antoine. *Dictionnaire universel, contenant generalment tous les mots françois tant viex que modernes, et les termes de toutes les sciences et des arts*, T III, *op.cit.*, p. 359.

⁸⁵ Como ejemplo de ello Podemos ver que para otrora se señaló que: “Et quoy que cét exprés & legitime commandement deust arrester l’audace desdits Officiers, Neantmoins continuant oûjours dans leurs premieres voyes de fait, & pour trover quelque pretexte à leur injustice, avroient surpris la Religion du Conseil, & poursuivis secrettment Arrest du 22. May (...)”. *Recueil d’arrests du conseil. Servans de reglemens pour la présance entre les tresoires generaux de France & les officiers des presidiaux*, Lyon, 1687. p. 69.

⁸⁶ Sorprender la *religion* del príncipe es la expresión con la que ejemplifica ANTOINE FURÉTIÈRE al definir ‘*Religion*’, ver nota *supra* 84.

⁸⁷ En su obra JEAN TRONCHIN DE BREUIL indicó que, “*Et de quelle maniere on a surprins la Religion du Roy T. C. pour porter S.M. à la détruire par un Arrêt du Conseil*”. DU BREUIL, Jean Tronchin. *Lettres sur les matieres du temps*, 1688. p. 33.

⁸⁸ FURÉTIÈRE, Antoine. *Dictionnaire universel...*, T I, *op.cit.* p.549. “REQUESTE CIVILE, est une voye de Droit, par laquelle on se pourvoit contre les arrest rendus injustement, ou contre les sentences denuës par les Presidiaux au premier chef de l’Edit”.

⁸⁹ En palabras de PIERRE GUENOYS, ambos remedios se diferencian en que la ‘*proposition d’erreur*’ “concerne le fait des juges, qui est la proposition d’erreur, quand ion soustient que les juges ont erré en fait: car la Cour ne peut errer en droit”, y que por el contrario la ‘*requeste civile*’ “concerne le dol, fraude, & surprise de la partie”. GUENOYS, Pierre. *La conference des ordonnances royaux*, Chez Nicolas Buon, 1607. De igual manera FURÉTIÈRE en su diccionario al definir ‘*Requeste civile*’ indica: “Elle differe de la proposition d’erreur, en ce que par la requeste civile on se plaint seulement du fait de partie civile, & des suppositions ou des surprises faites aux juges: au lieu que par la proposition d’erreur on accuse le fait des juges, qui se sont trompez eux mêmes”. FURÉTIÈRE, Antoine. *Dictionnaire universel...*, T I, *op.cit.* p.549.

Siguiendo esta línea, creemos conveniente hacer mención al ‘*Code du Henry III*’ originalmente publicado en el año 1587, el que, en realidad, más que un código sería una suerte de compilación de las antiguas ordenanzas francesas, siguiendo con ello el modelo del justinianeo⁹⁰, y la cual sería llevada a cabo principalmente por el famoso jurista, y en su momento presidente del Parlamento, BARNABÉ BRISON, y posteriormente ampliada por el no menos reconocido, LUIS CHARONDAS LE CARON, a la sombra de los designios del Rey de HENRY IV, ya que en dicha compilación, en el numeral tercero del título noveno del libro cuarto, el cual sería alusivo a los medios para proceder contra las providencias soberanas, se habría determinado que “si las partes reclaman que las sentencias hechas en Soberanía, y en último recurso por los Jueces Presidiales, fueron hechas por dolo, *sorpresa*, o circumvention de la parte contraria (...) podrán obtener *Requete Civile* contra dichas sentencias” (e destaca)⁹¹. Al respecto, cabe destacar que, si bien es cierto es que esta compilación nunca llegaría a tener fuerza de ley⁹², ello no menoscaba la relevancia histórica y académica que le resulta inherente, la que en el caso particular de la sorpresa tiene una particular importancia, puesto que de ella se desprende que para la época ya existía una voluntad del legislador que de cierto modo se encontraba encaminada a tipificar la figura.

Es menester poner de presente en este punto que, en estricta relación con lo antes expuesto, varios siglos más tarde, en el marco de los dominios hispánicos, se publicaría el Real Decreto del 30 de diciembre de 1846 alusivo al ‘modo de proceder del Consejo Real en los negocios contenciosos de la administración’, por medio del cual se le habría dado acogimiento a una fórmula similar a la desarrollada en su momento por los juristas galos, brindándole así cierta carta de ciudadanía a la sorpresa, pues, por intermedio del artículo 231 del referido decreto, se habría reglamentado la procedencia del recurso de ‘revisión contra una definitiva del Consejo Real’ en los eventos en los que “la definitiva se hubiere ganado en virtud de cualquiera otra sorpresa ó maquinacion fraudulenta”⁹³, reproduciendo así, casi

⁹⁰ AUBEPIN, Henri. *De l'influence de dumoulin sur le législation française*, T I, Cotillon, Paris, 1855. p. 99.

⁹¹ Traducción libre, la cita completa en su lengua original es la siguiente: “Mais si lesdites parties pretendent lesdits jugemens donnez en Souveranité, & dernier ressort, par lesdit Juges Presidiaux, avoir esté donez par dol, surprinse, ou circonvencion de la partie adverse: ou par precipitation: ou sur pieces faulses: ou contre mineurs indefendus: ou lesdits jugemens soyent nuls, & subiects à retractation par les ouvertures & voyes ordinaires des Requestes Civiles: ils pourront obtenir Requete Civile contre lesdits jugemens: laquelle se vuidera audit siege”. *Code du Roy Henry III, roy de France et de Polonge*, pour les Feres de Gabiano, Lyon, 1593. p.255.

⁹² *Dictionnaire de la conversation et de la lecture*, T V, Chez Lévy Frères, Paris, 1855. p. 785. Por su parte, para un estudio de la cuestión en lengua castellana, véase con interés, ARRAZOLA, Lorenzo. *Enciclopedia española de Derecho y Administración, ó nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias*, T IX, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1856. p. 374.

⁹³ Para la revisión del Real Decreto consúltese la *Colección legislativa de España*, T XXXIX, Imprenta Nacional, Madrid. 1849. p. 343. Sobre el particular resulta conveniente traer a colación la sentencia proferida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo español del 30 de octubre de 1869, en la que con relación al caso objeto de estudio se determinó que no podía ser calificado como un caso de “sorpresa ni mucho menos de maquinación fraudulenta”, expresión que resulta verdadera llamativa pues da cuenta de que el alto tribunal habría interiorizado por la diferenciación entre ambas concepciones, esto es entre ‘sorpresa’ y ‘fraude’, dando fe además del carácter más nocivo o perjudicial de la segunda. La providencia que puede ser consultada en la *Colección legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Tercera*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid. 1870. p. 344.

con exactitud, las palabras que, con varios lustros de antelación, JULIÁN PELÁEZ DEL POZO había plasmado en su ‘Tratado Teórico Práctico en Materia Contencioso Administrativas’⁹⁴.

Ahora bien, de conformidad con todo lo antes expuesto podemos concluir afirmando que, en lo que respecta a este primer escenario, ya puede advertirse que otrora habría existido una auténtica conciencia de la naturaleza perjudicial y perniciosa de la sorpresa, a punto tal que la misma, al igual que sucedió con otros de los medios reprochables como es el caso del dolo, se concebía que esta podría llegar a eclipsar la justicia, y, por lo tanto, se anticipaba la necesidad de un indefectible rechazo por parte del ordenamiento. En sintonía con lo anterior, en razón de su elocuencia y contundencia, conviene recurrir nuevamente a las dicientes palabras de JEAN PAPON, quien, también con ocasión a su estudio de la ‘*requeste civile*’, con intachable erudición sentenciaría que: “no hay nada tan injurioso que ver sucumbir por tales medios ilícitos, *ni nada más contrario a la justicia*, que el dolo, *la sorpresa*, y la supresión de los derechos de los demás”⁹⁵ (se destaca).

2.1.2. *La sorpresa concebida como un vicio que puede eclipsar la voluntad del juez, o del Rey. Su relación con la obrepción y la subrepción.*

Otro de los escenarios del Derecho histórico en el que podemos comprobar la incidencia de la sorpresa se relaciona estrechamente con los términos ‘*obreption*’ y ‘*subreption*’, que en castellano corresponderían a las expresiones ‘obrepción’ y ‘subrepción’, puesto que, otrora, se hizo referencia a la obtención ‘*lettres*’⁹⁶ o ‘*graces*’⁹⁷ de una autoridad por medio de sorpresa, soliendo ser esgrimido como un argumento para justificar la invalidez de tales actos o pronunciamientos. En tal sentido, se solía indicar que la ‘*lettre*’ o la ‘*gracie*’ se había obtenido de forma obrepticia cuando, como consecuencia de un comportamiento pasivo o reticente se permitía que algo que es falso fuese tomado como verdadero, mientras que se entendía que estas últimas habrían sido obtenidas subrepticamente cuando quien se habría beneficiado de las mismas habría prestado como verdadero algo que era falso para conseguirla⁹⁸, configurándose así esta última como un supuesto de suyo más reprochable,

⁹⁴ En la referida obra se enlistan 12 situaciones o ‘causas’ por virtud de las cuales puede interponerse un recurso de revisión ante las definitivas del Consejo Real, dentro de las que se encuentra comprendida la siguiente: “10. Si la resolución definitiva la hubiere procurado la parte que en su favor la obtuvo por medio y en virtud de cualquiera otra sorpresa ó maquinación fraudulenta”. PELÁEZ DEL POZO, D. Julián. *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas*, Imprenta de D.B. González, Madrid, 1819. p. 387.

⁹⁵ Traducción libre, la cita en su lengua original es la siguiente: “certes tout ce la est favorable: car n’y a rien tant iniureux, que de foy voir succöber par tels illicites moyens, ny rien plus cötraire à iustice, que le dol, la surprinse, & suppression du droit d’autruy”. PAPON, Jean. *Trias judiciaire du second notaire*, Jean de Tournes Imprimeur du Roy, Lyon, 1580. p. 627.

⁹⁶ Las ‘*letteres*’ eran definidas como: “LETTRE, est aussi un titre qui donne le droit de jouissance de quelque chose, ou l’instrument avec lequel on justisie une pretention. On sait appeller en Justice un saisissant, pour apporter *lettres* & exploits en vertu desquels il a fait la saisie. Les dons du Roi, les privileges qu’il accorde, s’expedient par”. FURÉTIÈRE, Antoine. *Dictionnaire universels*, T III, *op.cit.* p. 442.

⁹⁷ Por ‘*gracie*’, para la época, se entendía: “GRACE, est quelquefois opposé à *justice* & à *rigueur*, & signifie alors, Pardon, remise, composition. Le Roy accorde des *graces* pour les crimes remisibles, il y a difference entre lettres de *grace*, d’abolition, & de pardon”. FURÉTIÈRE, Antoine. *Dictionnaire universels*, T II, *op.cit.* p.188.

⁹⁸ El primer registro de la distinción de ambas locuciones lo hemos encontrado en la obra ‘*Secrets du troisieme et dernier notaire*’ de autoría del jurista, ya varias veces mencionado, JEAN PAPON quien al respecto afirmó: “Le terme d’obreption est propre à toutes dissimulations, soit pour obtenir offices, benefices, & autres

pues se consideraba que “es peor que la obrepción, porque mentir es algo mucho más reprochable que ocultar la verdad”⁹⁹. Sin embargo, lo cierto es que tal distinción no era observada¹⁰⁰ pues ambos términos eran frecuentemente empleados de manera indistinta, así como también eran comúnmente confundidos, a punto tal que con el tiempo se comenzó predicar una relación de equivalencia entre ellos, sin perjuicio de alguna distinción muy sutil que seguían conservando.

Siguiendo esta línea de cosas, debemos indicar que ambos supuestos interiorizan la idea de una percepción falaz de algo que, de uno u otro modo, logra sobreponerse a la realidad, lo que podrá llegar a sorprender el juicio de quien otorga la gracia, tornándolo así en imperfecto, poniendo así de manifiesto la importancia que desempeñaba en tales supuestos la sorpresa, lo cual igualmente habría llegado a ser divisado en pleno siglo XVI, tal y como puede atestiguiarse con la lectura de las obras de los juristas, ya antes referidos, JEAN PAPON y LUIS LE CARON¹⁰¹. A la luz de lo anteriormente descrito, tanto la obrepción como subrepción habrían sido relacionados con la sorpresa y ambos supuestos llegarían a ser concebidos en su

provisions, qui sont par là vicieuses & non recevables comme conceves en cirvonvention (...) La subreption est autre, & neantomins de pareille faute que l'obreption, qui est d'avoir celé le vray, & la subreption d'avoir exposé faux". PAPON, Jean. *Secrets du troisieme et dernier notaire*, Jean de Tournes Imprimeur du Roy, Lyon, 1578. p. 331. Sobre el particular LE CARON esta vez en una edición posterior de obra ‘*Pandectes ou digestes du droit francois*’ que data del año 1593, señaló: “Quant à l'obreption & subreption qu’aucuns ont voulu distinguer, on en use idifferemment: toutesfois l'obreption est proprement prinse pour la circounvention & surprinse, qu’on fait en taisant la verité (...) Aucuns estiment la subreption estre, quand on a donné faux à entendre”, LE CARON, Louis Charondas. *Pandectes ou digestes du droit francois*, Jehan Veyrat, Lyon, 1593. p. 227, entre otros que comparten esta postura véase: L’ANGE, François. *La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale, ou le nouveau praticien françois*, T I, *op.cit.*, 1687; BORNIER, Philippe. *Conferences des ordonnances de Louis XIV, Roy de France et de Navarre*, T I, Chez les Associez choisis par ordre de Sa Majjeste, Paris, 1678. p.294, y GIRARD, Gabriel. *Synonymes François, leurs diferentes significations*, T II, Chez les Libraries Assoiciés, 1770. p. 159. En un sentido contrario, algunos autores, que creemos representaban una postura minoritaria, consideraban que la obrepción se presenta cuando se expresan cosas falsas, y que por su parte la subrepción se configura por las omisiones que hacen que algo falso se tome como verdadero. Tal es el caso de JEAN DURET quien expuso la distinción de ambas locuciones de la siguiente manera: “L’obreption est lors que nous deduisons choses fausses. & posons faicts contre verité: La subreption quand nous coulons le fait vray, sans en faire estat”, DURET, Jean. *Commentaires aux coutumes du Duché de Bourbonnois*, Benoist Rigaud, Lyon, 1584, en sentido similar véase FURÉTIÈRE, Antoine. *Dictionnaire universel, contenant generalment tous les mots françois tant viex que modernes, et les termes de toutes les sciences et des arts*, T III, *op.cit.* p. 600.

⁹⁹ Traducción libre la cita completa en su lengua original es la siguiente: “Et la subreption est, quand on expose faux, ce qui est pire que l'obreption, parce que c'est une chose bien plus reprochable de mentir que de celer la verité”. BORNIER, Philippe. *Conferences des ordonnances de Louis XIV, Roy de France et de Navarre*, T I, *op.cit.*, p. 294.

¹⁰⁰ Nuevamente acudiendo a la obra ‘*Pandectes ou digestes du droit francois*’ encontramos que en ella se señala: “toutesfois en l’usage François telle difference n’est observee, non plus qu’au droit Romain, comme on peut observer des constituion de l’Empereur Zenon, & des Empereurs Honoré & Theodose”, LE CARON, Louis Charondas. *Pandectes ou digestes du droit francois*, Jehan Veyrat, Lyon, 1593. p. 227.

¹⁰¹ En tal sentido, JEAN PAPON al abordar el concepto de obrepción indicó que: “c'est que des obreptices, & dit, que c'est, quand par actes, ou par requeste para escrit, un poursuyant veut faire concevoir au Prince le fait à couvert, c'est à dire, que combien qu'il n'expose faux, si est ce, que sciemment, par *dol amlicieux* & *surprinse* il laisse à dire, supprime, & taise ce qui est vray, & d'ont il seroit empeché d'obtenir ce qu'il demande s'il en faisoit expresse metion” (se destaca). PAPON, Jean. *Secrets du troisieme et dernier notaire, op.cit.* Por su parte LE CARON, también aludiendo al concepto de obrepción, señaló que: “toutesfois l'obreption est proprement prinse pour la *circounvention* & *surprinse*, qu’on fait en taisant la verité” (se destaca), LE CARON, Louis Charondas. *Pandectes ou digestes du droit francois, op.cit.* p. 227.

momento como ‘vicios’¹⁰², inclusive como ‘vicios esenciales’¹⁰³, los que, de presentarse, generaban como consecuencia la nulidad no solo de la gracia, sino adicionalmente de todo aquello que de la misma se hubiese derivado¹⁰⁴. En relación con lo anterior, simplemente con la intención de traer a colación algún ejemplo, podemos referir a las ‘*Lettres*’ del 5 de septiembre de 1413 que tuvieron lugar durante el reinado de CHARLES VI, las cuales se determinaría que habrían sido obtenidas indebidamente y por lo tanto declaradas como ‘subrepticias’ y consecuentemente de ‘nulo valor’¹⁰⁵.

La importancia de esta temática no puede ser subestimada, pues cabe destacar que la concepción de la sorpresa como un vicio, incluso de forma autónoma y desligada de la obrepción y subrepción, adquiriría tanta relevancia en el Derecho histórico que se habría llegado a plantear que su presencia de tal anomalía podría tener la virtualidad no solo de invalidar un pronunciamiento judicial, sino también de anular una ley, tal y como se habría puesto de presente en el escenario del ordenamiento jurídico español, pues en el se habría aseverado, con gran elocuencia y contundencia que, “por el Derecho natural ningún legislador puede querer que tenga fuerza de ley las que el engaño, la obrepción, la subrepción,

¹⁰² El rótulo de ‘vicio’ ya se le había otorgado durante la sexta sesión del Concilio de Trento, que fue llevada a cabo el 17 de septiembre del año 1562, en donde se expuso que “les prieres ou requestes, qui sont exprimes, ne sont point subiectes au vice de subreption ou obreption”, tal como puede comprobarse en *Le saint, sacré, universel, et general Concile de Trente*, traducido del latín por Gentian Heruer d’Orleans, Chez Jean de Foigny, Rheims, 1573. p.203, igualmente véase L’ANGE, François. *La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale, ou le nouveau praticien françois*, T I, *op.cit.* p. 133, en donde se indica que, “Le vice de subreption est, quand dans les Lettres on a avancé quelque fait contraire à la verité, pour les obtenir plus facilment. Le vice d’obreption est, quand dans les mesmes Lettres on cele ou on dissimule un fait, qui en avroï rendu l’obtention impossible, ou plus difficile” y seguidamente se adiciona “Si donc ces vices se rencontrent en des Lettres, elles sont nulles, & l’impetrant en doit estre debouté”.

¹⁰³ FURÉTIÈRE, Antoine. *Dictionnaire universel, contenant generalment tous les mots françois tant vieux que modernes, et les termes de toutes les sciences et des arts*, T III, *op.cit.* p. 600, obra en la cual se indica que, “La subreption & l’obreption sont des vices essentiels en un titre, qui le rendent nul”.

¹⁰⁴ Sobre el particular, ya para el año 1584 JEAN DURET expresaba que: “Le rescript subreptice rend nul la grace & le proces en dependant: combien qu’il soit selon droict, & la persone de bonne renommee. Aux graces & benefices le rescript obreptif surreptif est nul: combien que la nullité ne soit oposse par la partie”. DURET, Jean. *Commentaires aux coutumes du Duché de Bourbonnois*, *op.cit.* p. 501. En este punto parece necesario hacer una distinción, pues según indican algunas fuentes en los casos de los ‘*rescrits*’ la nulidad se predicaba principalmente de aquellos de ‘gracia’ y no de los de ‘justicia’, entendiéndose los primeros como aquellos que se hacían por pura liberalidad y que eran realizadas principalmente por el Papa, tal como se expresó en su momento en la obra ‘*La bibliotheque canonique*’ de autoría de CLAUDE DE BLONDEAU, así: “La premiere difference d’entre les Rescrits de grace, & ceuz de justice est, que les Rescrits de grace pour les Benefices estans subreptices sont nuls de droit, parece qu’on les a au lieu de titre, & que par iceux nul droit n’est attribué; & pour ce quand ils sont annullez, le tritre aussi demeure nul”, señalándose posteriormente que “Mesmes la procedure & la sentence renduë par l’executer d’un Rescrit subreptice, & tout le reste fait en concequence, est nul”. DE BLONDEAU, Claude. *La bibliotheque canonique contenant par ordre alphabetique toutes les matieres ecclesiastiques, et beneficales*, T II, Chez Guillaume de Luynes, Paris, 1689. No obstante lo anterior, parece que ello no era una regla absoluta, puesto que, como ya se había anticipado en la obra ‘*La véritable pratique civile et criminelle des cors ecclésiastiques et officialités*’: “neanmoins la subreption ou obreption rend nul un rescrit de justice, en fait devocation, parce qu’il est odieux; & qu’il préjudicie a la Jurisdiction d’autrui; & aussi quand il y a a quelque grace contenuë dans ce rescrit; car alors le tout est nul”. AVBOUX, Jean. *La véritable pratique civile et criminelle des cors ecclésiastiques et officialités*, Chez Hierosme Bobin, Paris, 1685. p. 346.

¹⁰⁵ Al respecto, en la obra DE VILEVAULT & DE BRÉQUIGNY. *Ordonnances des rois de France de la troisième race, recueillies par ordre chronologique*, Vol 10, Imprimerie Royale, Paris, 1769. p. CLVII, figura una referencia a: “Charles VI, en son Lit de Justice. Par les Lettres du 5 Septembre 1413, reconnoit que ces Lettres & Mandemens avoient été indûement obtenus, & déclare lesdites Lettres subreptices, tortionnaires & de nulle valeur”.

la sorpresa, ú otros vicios arrancasen á su voluntad soberana (...) el derecho positivo español, que dimana de la voluntad de los Reyes, está establecido que no tengan valor ni efecto las leyes y providencias que hubiesen sido dado por razon de sorpresa ú otra causa viciosa” (se destaca)¹⁰⁶.

Por su parte, cabe destacar que, para el siglo XVII, en el marco del continente latinoamericano, y bajo la regulación del que sería conocido como ‘Derecho indiano’, se habría acogido una fórmula similar con relación a la intervención de la sorpresa en la obtención de cédulas reales, considerándose así que en tales supuestos estas últimas debían ser invalidadas, tal y como lo pondría de presente el historiador colombiano LUÍS MARTÍNEZ DELGADO, quien memoraría que, “Fue en 1620 cuando Felipe III adoptó la fórmula de Benalcázar en aquella ley que prescribía el remedio para dejar sin efecto las Reales Cédulas obtenidas por dolo, sorpresa o engaño”¹⁰⁷.

2.1.3. *El papel de la sorpresa frente a los vicios de la voluntad: sumaria referencia y remisión.*

La sorpresa no solo fue concebida como un elemento que podría tornar en defectuosa la ‘religion’ o juicio de una autoridad, sino que igualmente, otrora, habría llegado a ser entendida como una especie anomalía que tiene la virtualidad para llegar a trastocar la voluntad que se requiere para que los particulares puedan entablar válidamente negocios jurídicos entre ellos, tornándola así en una voluntad viciada amén que imperfecta, tal y como se predicaba en aquellos eventos en los que se verificaba la concurrencia del dolo, de la fuerza o del error, pues parecería que, ya de antaño, se habría llegado a interiorizar que una voluntad que habría sido adulterada por la sorpresa no debía ser objeto de un menor reproche que en aquel caso en el que hubiese sido viciada por otro de los referidos imperfectos negociales.

Desde esta perspectiva, y sin perjuicio que ya pudimos anticipar que el eminente jurista francés, ROBERT JOSEPH POTHIER, habría llegado a anticipar el vínculo existente entre la sorpresa y los que se han solido denominar como ‘vicios de la voluntad’, debemos señalar en este punto que, de la lectura de las obras de algunos prestigiosos juristas pertenecientes al siglo XVI, es posible corroborar que, con varios lustros de antelación a que POTHIER publicase sus afamadas obras, incluso antes de que este histórico jurista siquiera llegase a nacer, es posible corroborar que la sorpresa ya habría sido representada como una especie de imperfecto que puede llegar a alterar la voluntad comercial -lo cual reivindica el gran abolengo con el que cuenta la figura de la sorpresa en el ámbito del Derecho contractual-, siendo ejemplo paladino de ello la legendaria obra de *Les Loix Civiles dans leur Ordre Naturel* del -también eminente- iusnaturalista francés, JEAN DOMAT, en la cual, al menos en algunos llamativos apartes, la sorpresa igualmente sería referenciada como una especie de vicio de la voluntad.

Sin perjuicio de lo anterior, debido a la estrecha conexión que tiene el estudio histórico de la sorpresa como un vicio de la voluntad, con el contenido del capítulo tercero del presente escrito, hemos decidido darle tratamiento a esta cuestión histórica en el referido apartado,

¹⁰⁶ FERRER Y PONS, Magín. *Exámen de las leyes, dictámenes y otros documentos, de los hechos históricos, causa y razones que e alegaron en las Córtes de Madrid*, Imprenta de J.B Alzine, Perpiñan, 1839. pp. 38 y 39.

¹⁰⁷ MARTÍNEZ DELGADO, Luis. “Gobierno de la real audiencia hasta 1578”, en *Curso superior de historia de Colombia (1781-1830)*, T V, Editorial A B C, Bogotá, 1951. p. 77.

razón por la cual, en obsequio a la brevedad, en este punto simplemente nos limitaremos a remitirnos al estudio que desarrollaremos en el referido capítulo.

2.1.4. *Particular referencia al desarrollo de la sorpresa en el Derecho histórico anglosajón.*

En plena concordancia con lo reseñando, vale la pena manifestar que el sistema jurídico anglosajón tampoco habría sido ajeno a la figura de la sorpresa, la que creemos receiptó del Derecho francés posiblemente durante el periodo comprendido a lo largo de la mitad del siglo XVI e inicios del XVII, y a la cual en sus principios se empleó por medio de la dicción ‘*surprize*’. A fe de ello, constatamos que ya para el año 1626 la Cámara de los Lores inglesa habría conocido de un importante número de contundentes críticas esgrimidas por la Cámara de los Comunes en contra del Duque de Bukingham, pues se afirmaba que este último habría procurado obtener un provecho ilegal, valiéndose de unas ‘*Lettres Patents*’, de unos buques cargados de oro pertenecientes a la *East India Company*, simulando que el cargamento de tales barcos había sido objeto de piratería, pretendiendo obtener con ello -conforme a las precisas las palabras del Conde de Bridgewater-, “por medio de *Circumvention* y *Sorpresa*” aquello que él “no podía hacer legalmente”¹⁰⁸. Al respecto, debe señalarse preliminarmente que, pese a que en este último pronunciamiento no se habría expresado con la mayor claridad lo que por sorpresa quería entenderse, de su contenido se logra abstraerse que la misma podía resultar contraria a los designios de la legalidad, dándole así una connotación peyorativa y de suyo reprochable.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que sería hasta finales del siglo XVII que la cuestión que gira en torno a la naturaleza y relevancia que podría llegar a atribuirle a la figura de la sorpresa en sede del *common law* habría adquirido una mayor transcendencia, ello con ocasión del proceso que se habría realizado al Conde de Bath, el cual tuvo lugar en el año de 1693, y en el cual, cabe destacar que en el mismo la palabra ‘*surprize*’ habría sido empleada con una connotación jurídica, en más de setenta ocasiones a lo largo del mismo¹⁰⁹. Así, en tal oportunidad tanto los dos ‘*Lords Chief’s of Justice*’, como el ‘*Lord Keeper*’ se habrían dado a la tarea de determinar si la sorpresa, por lo menos en materia de equidad (*equity*), era suficiente para poder invalidar un acto libre y voluntario, o si por el contrario se torna necesario que aquella comulgue con maquinaciones fraudulentas, encontrándonos nuevamente frente a la tensión entre ‘dolo’ y ‘sorpresa’, mostrándose partidarios de esta última postura.

En este sentido, y a pesar de que anticipamos que este será un pronunciamiento al que acudiremos nuevamente en el capítulo subsiguiente en razón de su relevancia en el estudio temática que aquí nos convoca, conviene en este punto traer a colación las siguientes palabras que en tal oportunidad se habrían pronunciado en relación con la sorpresa: “Se ha dicho que este testamento fue obtenido por sorpresa y *circumvention*. Percibo que esta palabra *Sorpresa* es de una muy larga y general extensión (...) difícilmente conozco cualquier *Sorpresa* que pueda ser suficiente para dejar de lado un testamento después de un veredicto, al menos que se

¹⁰⁸ Traducción libre, la cita en su lengua original es la siguiente: “The Duke, upon the said First Days of *March*, 1623, of effect his Designs upon the said Company, and intending to get that by *Circumvention* and *Surprize* which he could not do legally, both Hosue of Parlament must be used for Colour and therupon he did (...)”. *Journal of the House of Lords*, Vol 3, día 13 de mayo de 1626. p. 601.

¹⁰⁹ *The arguments of the Lord-Keeper, the two Lords chief justices, and Mr. Baron Powell, when they gave judgment for the Earl of Bath*. Días 12 y 22 de diciembre de 1693.

mezcle con fraude”¹¹⁰. Lo anterior nos permite corroborar que, el Derecho inglés habría parecido aceptar la figura de la sorpresa circunscribiéndola, al menos en un inciso, en los confines conceptuales del ‘*fraud*’ (muy cercano a la concepción de dolo) mostrándose así reacio a darle carta de ciudadanía a la sorpresa como figura autónoma, puesto que, a pesar de que no desconocía su connatural potencial perjudicial, se concebiría que en orden a que la misma contase con una relevancia debería ser acompañada de intenciones fraudulentas e insidiosas, lo que explica el hecho que originalmente tal figura solía aparecer acompañada de la expresión, ya previamente estudiada, ‘*circumvention*’¹¹¹ (*Circumvendum*).

No obstante lo anterior, es menester señalar que tal cosmovisión limitativa de la sorpresa no permanecería incólume o inalterada en sede de la jurisprudencia inglesa, pues años más tarde se habría acogido una concepción de dicha figura desligada del fraude, inclinándose así por atribuirle una conveniente autonomía conceptual, ello sin dejar de reconocer el carácter indeseado amén que perjudicial que se predica de esta, incluso en los eventos en los que no se logre verificar la existencia de una estricta comunión entre aquella y el fraude. De tal forma, ya para el año 1787 también en el marco de la jurisprudencia de equidad, y con ocasión del reconocido caso ‘*Evans v. Llewelin*’, con buen juicio se afirmaría que, “la parte fue tomada por sorpresa; no tuvo tiempo suficiente para actuar con caución; y, por lo tanto, aunque no hubo fraude real, es algo parecido al fraude, porque una ventaja indebida fue tomada de su situación”¹¹², siendo por lo tanto un pronunciamiento verdaderamente llamativo, ya que en él no solo se habría acogido una concepción más independiente, y de suyo más conveniente, de la sorpresa, sino porque, adicionalmente, coligaría tal figura con la consecución de una ‘ventaja indebida’ a favor de quien se vale de ella, o en negativo, de una ‘desventaja indebida’ en perjuicio de quien es sorprendido, lo que termina por tornar más adamantino la justificación de su rechazo.

De lo todo anteriormente expuesto se logra concebir que el desarrollo de la sorpresa en el *common law* ha sido en gran medida consecuencia, como resulta propio de este sistema, de un recurrente laborio jurisprudencial, particularmente en lo que respecta a los denominados ‘*Trias of Equity*’¹¹³ en donde el mismo habría sido predominante, en especial

¹¹⁰ Traducción libre, la cita completa en su lengua original es la siguiente: “Now I percive this Word Surprize is of a very large and general Extent (...) That if these things be sufficient tol et a Court of Equity to set aside Deeds found by Veredict to be good in Law, then no Man’s Property can be safe: I hardly know any Surprise that should be sufficient to left aside a Deed after a Veredict, unles it be mixed with Fraud, and that expresly proved; and i know not any such proved in this case”. *The arguments of the Lord-Keeper, the two Lords chief justices... op.cit.* pp. 3 y 4.

¹¹¹ En el *Common Law* tal expresión se ha definido de la siguiente forma: “CIRCUMVENTION. [Lat. *circumventio*. from *circum*, around, and *venire*, to come.] Deceit; fraud; stratagem; imposition. Deceit practiced to induce a weak person to enter into a deed. *Bells Dict*”. BURRILL, Alexander. *A law dictionary and glossary*, Vol I, Baker Boorhis & Co., Law Publishers, New York, 1867. p.292.

¹¹² *Evans v. Lewellin*, el cual puede ser consultado en *Cases determined in the Courts of Equity from 1783 to 1796 inclusive*, Vol 1, Reed and Hunter Law Booksellers, 1816. pp. 333-341.

¹¹³ En lo que respecta a la doctrina en materia de equidad podemos ver que para el año 1732 en la obra ‘*A Treastie of Equity*’, que suele atribuírsele al inglés HENRY BALLOW, en su índice se intitula una de las secciones del capítulo segundo -en que aborda el tema del consentimiento que se requiere en los acuerdos-, como “Of Fradud or Surprize”, no obstante, es cierto que al momento de entrar desarrollar la misma parece utilizar indistintamente los términos ‘Surpize’ y ‘Circumvention’. Al respecto, puede corroborarse que en la obra en cuestión se expresa que “Much more ought a mistake to render a pact or agreement invalid, where accompanied with fraud and circumvention, who, by that means, drew the other into the engagement; for then he is undoubtedly bound to make restitution for the injury (...) it is a constat Rule in Equity that where there is,

en el caso de los tribunales ingleses y estadounidenses¹¹⁴, sin perjuicio de que también pueden encontrarse importantes referencias en otros ordenamientos pertenecientes a este sistema, tal y como es el caso del sistema jurídico irlandés en el cual, en diversas oportunidades, la jurisprudencia ha hecho expresa alusión a la sorpresa, algunas de ellas igualmente de mano al dolo¹¹⁵.

Siguiendo este orden de cosas, puede entenderse que la sorpresa haya sido objeto de recurrente rechazo en el campo de la equidad, pues con las reglas que predominan en esta última se procura que los acuerdos, dentro de los cuales naturalmente se encuentran comprendidos los contratos, sean realizados con ‘toda la justicia imaginable’¹¹⁶, por manera que, en aquellos eventos en los que estos se vean afectados por la sorpresa, los tribunales de equidad podrán intervenir y ‘dejarlos de lado’¹¹⁷, tal como en su momento ya había sido indicado con claridad en el primero de los tratados ingleses de Derecho contractual de autoría del jurista británico JOHN JOSEPH POWELL (1790)¹¹⁸. Sería precisamente en virtud de lo anterior que, la antigua ‘*Court of Exchequer*’ inglesa -disuelta hace más de cien años-, en la cual se trataban los asuntos de equidad en su momento, habría llegado a determinar, al estudiar la temática relativa a la rescisión de los contratos, y con ocasión del caso conocido como ‘*Small v. Attwood*’ habría sentenciado con gran contundencia y precisión que, “no existe ninguna regla del Derecho más imperativa o mejor resuelta, que aquella que permite al

either *suppressio veri*, or *suggestio falsi*, the Release or other Deed shall be avoided”. BALLOW, Henry. *A treatise of equity*, E. And R. Nutt, 1732. pp. 10 y 11.

¹¹⁴ En lo que respecta a la jurisprudencia de equidad, tanto británica como americana, puede consultarse la obra JOSEPH STORY, quien fue juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en donde se hace referencia a gran parte de las providencias más relevantes en la materia, las que dan cuenta, de la mano de sus comentarios, de gran parte del desarrollo que ha tenido la sorpresa en las Cortes de Equidad. STORY, Joseph. *Comentarios on equity jurisprudence as administered in England and America*, Vol I, Hilliard, Gray & Company, Boston, 1836. pp. 254-256.

¹¹⁵ Como algunos ejemplos, véase: *Smith v. M’Gonegal*, *Daly v. Kelly*, *Lenehan v. Earl of Bantry*, *Nuttall v. Nuttall*, y *Knox v. Lord Lucan*, para ello puede consultarse, respectivamente, *Irish law reports, particularly of points of practice, argued and determined in the Courts of Queen’s Bench, Common Pleas, and Exchequer of Pleas*, Vol 2, Hodges & Smith, Dublin, 1840. pp. 267-273; Vol 3, 1841, pp. 174-177; Vol 4, 1842. pp. 274 y 480-490; y Vol 5, 1843 pp. 96-98. En el caso de justicia de equidad: *Daly vs. Kirwan*, *Scott v. Scott*, *Downing v. Hodder*, de igual manera puede consultarse, *Irish equity reports of cases argued and determined in the high Court of Chancery the Rolls Court, and the Equity Exchequer*, Vol 1, Hodges and Smith, Dublin, 1839, pp. 163-166. Vol 11, 1849. pp. 75-99, y Vol 12, 1850. pp. 371-381.

¹¹⁶ Al respecto, en el ámbito del Derecho de equidad se llegó a señalar que, “Articles or Agreements, out of which an Equity can be raised for a Decree in *Specie*, ought to be obtained with all imaginable Fairness; and without any Mixture tending to Surprise or Circumvention; and that they be not extremely unreasonable in any Respect; otherwise a Court of Equity will, according to the Circumstance of the Case either set the Agreement quite aside, send the Party to Law, or direct a Trial in a *Quantum damnificat*” (se destaca). *A general abridgment of cases in equity, argued and adjudged in the High Court of Chancery*, E. and R. Nutt and Gosling, Savoy, 1734. p.17.

¹¹⁷ En palabras del jurista inglés JOHN POWELL JOSEPH, “An agreement for sale of an estate, which, from the nature of it, when compared with the circumstances of either of the parties to it, furnishes decisive evidence of being surprised, will be set aside in equity, although there be no surprise, fraud, or circumvention actually proved, and though a conveyance have been made pursuant thereto”. POWELL, Jhon Joseph. *Essay upon the law of contracts and agreements*, Vol II, Messer, Chamberlaine and Rice, Dublin, 1790 (Griffith v. Trapwell) pp. 200-203.

¹¹⁸ En efecto, en el índice del mencionado tratado POWELL enlista el término ‘*surprize*’ sobre el cual precisa lo siguiente: “deduced from the nature of a contract, compared with the circumstances of the parties, will be a ground to set aside in equity”. POWELL, John Joseph. *Essay upon the law of contracts and agreements*, Vol I, Dublin, Printed for Messer. Chamberlaine and Rice, 1790. s/p.

defendido utilizar el fraude, el error, o la sorpresa, como campo de defensa (...)” (se destaca)¹¹⁹.

De conformidad con lo hasta aquí reseñado, puede concluirse que la sorpresa no habría sido, en lo absoluto, ajena o extraña al *common law*, ya que, muy por el contrario, esta resultaría de gran interés para el mismo¹²⁰, y ha gozado, tal y como se constató, de un gran desarrollo, lo que se comprueba ya que a través de los siglos ha sido frecuente el estudio de la misma, siendo además, tal y como lo exponemos en líneas posteriores, una figura que cuenta con una gran significación en la actualidad dentro del referido sistema, especialmente en lo que al marco Del derecho contractual respecta.

En este sentido, podemos indicar que tal llegaría a ser la consciencia que se tendría en el *common law* de la naturaleza indeseada y lesiva que se puede llegar a predicar de la sorpresa en relación con la correcta formación de la voluntad que, en el preámbulo de la célebre Constitución de Massachusetts del año 1780, con absoluta grandilocuencia se grabó la intención de celebrar un pacto solemne, en el que no interceda “fraude, violencia o sorpresa”¹²¹, queriendo referenciar con ello una voluntad soberana, con todo lo que esta representa, libre y deliberada, sin que sufra alteración alguna por parte de una especie de situación anómala que pueda llegar a tornarla imperfecta, dentro de las cuales naturalmente se encuentra la sorpresa, lo cual acontecería igualmente, tan solo con ocho años de posterioridad, en la ratificación de la constitución estadounidense que habría hecho en su momento el Estado de New-Hampshire, en donde, casi rayando con la simetría respecto a lo dicho Constitución de Massachusetts, se habría aludido a una “oportunidad, deliberada y pacífica, sin fraude o sorpresa, de entrar en un pacto explícito y solemne entre sí, mediante el asentimiento y ratificación de una nueva constitución”¹²².

2.2. LA SORPRESA Y SU INCIDENCIA EN EL MOVIMIENTO CODIFICADOR DEL DERECHO CIVIL

¹¹⁹ Traducción libre la cita completa en su lengua original es la siguiente: “There is, however, no rule of law more imperative or better settled, than that although a defendant may use fraud, mistake, or surprise, as a ground of defence against a bill filed against him, because he is dragged into Court as a defendant (...)”, *Small v. Attwood*, que puede consultarse en *Reports of cases argued and determined in the Court of Exchequer in Equity*, Vol 1, S. Swee, Chancery Lane Stevens & Sons, London, 1833. p.407-538.

¹²⁰ Para una mayor comprensión del desarrollo de la ‘sorpresa’ en el Derecho anglosajón, especialmente en los denominados ‘juicios de equidad’ véase *The American and English encyclopedia of law*, Vol 24, Edward Thompson Company, London, 1894. pp. 965-970.

¹²¹ Traducción libre el texto original reza de la siguiente forma: “We, therefore, the people of Massachusetts, acknowledging, with grateful hearts, the goodness of the great Legislator of the universe, in affording us, in the course of His providence, an opportunity, deliberately and peaceably, without fraud, violence or surprise, of entering into an original, explicit, and solemn compact with each other; and of forming a new constitution of civil government (...)”, y puede constatare en BORDHEAD, Jacob. *The constitutions of the United States, according to the lasts amendments*, Press of Carey, Philadelphia, 1791. p.4.

¹²² Traducción libre, la cita completa en su lengua original es la siguiente: “*State of New-Hampshire. In convention of delegates of the people of the state of New-Hampshire, June the 21 st, 1788.* The convention having impartially discussed and fully considered the constitution for the united states of America, reported to congres by the convention of delegates from the unit states of America, and submitted to us by a resolution of the general court of said state passed the 14th day of December last past, and acknowledging with grateful hearts the goodness of the supreme Ruler of the universe, in affording the people of the united states in the course of his providence, an opportunity, deliberately and peaceably, without fraud or surprise, of entering into a explicit and solemn compact with each other, by assenting to and ratifying a new constitution”. *The american museum*, Vol 4, Mathew Carey, Philadelphia, 1788. p. 148.

Retornando de nuevo al sistema jurídico continental (*'civil law'*), y aclarado que, muy por el contrario a lo que se suele pensar, el tratamiento de la sorpresa trascendió la obra de POTHIER, resulta conveniente indicar que el acto sorpresivo igualmente habría sido objeto de especial interés en sede del movimiento codificador que se abriría paso a partir del siglo XIX con el histórico Código Civil francés -luego llamado Código de 'Napoleón'-, a pesar de que, es posible corroborar que la sorpresa igualmente habría sido acogida en otros cuerpos legislativos que habrían antecedido al movimiento codificador decimonónico. Tal es sería caso del, ya previamente referido, 'Código del Rey Henry III' del siglo XVI, y del que sería conocido como el 'código' del rey prusiano FEDERICO II el cual sería promulgado en el año de 1747 y cuyo rótulo oficial sería el de 'Código de Federico o cuerpo de Derecho para los Estados de su majestad el Rey de Prusia'.

Al respecto, cabe señalar que en este importante e innovador cuerpo legislativo se habría hecho alusión en dos oportunidades a la sorpresa. Así, en un primer término se dispuso que, en materia matrimonial, "Para que las esponsales sean válidas, es necesario que los padres de ambas partes consentían libremente *y que este consentimiento no fuese sorprendido y obtenido por artimaña*" (se destaca, § 18, P I, L II, T II)¹²³, disposición que goza de un hondo valor pues se articula con la cosmovisión francesa, que ya hemos venido explicando, según la cual el consentimiento no podrá ser válido si fue obtenido por sorpresa. Por su parte, en un segundo término, el denominado 'Código de Federico' en un otra de sus disposiciones establecería como una de las excepciones para la cesación de los efectos de los derechos y beneficios nupciales a causa de la nulidad de un matrimonio, el supuesto en el que una de las pares hubiese sido "sorprendida y engañada", por parte de la otra que perseguía la terminación del matrimonio a (§ 34, P I, L II, T III)¹²⁴.

Ahora bien, no obstante la trascendencia académica e incluso normativa que revistieron estas 'codificaciones', así como también puede predicarse de todas aquellas que precedieron al movimiento codificador decimonónico, lo cierto es que las mismas correctamente entendidas fueron leyes, compilaciones, recopilaciones, o reglamentaciones pero no códigos, o por lo menos no propiamente dichos, esto es comprendidos desde la cosmovisión moderna de tal vocablo, pese a que comúnmente suele atribuírseles tal rótulo, como es el caso de la legendaria compilación del Rey Hammurabi, como si la concepción moderna de 'código' pudiese estirarse con éxito hasta el siglo XXI a.C. En tal sentido, cabe resaltar que esta noción moderna de código, la cual generalmente suele atribuírsele al inglés JEREMY BENTHAM¹²⁵, rectamente entendida se origina en los empieces del siglo XVII, y como tal supera la concepción de una simple ley, compilación, recopilación, o reglamentación, ya que la misma representa, un "movimiento y actitud político-jurídica llamada a dotar de certidumbre, orden, seguridad,

¹²³ Traducción libre, la cita en la lengua francesa es la siguiente: "Pour rendre les Fiançailles valides, il faut encore que les parens de part & d'autre y consentent librement, & que ce consentement n'ait pas été surpris & obtenu par ruse". *Code Frédéric; ou Corps de Droit pour les États de sa majesté le Roi de Prusse*, traducido del alemán al francés por SAMUEL VON COCCEJIL, 1751. p. 100.

¹²⁴ Al respecto, la disposición en cuestión rezaría del siguiente modo "XIII. Lorsqu'un mariage est déclaré nul tous les avantages & droits nuptiaux cessent, le mari est obligé de rendre la dot, & la femme perd ce qui lui est accordé par la donation à cause de nôces; tous les deux sont privés de la portion appelle *Statutaria*: & les enfans sont censés illégitimes, & ne succèdent à aucun membre de la famille. Il faut en excepter les cas, où l'une des parties ayant été surprise & trompée poursuivra l'autre en cassation de mariage". *Code Frédéric; ou Corps de Droit pour les États de sa majesté le Roi de Prusse, op.cit.* p. 148.

¹²⁵ Sobre el particular puede consultarse el artículo ALFANGE, Dean. "Jeremy Bentham and the codification of law", en *Cornell Law Review*, Vol 55, 1969.

concisión, claridad y unidad al Derecho”¹²⁶. De este modo, identificándose propiamente con el *Code Civile* de NAPOLEÓN, verdadero precursor de la codificación, *stricto sensu*.

De conformidad con anterior, para el estudio que desarrollaremos a continuación en relación al papel que desempeñaría la sorpresa en el ámbito del movimiento codificador tomaremos como punto de partida el Código napoleónico, verdadero paradigma histórico de la codificación, para así continuar, posteriormente, con el estudio de los demás códigos que lo sucederían, y en los cuales, debido a la influencia del primero, la sorpresa tendría un particular y expreso acogimiento.

2.2.1. *La incidencia de la sorpresa en el ámbito del Código Civil francés.*

En el caso del Código Civil francés de 1804, el cual, tal como pudimos anticipar, le habría otorgado un expreso acogimiento a la sorpresa, siendo tal vez la inscripción normativa más relevante de la figura en la historia, pues sería por virtud de ella que se habría generado como consecuencia una subsiguiente proliferación legislativa en relación con la sorpresa a nivel internacional, lo cual se debería a la innegable influencia con la que contó el Código napoleónico frente a las demás codificaciones del siglo XIX, tal como analizaremos más adelante. Así mismo, cabe destacar que, sería igualmente como consecuencia del acogimiento que se hizo de la sorpresa en este histórico cuerpo legislativo, al igual que en las subsiguientes codificaciones, que se habría despertado un considerable interés por parte de la doctrina, particularmente aquella del siglo XIX y de inicios del siglo XX, en relación al papel que desempeña, y que debe desempeñar, la sorpresa en el Derecho, especialmente en el ámbito del concreto escenario en el que la habría codificado el legislador francés.

Al respecto, creemos que es posible considerar que la tipificación expresa de la sorpresa en el Código Civil francés habría dado lugar a que se generase como consecuencia un incremento verdaderamente exponencial del interés por parte de la doctrina civilista, particularmente de aquella perteneciente a la escuela de la exégesis, con relación a la naturaleza de esta figura, lo cual habría dado paso a que se verificase un importante número de estudios de diversos juristas, pertenecientes a distintas épocas y diferentes latitudes, en los cuales estos últimos se habrían dado a la tarea de desarrollar, tanto sucinta como cometidamente, el papel que desempeña la sorpresa en relación con la figura de la imputación del pago que se desprende del artículo 1255 del Código francés¹²⁷, así como también de los demás artículos relativos a los distintos Códigos influenciados por el modelo napoleónico los que, en su gran mayoría, simplemente transcribieron tal disposición. En tal sentido, puede corroborarse que, estos estudiosos que mencionamos, en su inmensa mayoría, han venido afirmando que la sorpresa que se habría proyectado en el Código Civil francés se encontraría circunscrita o delimitada a la institución de la imputación del pago, concretamente a la hipótesis de la imputación realizada por parte del acreedor, considerando que, el legislador francés se habría limitado a reproducir

¹²⁶ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Codificación, descodificación y dispersión legislativa del Derecho privado en Colombia –La ‘edad de la recodificación’-*, en proceso de publicación.

¹²⁷ Dentro de la doctrina francesa podemos enlistar las siguientes obras como ejemplo: MAIRE TOULLIER, Charles Bonaventure. *Le Droit Civil Français, suivant l'ordre du Code*, T VII, Chez Cousin-Danelle, Rennes, 1816; *Dictionnaire du notariat*, T IV, L'Administration du Journal des Notaires et des Avocats, Paris, 1832. p.175; ROGON, Joseph Adien. *Les codes expliqués par leurs motifs, par des exemples et par la jurisprudence*, Société Typographique Belge, Bruxelles, 1840. p.261; DE VILLARGUES, Rolland. *Repertoire de la jurisprudence du notariat*, T V, L'administration de la Jurisprudence du Notariat, Paris, 1842. p. 258.

únicamente el criterio de POTHIER consignado en la segundo volumen de su obra de obligaciones¹²⁸, dejando a un lado la cosmovisión más amplia de la sorpresa que, como verificamos, se desprende de la lectura de otras obras suyas, así como también de las obras de diferentes juristas que lo precedieron, entre otros DOMAT.

Así las cosas, debemos señalar que, el citado Código Civil napoleónico de comienzos del siglo XIX, en su artículo 1255, conservando la redacción primaria del Proyecto de Código¹²⁹, se dispuso que, “Cuando el deudor de varias deudas ha aceptado un recibo por el cual el acreedor ha imputado lo que ha recibido de una de estas deudas especialmente, el deudor no puede ya pedir la imputación, *a menos que haya habido dolo o sorpresa por parte del acreedor*”¹³⁰ (se destaca).

Al respecto, tal y como se anticipó, la doctrina mayoritaria que ha estudiado la materia ha sido reiterativa al indicar que, la inscripción de la sorpresa en el precitado artículo se habría fundamentado en las obras de POTHIER, lo cual, si bien puede ser cierto, recordando que efectivamente dicho jurista abordó la sorpresa con motivo de sus estudios que giraron en torno del supuesto de la imputación del pago realizada por parte del acreedor¹³¹, y teniendo en especial consideración la innegable e indiscutida influencia que tuvieron las obras y pensamientos de este histórico jurista en la redacción del Código Civil francés de 1804, debemos señalar que no debe llevarnos a desconocer la presencia de la sorpresa que, otrora, tal y como se observó, se habría verificado en el escenario del Derecho histórico galo.

En este sentido, cabe destacar que, para el año de 1708, esto es, con casi medio siglo de antelación a que POTHIER hubiese publicado su afamado tratado de las obligaciones, el Parlamento de Toulouse ya habría reconocido la virtualidad que tiene la sorpresa para desarticular la voluntad de uno de los sujetos al momento de dar cumplimiento al pago de una obligación que gravita en cabeza suya, pues bien habría dispuesto que, el pago que hace un deudor de una deuda precisa o específica la cual, sin embargo se encontraba prescrita, no podrá llegar a ser repetido por este, a menos que haya mediado “dolo & sorpresa por parte del acreedor”¹³², puesto que, siguiendo las precisas palabras del Parlamento, “sería una injusticia evidente e incompatible con las reglas de la equidad y la buena fe que el Deudor (...) se retracte y repita un pago que ha hecho voluntariamente para satisfacer su conciencia y buena fe (...) excepto por que parece que el acreedor lo había sorprendido”¹³³.

Habiendo dicho lo anterior, podemos afirmar que, contrario a lo que podría pensarse, la sorpresa en lo absoluto habría resultado ajena al entorno jurídico en el que se desarrolló la

¹²⁸ ROCCA, Ival & DUFRECHOU, Roberto. *Nulidad del acto jurídico por “sorpresa”, op.cit.* p.781.

¹²⁹ *Projet de Code Civil, présenté par la commission nommée par le Gouvernement*, T II, 1800. p.32.

¹³⁰ Traducción libre, la cita en su lengua original es la siguiente: “Lorsque le débiteur de diverses dettes, a accepté une quittance par laquelle le créancier a imputé ce qu'il a reçu sur l'une de ces dettes spécialement, le débiteur ne peut plus demander l'imputation sur une dette différente, à moins qu'il n'y ait au dolo u surprise de la part du créancier”. *Code Civil des Français*, Imprimerie de la république, 1804. p. 303.

¹³¹ Ver nota *infra* 507.

¹³² *Journal du palais, ou Recueil de plusieurs Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse, contenant divers Arrêts depuis l'Anné 1702*, Toulouse, 1760. p.323.

¹³³ Traducción libre, la cita completa en su lengua original es la siguiente: “Or ce seroit une injustice évidente & incompatible avec les regles de l'équité & de la bonne foi, de permettre au Débiteur, *qui bonam fidem agnovit & naturalem obligationem*, de se retracter & de répéter un payement qu'il a fait volontairement, pour satisfaire à sa conscience & a la bonne foi, contre la maxime de la Loi, *si non sortem, indebitum*, ff. de cond. ind. si ce n'eil qu'il parût que le Créancier l'eût surpris; ce qui pourtant ne dtvroit pas être présumé, s'il n'y avoit preuve apparente”. *Journal du palais, ou Recueil de plusieurs Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse... op.cit.* p. 324.

codificación francesa, y que la misma no se habría encontrado limitada a un único escenario como lo sería el de la imputación del pago, lo cual puede llegar a corroborarse con la lectura de las observaciones que se habrían realizado al Proyecto de Código civil napoleónico, y que habrían sido llevadas a cabo por los diferentes tribunales de apelación de la época, ya que en ellas, en múltiples ocasiones y en contextos sustancialmente diversos, se habría aludido a la sorpresa, poniendo en evidencia que la misma necesariamente debía ser ‘prevenida’¹³⁴ y ‘evitada’¹³⁵ en virtud de su potencial pernicioso. En este sentido, por motivo de la importancia de su contenido y de la contundencia con la que el mismo habría exteriorizado, consideramos que una particular referencia ameritan las palabras que, en tal contexto, habrían sido expuestas por el Tribunal de apelación de París, y en virtud de las cuales se logra corroborar que en el Derecho francés para la época se consideraba que, desde una perspectiva más global y envolvente, el consentimiento que obtenido por una sorpresa deberá carecer de validez alguna y, por tal motivo, no podrá considerarse apto para dar lugar a la producción de efectos jurídicos, pues, “Ya sea que el consentimiento haya sido forzado, *o bien sorprendido*, extorsionado por el dolo, es siempre un consentimiento imperfecto, y no un consentimiento absoluto, espontáneo, reflexivo, en una palabra, el que debe ser para formar un compromiso”¹³⁶ (se destaca).

Por su parte, muestra fidedigna del hecho que en el Derecho francés ya se tendría conciencia de la naturaleza perjudicial con la que cuenta la sorpresa en sede de la formación del consentimiento que, puede ser hallada en las actas de la discusión del Código francés que habría sido llevada a cabo por parte del -para entonces recientemente constituido- Consejo de Estado Francés, ya que en ellas este órgano le habría atribuido al error al dolo y a la sorpresa el descriptivo calificativo de ‘vicios destructivos del contrato’, pues, con ocasión de la crítica que esgrimiría respecto de la tesis abolicionista de la figura de la rescisión, habría manifestado que, “¿Cómo podría uno, sin contradecirse, negarse a aplicarle el principio general que rige todos los contratos de la misma naturaleza? ¿No sería más contradictorio admitir la rescisión por causa de dolo, error o de sorpresa, y rechazarla, sin embargo, mientras los hechos prueben la existencia de estos vicios destructivos del contrato?”¹³⁷.

¹³⁴ Como ejemplo podemos señalar que el Tribunal de Metz al abordar la materia de la rescisión, señaló que, “de sorte que, pour rendre illusoire le moyen introduit par la loi, afin d’éviter l’effet du dol ou de la surprise, il suffit d’insérer dans le contrat une clause de cette nature”. *Observations des tribunaux d’appel sur le projet de Code Civil*, T II, Imprimerie de la République, Paris, 1800. p. 72.

¹³⁵ Por su parte el Tribunal de Montpellier, con relación a la inscripción de los contratos en los registros de las hipotecas, indicó: “Elle pourrait faire mettre de côté toutes les procédures tendant à purger les hypothèques et à obtenir à grands frais la sûreté qu’elle procure, en *prévenant la fraude et la surprise*” (se destaca). *Observations des tribunaux d’appel sur le projet de Code Civil*, T II, *op.cit.* p. 90.

¹³⁶ Traducción libre, la cita original es la siguiente: “Que le consentement ait été forcé, ou bien surpris, extorqué par le dol, c’est toujours un consentement imparfait, et non un consentement absolu, spontané, réfléchi tel, en un mot, qu’il doit être pour former un engagement”. *Observations des tribunaux d’appel sur le projet de Code Civil*, T III, *op.cit.* p.122.

¹³⁷ Sobre el particular, creemos conveniente transcribir parte de la llamativa argumentación desarrollada por el Consejo de Estado francés en relación con la abolición de la figura en cuestión, así: “Il en serait ainsi, sans doute, si l’action en rescision eût encore subsisté; mais lorsqu’étant abolie, on propose de la rétablir, lorsqu’on demande aux tribunaux leur avis sur cette proposition, comme sur toutes les autres dispositions du projet du Code civil, n’est-il pas évident que si elle leur eût déplu, ils auraient réclamé? Et dès lors leur silence ne peut plus avoir pour principe qu’une opinion favorable. Mais l’abolition de l’action en rescision n’est pas seulement en opposition avec l’opinion générale, elle contrarie encore l’esprit du code civil. Il a été reconnu en effet que l’égalité doit être la base des contrats de bonne-foi. Le contrat de vente aussi est un contrat, non-seulement commutatif, mais encore de bonne-foi; comment pourrait-on, sans se contredire, refuser

De este modo, teniendo en consideración lo expuesto en precedencia, puede concluirse que, el papel que jugó la sorpresa en la codificación francesa, especialmente en lo que respecta al consentimiento y de los vicios de la voluntad, en particular, no se habría limitado a una llana y aislada inscripción de la misma en el artículo 1255, tal y como mayoritariamente se ha pensado, siendo esta un creencia que ha dado lugar a la configuración de una concepción imprecisa y marginal de la figura, la cual ha permitido que, con los años, infortunadamente se le haya restado importancia a la misma, puesto que, muy por el contrario, tal y como lo pudimos corroborar, de la lectura de los distintos documentos que precedieron y que dieron lugar a la promulgación del Código francés puede evidenciarse una verdadera consciencia que se tenía para entonces sobre el papel indeseado de la figura frente a los actos jurídicos en general y no solamente respecto a un supuesto individual, tal como se concluye de las dicientes palabras de tan altas autoridades judiciales como lo son el Consejo de Estado Francés y el Tribunal de Paris, entre otras más.

Todo lo anterior adquiere aun mayor sustento si se tiene en consideración que, a diferencia de lo que suele indicarse, la sorpresa no solo habría figurado en la codificación napoleónica únicamente en sede del artículo 1255, pues bien no debe olvidarse que el Código francés al momento desarrollar el consentimiento como uno de los cuatro elementos esenciales de las convenciones, habría determinado por medio de su originario artículo 1109 que, “No hay un consentimiento válido si el consentimiento solo se dio por error o si fue extorsionado por la violencia o *sorprendido* por dolo” (se destaca)¹³⁸. Al respecto, debemos señalar que resulta ciertamente llamativo el hecho que la expresión ‘sorprendido por dolo’ haya pasado desapercibida por parte de la gran mayoría de autores que han estudiado la figura de la sorpresa, a punto tal que, por lo menos en lo que a nuestro conocimiento respecta, y salvo por alguna concreta excepción, hasta la fecha no se ha realizado mayor reflexión, anotación, glosa o comentario con referencia al papel que asume el verbo ‘sorprender’ en el mencionado artículo, pudiendo llegarse a pensar que la presencia del mismo tiene una naturaleza frívola e insustancial, cuando en realidad implica todo lo contrario.

En este sentido, y a pesar de que esta será una cuestión que analizaremos con más detenimiento en el tercer capítulo de este trabajo, podemos afirmar en este punto que el empleo de la expresión en cuestión no fue consecuencia de una simple casualidad o coincidencia, lo que puede corroborarse por el hecho que la misma ya había sido utilizada con antelación a la codificación napoleónica¹³⁹, así como también habría sido empleada, en más de una

de lui appliquer le principe général qui règle tous les contrats de la même nature? Ne serait-ce pas se contredire encore que d'admettre la rescision pour cause de dol, d'erreur, ou de surprise, et de la rejeter cependant alors que les faits même attestent l'existence de ces vices destructeurs du contrat, alors qu'ils démontrent usqu'à l'évidence qu'il n'y a pas eu volonté spontanée?” *Procès-verbaux du Conseil d'Etat, contenant la discussion du la discussion du Code Napoléon*, T IV, L'Imprimerie de la République, Paris, 1804.

¹³⁸ Traducción libre, el artículo en su lengua original reza del siguiente modo: “Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol”. *Code Civil des Français*, Imprimerie de la république, 1804. p.270.

¹³⁹ Tal vez uno de los primeros testimonios del uso de la expresión “sorprendido por dolo” puede encontrarse en la traducción del latín al francés de la obra de autoría de HUGO GROCIUS, ‘*De iure belli ac pacis*’ publicada en 1625, la cual fue realizada por el Monseñor de Courtin y en la que, con relación a la acción rescisoria, se señaló: “Rescisoire, action rescissoire est une restitution en entier, par laquelle on remet les choses en l'état qu'elles étoient. Ce qui se faisoit par exemple lors que nôtre partie nou ayant *surpris par dol*, ou contraint par violence, ou ayant abusé de nôtre bas âge au dessous de 25 ans. Ou que de nôtre côté ayant erré par une juste ignorance defait, ou ayant été absents (...)” (Se destaca). GROTIUS, Hugo. *Le Droit de la guerre et de la paix*, T II, Chez Arnould Seneuze, Paris, 1687. p. 154 (*Table des Principales Matieres*). De igual

oportunidad, con ocasión de las discusiones que se presentaron en torno al proyecto de Código Civil francés¹⁴⁰. Pero además, puede llegar a manifestarse que, de la incorporación de tal expresión en el artículo 1109 podría llegar a considerarse que el legislador francés le habría brindado alguna relevancia a la sorpresa en sede de la regulación de la teoría general de los vicios de la voluntad. Así, como sustento de lo anteriormente expuesto, encontramos que de la mano a la versión ‘original y oficial’ del Código fue publicada una tabla alfabética de las diferentes materias en él contenidas, en donde el término ‘sorpresa’ tuvo expresa cabida, siendo remitido al artículo 1109 (y los que le siguen), en los que se da tratamiento a los vicios del consentimiento en general, y no al 1225 del que se ha desprendido esa equivocada cosmovisión de la sorpresa como un vicio puntual¹⁴¹.

De este modo, nos encontramos frente a dos llamativas disposiciones del tan aludido Código Civil francés, de las cuales se desprende por un lado (artículo 1255) una visión de la sorpresa como un vicio autónomo aunque aparentemente supeditado a una reglamentación aislada referente al particular escenario de la imputación del pago, y por el otro (artículo 1109) una concepción, de suyo más amplia, que inscribe a la sorpresa como un vicio de las convenciones en general, pero esta vez delimitada en lo que a su naturaleza respecta, ello en razón de la estricta conjugación de la misma con el dolo.

Ahora bien, al margen de lo anteriormente descrito, lo cierto es que del Código Civil francés, al igual que puede predicarse de los demás códigos decimonónicos marcados por una incuestionable influencia del modelo napoleónico, no logra desprenderse una pacífica concepción de la sorpresa como auténtico y genérico vicio de la voluntad, tal como se desprendía con mayor claridad de algunas de las obras previas a la codificación, como pudimos comprobar precedentemente, y sería ello lo que llevaría a que tal figura, en parte, fuese dejada de lado al menos en el marco de la teoría general del negocio jurídico. Sin embargo, la sorpresa, aunque coja y urgida de un claro sustentáculo legislativo, continuó deambulando en el panorama jurídico que se desempeñó con posterioridad a la codificación, cautivando así el interés de diferentes juristas, quienes siguieron reconociendo el pérfido e indeseado carácter que la misma ostenta frente a la voluntad y al consentimiento, tal y como lo evidenciaremos en el tercer capítulo del presente escrito.

2.2.2. *La sorpresa y su recepción en el movimiento codificador: particular referencia a los Códigos latinoamericanos.*

manera, imperiosa mención amerita la obra ‘*Traité des testaments*’ del jurista francés JEAN BAPTISTE en la que de igual manera puede verificarse el uso de la expresión en cuestión. En tal sentido, al momento de entrar a dar tratamiento al dolo (al cual le es dedicado una sección completa –*Section II*–) señala que, de conformidad con el “espíritu de las Leyes Romanas”, tal figura produce tres efectos diferentes, dentro de los cuales se encuentra: “3. Une nullité des traitez, conventions & autres actes *surpris par dol*, ou compliqués de ce vice, ou un moyen de restitution en entier” (se destaca). Expresión que igualmente utiliza al momento de abordar los ‘testamentos ológrafos’. FURGOLE, Jean Baptiste. *Traité des testaments, codiciles, donations a cause de mort, et autres dispositions de derniere volonté*, Chez Jean de Nully, Paris, 1645. pp .240 y 260.

¹⁴⁰ Como un ejemplo, pueden traerse a colación las siguientes palabras que fueron expuestas en relación con la discusión del proyecto del Código francés: “Il n’y a point de consentement valable si le consentement n’a été donné que par erreur, ou s’il a été extorqué par violence ou surpris par dol”. *Procès-verbaux du Conseil d’État, contenant la discussion du projet de Code Civil*, T IV, Imprimerie de la République, Paris, 1804. p.117.

¹⁴¹ Traducción libre, la cita en su lengua original es la siguiente: “SURPRISE (causes et effet de la) sur le consentement donné aux conventions et obligations, 1109 et suiv”. *Table alphabétique des matières du Code civil des français, rédigée sur l’édition originale et seule officielle*, Chez Rondonneau, Paris, 1804. p.213.

Sería precisamente en virtud de la gran relevancia y trascendencia que se le llegaría a atribuir al histórico Código napoleónico que, a lo largo del siglo XIX y XX se habría verificado una especie de ‘exportación normativa’ de la figura de la sorpresa, la cual sería receptada y acogida expresamente por un importante elenco de codificaciones, particularmente en el continente latinoamericano, en el cual, el legado jurídico de napoleón habría sido ampliamente receptado por la mayoría de los ordenamientos. Sin embargo, es menester señalar que la fórmula napoleónica que introduciría la figura sorpresa en la regulación concerniente al instituto de la imputación del pago también sería recogida por otros Códigos del mismo continente europeo, siendo ejemplos paladinos de ello el artículo 1255 del antiguo Código Civil Belga del año 1804 (cuerpo legislativo que sería recientemente reformado por medio de la ley del 13 de abril de 2019), y el artículo 1257 del Código Civil del -entonces denominado- Reino de Italia, hoy recogido por el artículo 1195 del Código vigente, los cuales, siguiendo con gran escrupulosidad la fórmula francesa decimonónica, determinan que, quien teniendo varias deudas, acepte un recibo por medio del cual el acreedor haya declarado que imputaría el pago que realiza a una de las deudas, no podrá llegar a reclamar después que se realice una imputación diferente, a menos que hubiese llegado a haber ‘dolo o sorpresa’ por parte del acreedor.

Ahora bien, en lo que respecta al continente americano, podemos señalar que, igualmente influenciada e impelida por el Código de napoleón, la tendencia codificadora habría iniciado tempranamente para el año de 1804 en Norteamérica, concretamente en el Estado de Luisiana, el cual en el año 1808 habría promulgado su ‘Código Civil’, oficialmente conocido como ‘*Digest of the Civil Laws now in Force in the Territory of Orleans*’, en el cual igualmente se acogió la sorpresa en el marco de la regulación del supuesto de la imputación hecha por parte del acreedor a través de su artículo 155, así como también sucedió con la disposición más general en la que se encuna la expresión ‘o sorprendido por dolo’ refrendada en su artículo 1825, ambos comprendidos en el título III del mencionado Código¹⁴². Siendo este un documento legislativo que para el año 1825 sería remplazado por el ‘*Code Civil de l’État de la Louisiane*’, en el cual no solo se conservaría el protagónico papel de la sorpresa en el escenario de la imputación del pago (artículo 2161)¹⁴³, sino que, adicionalmente, habría dado lugar a una novedosa inclusión de la misma, esta vez con relación al marco del Derecho de familia, al determinar en su artículo 231 que en aquellos supuestos en el que un menor fuese encontrado y criado por parte de personas caritativas, no podrá después ser reclamado por sus padres a menos que aquellos llegasen a demostrar que “el infante fue arrebatado por fuerza, sorpresa o accidente”¹⁴⁴.

¹⁴² Artículos que fueron incorporados conjuntamente en inglés y en francés. *A Digest of the civil laws now in force in the territory of orleans, whith alterations and amendments*, Bradford & Anderson Printers to the Territory, New Orleans, 1803. pp. 262-263 y 290-291.

¹⁴³ Sobre el papel de la sorpresa en el Código de Luisiana, SAUL LITVINOFF sostuvo que la sorpresa puede materializar la intención de una parta de obtener una ventaja de la falta de atención o conciencia de su contraparte lo que vendría a materializar un caso de mala fe, pues, en sus palabras, “Although *surprise* may not be easy to define in such a context, it can be understood as a product of circumstances evidencing the obligee’s intent to take advantage of the obligor’s lack of awareness, which is, precisely, bad faith”. LITVINOFF, Saul. *Louisiana civil law treatise: The law of obligations*, Vol 5, West Pub. Co. 1992. p. 479.

¹⁴⁴ Traducción libre el artículo completo en su lengua original reza de la siguiente forma: “L’enfant trouvé, que des personnes charitables ont recueilli et élevé, ne peut être réclamé par les père et mère, à moins qu’ils ne prouvent que l’enfant leur a été enlevé par force, par surprise ou par accident”. *Code Civil de l’État de la Louisiane*, Editonen de la Louisiane, 1825. p. 104.

Así mismo, puede corroborarse que la figura de la sorpresa habría sido receptada igualmente, y con cierta preponderancia, por un importante número de codificaciones latinoamericanas, las que, en su mayoría, reproducirían, casi con literalidad, lo dispuesto por parte del Código Civil francés en la materia, siendo muestras paradigmáticas de ello los Códigos de: Venezuela, artículos 1146, y 1304; Uruguay, artículos 1269 y 1479; Argentina (antiguo Código de VÉLEZ SARSFIELD)¹⁴⁵, artículo 775; Bolivia, artículo 318; República Dominicana, artículos 1109 y 1255.

Siendo este un elenco al cual podría llegar a sumársele los códigos de Paraguay y Perú, los cuales, a pesar de no haber introducido una expresa referencia de la sorpresa al disciplinar el supuesto de la imputación del pago del acreedor, lo cual se explica ya que en ellos no se haría una mención específica a ningún vicio, habrían incorporado una suerte de ‘cláusula abierta’ para tal supuesto, aludiendo así a ‘una causa que invalide el acto’ (Código Civil de Paraguay artículo 593), o ‘una causa que impida practicar [la imputación]’ (Código Civil de Perú 1258), siendo así expresiones que permiten que la sorpresa, al igual que los demás vicios clásicos, pueda ser comprendida.

Cabe destacar en este punto que, si bien la mayoría de los artículos previamente citados reproducen casi con literalidad lo que ya en su momento habría determinado el legislador francés decimonónico en relación con la sorpresa, lo cierto es que, en el caso de los códigos civiles de Uruguay y Venezuela se le otorgaría un tratamiento diferenciado y ciertamente novedoso a la figura de la sorpresa, motivo por el cual consideramos conveniente detenernos a realizar una breve referencia a los mismos en razón del valioso aporte que, como se comprobará, puede predicarse de los mismos para la materia que es objeto de nuestro estudio, máxime si se tiene en consideración que el tratamiento particular que estos Códigos le otorgarían a la sorpresa han solido pasar desapercibidas en lo que respecta al estudio de la sorpresa.

Así las cosas, particular referencia merece el Código Civil uruguayo que habría sido realizado por el afamado jurista TRISTÁN NARVAJAS en el año de 1866, ya que éste, a diferencia de lo que acótese con los demás Códigos que habrían sido influenciados por el modelo napoleónico, y contrario a lo que se habría establecido en el ‘Proyecto de Código Civil para la república de Uruguay’¹⁴⁶, no se habría limitado a realizar una religiosa transcripción de las palabras inscritas en el artículo 1225 de la codificación francesa, adoptando así la controvertida

¹⁴⁵ En el caso de Argentina, la figura de la sorpresa como vicio de la imputación del pago, no obstante su consagración legal en el Código Civil del siglo XIX, ha estado sujeta a frecuentes discusiones, lo cual se ve reflejado como lo relata el profesor Luis F. LEIVA FERNÁNDEZ en los diferentes proyectos de reforma al Código, pues: “los proyectos de reforma del Código Civil, se han inclinado algunos por la supresión de la referencia a la sorpresa; Anteproyecto de 1954 (arts. 983 a 985); Proyecto de 1993 (Com. del dec. 468/92, arts. 790 a 792); mientras que la mayoría mantienen el instituto”. LEIVA FERNANDEZ, Luis F. *El vicio de la sorpresa en el derecho privado*, op.cit. p. 2. Sin embargo, su actual Código Civil y Comercial promulgado en el 2014, no hace mención de la sorpresa como vicio en la imputación del pago, pues ella fue eliminada, pareciendo haber desaparecido la sorpresa como vicio específico en el Derecho argentino, a pesar de que la cuestión no parece definida como tampoco resulta del todo pacífica. LÓPEZ MESA, Marcelo. *Derecho de las obligaciones*, T I, op.cit. pp. 316 y 317.

¹⁴⁶ AZAROLA, Enrique. *Proyecto de Código civil para la república del Uruguay*, Imprenta artística de Dorneleche y Reyes, Montevideo, 1895. p. 671. En el caso de Uruguay la sorpresa se incluye en el ámbito de la imputación del pago, tal como lo expresa el profesor JAIME BERDAGUER, en las “Fuentes, notas y concordancias del Código civil de la República Oriental de Uruguay” realizadas por el jurista uruguayo TRISTÁN NARVAJA, a diferencia de lo que sucedió en el Proyecto de Eduardo Acevedo, en el que no se le dio cabida a esta figura y solo se refirió al dolo. BERDAGUER, Jaime. “Imputación de la paga”, en *Revista de la facultad de derecho*, N 11, Universidad de la República, Montevideo, 1997. p. 153.

expresión ‘dolo o sorpresa’, ya que la misma fue convenientemente modificada, e introducida en su artículo 1479, de la siguiente forma: “mediando dolo, o al menos, sorpresa”. En este sentido, de lo dispuesto en tal artículo, y más concretamente del novedoso y llamativo enunciado ‘dolo, o al menos, sorpresa’, se desprende una palmaria voluntad del legislador uruguayo encaminada a sentar una clara y categórica distinción entre las nociones de dolo y sorpresa puesto que, la locución ‘al menos’ que intercede entre ambas permite comprobar una diferenciación conceptual que debe predicarse de los dos términos, dejando claro, además, que el dolo, por su naturaleza, es aún más deplorable que la sorpresa.

Por su parte, el Código Civil venezolano habría sido aún más innovador, pues por intermedio de su artículo 1380 habría incorporado una novedosa y llamativa disposición por virtud de la cual se permitiría accionar contra los instrumentos públicos respecto a los cuales se llegase a alegar, entre otras causales más, que “es falsa la comparecencia del otorgante ante el funcionario, certificada por éste, sea que el funcionario haya procedido maliciosamente o que *se le haya sorprendido en cuanto a la identidad del otorgante*” (se destaca).

De este modo nos encontramos ante otra particular alusión a la sorpresa, esta vez no regulada en el marco de las relaciones entre particulares sino de aquellas que se desempeñan entre estos últimos con la administración, en las cuales quien ostente el cargo de funcionario hará a su turno como veedor de la fe pública, razón por la cual, cuando este último resulte sorprendido, y por lo tanto su voluntad se torne en imperfecta será comprensible que pueda accionarse contra los documentos públicos en los que haya intervenido. Así mismo, cabe destacar que, del mencionado artículo también se logra evidenciar la distinción existente entre los actos maliciosos (dolosos) y la sorpresa que puede llegar a tener lugar, a pesar de que se pueda sobreentender que ambos supuestos resultan indeseados, y que, por tal virtud, se predique indistintamente el mismo efecto el cual viene a ser el de la procedencia contra el respectivo documento público.

Ahora bien, a pesar de la recepción por parte de varios cuerpos legislativos de esta específica figura, con frecuencia abordada históricamente en forma autónoma respecto al dolo, al fraude y a la violencia o a la fuerza, lo cierto es que de ninguno de ellos, ni tampoco de las obras de los juristas franceses, se desprende un concepto unitario o consolidado de la sorpresa, así como tampoco existe hay claridad plena sobre el papel que ocupa como vicio de la voluntad, pues no se encuentra una justificación o tratamiento general de tipo legislativo, diferente al otorgado concreta e individualmente en relación con la imputación del pago, contrario a la visión más amplia que fue adoptada antiguamente por algunos doctrinantes.

En suma, de lo expresado previamente, se desprende que la sorpresa en sus orígenes apareció como un vicio individual de la voluntad, como fue contemplado por varios de los autores franceses previos al Código napoleónico, pero que posteriormente, en especial al momento hacer tránsito a los cuerpos legislativos, se desarrolló como una figura individual propia de la imputación del pago en algunas legislaciones, sin que existiera una razón definitiva y concluyente para ello, pues en realidad no se advierte una justificación exclusiva para que sí tenga cabida en la imputación del pago en puntuales naciones, por lo menos en forma expresa, pero no en tratándose de otras instituciones, incluso más generales como el mismo contrato u otros actos voluntarios, según lo pone de presente autorizada doctrina moderna, con mayor razón si lo que se desea es dotar al ordenamiento jurídico de mecanismos que protejan con efectividad los intereses de los asociados, en un todo de acuerdo con los postulados que, con la misma orientación, hoy rigen en el Derecho nacional y comparado, los que se preocupan porque el acto sorpresivo no altere las situaciones preexistentes, ni vulnere la confianza

legítima, ni lesione, en particular, derechos ajenos merecedores de continua o permanente protección.

CAPÍTULO II

LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE Y SU PROYECCIÓN GENERAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CONTRACTUAL

1. LA CONNOTACIÓN Y RELEVANCIA JURÍDICA DE LA SORPRESA. IMPORTANCIA DEL TEMA Y COMETIDO PRIMORDIAL DEL PRESENTE ESTUDIO.

1.1. LINEAMIENTOS PRELIMINARES EN TORNO A LA SORPRESA CON CONNOTACIÓN JURÍDICA

A pesar de que, como pudimos comprobar en el capítulo precedente, la sorpresa ha sido una figura que, rondando y proyectándose en diversos ámbitos y competencias, se ha encontrado presente, con una relativa continuidad y permanencia, en el escenario jurídico, desde hace ya más de medio milenio, hecho que por sí mismo representa un muestra paladina de la importancia y trascendencia de la temática que aquí nos convoca (*res ipsa loquitur*), lo cierto es que, a la sorpresa, al menos hasta la fecha, no se le ha llegado a atribuir un auténtico, amén de conveniente y necesario cuerpo conceptual, por medio del cual esta última logre posicionarse como un auténtico ‘concepto jurídico’, con todas las implicaciones que ello conlleva, el cual podrá gozar de una elevada trascendencia, especialmente, aunque no exclusivamente, en materia contractual, más aún, como se verá, en el ámbito del denominado ‘moderno Derecho de contratos’ y del Derecho del consumo, que la misma puede perfilarse como un auténtico y moderno paradigma de protección.

En efecto, pese a que nos encontramos ante una esfinge que cuenta con una enorme virtualidad expansiva, lo cierto es que muchas veces suele desconocerse su auténtica significación y su real dimensión en la esfera jurídica, razón por la cual, lamentablemente, ha llegado a ser considerada como una especie de término carente de un contenido que le permita ingresar al universo *iuris*, ello bajo el entendido que, tal y como lo habría señalado en su momento el afamado juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, JOSEPH STORY, la sorpresa representa una figura que “no parece [tener] nada técnico o peculiar”¹⁴⁷, siendo esta una idea que, en cierto modo, habría sido compartida, más recientemente en el tiempo, por algún autor italiano el cual la habría calificado como una suerte de término ‘atecnico’¹⁴⁸, y que también se vería reflejada en un sector de la doctrina argentina que ha observado, desde luego sin acierto, que “La sorpresa, como elemento específico no es conocida en derecho”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ En efecto, según expresaría JOSEPH STORY, distanciándose con ello de la opinión del juez JEREMY la cual habría sido expuesta con ocasión del precedente *Willian v. Willian*, el término ‘sorpresa’ no parece tener un contenido técnico en el marco de la jurisprudencia de equidad, para él será suficiente entenderlo como “the act of taking unawares; the state of being taken unawares; sudden confusion or perplexity”, razón por la cual, continúa señalando, “When a court of equity relives on the ground of surprise, it does so upon the ground that the party has been taken unawares, that he acted without due deliberation, and under confused and sudden impressions”. STORY, Joseph. *Commentaries on equity jurisprudence*, *op.cit.* pp. 110 y 111.

¹⁴⁸ IANNICELLI, Serena. “Il destinatario del pagamento, quietanza, imputazione”, en *Le obbligazioni*, T I, Giuffrè Editore, 2008. p. 573.

¹⁴⁹ COLMO, Alfredo, MAGNE, Martín, WATSON, Andrés J. *Derecho civil*, El Ateneo, Buenos Aires, 1921. p. 169.

Al respecto, debemos manifestar desde este punto que, en lo que a nuestra opinión, si bien este modo de concebir la sorpresa como una especie de ‘voz’ o término que se encuentra desprovisto de una morfología o connotación jurídica propia, al menos *prima facie*, podría llegar a aparentar ser apropiada, o cuanto menos comprensible, ello teniendo en particular consideración el generalizado desconocimiento que suele tenerse de las diversas implicaciones que la misma posee intramuros de los recintos del Derecho, respetuosamente consideramos que un entendimiento en tal sentido no resultaría el más afortunado o conveniente, ello bajo el entendido que, tal y como nos proponemos demostrar en las líneas venideras, la sorpresa es una figura poseedora de una entidad, estructura, y de una relevancia de tanta envergadura en materia jurídica, que la necesidad de que la misma sea precisada y delimitada conceptualmente se torna en una tarea de inexcusable cumplimiento.

En este sentido, una muestra paladina de que en el panorama jurídico la sorpresa reclama cada vez más un necesario y autónomo sitio dentro del gran salón de los conceptos que conforman al Derecho, puede ser hallada en el hecho que, a lo largo de los siglos, dicha figura ha sido perfilada en un considerable número de importantes documentos lexicográficos de tinte jurídico a nivel internacional, tales como enciclopedias y diccionarios del Derecho¹⁵⁰.

Lo anterior adquiere aún más relevancia si se tiene en consideración que, en las últimas décadas, como consecuencia de la abrupta mutación del tráfico negocial, el cual se encuentra actualmente caracterizado por la celeridad y la predisposición, y que ha dado lugar al surgimiento a nuevos derroteros en el ámbito del Derecho, en general, y más particularmente en sede de la novel disciplina del Derecho del consumo, el interés del auditorio jurídico ha sido cautivado nuevamente por la figura sorpresa, y más particularmente por los efectos desestabilizadores que se desprenden de esta última en la órbita contractual, lo cual puede

¹⁵⁰ Tal vez uno de los primeros diccionarios científicos en darle tratamiento a la sorpresa como término jurídico fue el *Dictionnaire oeconomique* de autoría del sacerdote NOEL CHOMEL escrito en 1743, CHOMEL, Noel. *Supplement au Dictionnaire oeconomique*, T II, Chez la Veuve Ganeau, 1743. Col. 933. Por su parte, reveladores ejemplos de la presencia conceptual de la sorpresa en la lexicología jurídica la encontramos en textos pertenecientes al sistema del *common law*, siendo posiblemente el primero de ellos el reconocido diccionario del jurista JOHN BOUVIER, en el cual se define la sorpresa como “The act by which a party who is entering into a contract is taken unawares, by which sudden confusion or perplexity is created, which renders it proper that a court of equity should relieve the party so surprised”, BOUVIER, John. *A law dictionary adapted to the constitution and laws of the United States of America*, Vol II, George W. Childs, Philadelphia, 1868 p. 573. Continuando en el escenario del sistema jurídico anglosajón meritoria mención merece la enciclopedia de CHARLES F. WILLIAMS en la cual señala que: “The word surprise is sometimes loosely used to denote fraud or mistake, but wherever courts of equity have given relief on the ground of surprise alone, it will be found that one had, and does not reveal what may be technically called a mistake on the other”, WILLIAMS, Charles F. *American and english encyclopaedia of law*, Vol XXIV, Edward Thompson Comopany, New York, 1894. pp. 966-670. De igual forma, más recientemente en el tiempo, puede encontrarse que en la obra *The Dictionary of english law*, dirigida por el *Lord High Chancellor* del Reino Unido, EARL JOWITT, se define la sorpresa como “When a person enters into a contract, conveyance, or the like, with excessive haste or want of deliberation, this fact may give rise to the inference that there was no true consent, or that the consent was no free, and that the transaction ought therefore to be set aside on the ground of surprise or improvidence”, JOWITT, Earl. *The dictionary of english law*, Vol 2, Sweet & Maxwell Limited, London, 1959. p. 1711. Por su parte, y ya para cerrar con esta serie de referencias, en lo que respecta a la doctrina italiana, puede comprobarse que el profesor de la Universidad de Milán, ALBERTO GIANOLA, habría realizado una interesante contribución de la voz ‘sorpresa’ en la afamada y voluminosa obra del ‘*Digesto delle discipline privatistiche*’, en la cual incorporaría un resumen de un concienzudo estudio, realizado por él en otra obra que citaremos posteriormente (*L’integrità del concenso dai diritti nazionali al diritto europeo*), sobre algunas de las manifestaciones, tanto históricas como contemporáneas, de la sorpresa en el Derecho italiano. GIANOLA, Alberto. “Sorpresa” en *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, Aggiornamento IV, UTET, Torino, 2009. pp. 510-516.

verse reflejado en la proliferación de puntuales -y ciertamente no muy numerosos- escritos, los cuales han sido dedicados al exclusivo estudio de concretas manifestaciones de la figura en cuestión¹⁵¹, algunos de ellos, inclusive, llegado a resaltar el carácter global y envolvente que se puede llegar a predicar de la misma¹⁵², todo lo cual pone de manifiesto el hecho que, en la hora de ahora, cada vez se torna más apremiante la necesidad de que la sorpresa sea delineada conceptualmente para que así pueda contar con una significación propia en el campo de las ciencias jurídicas, permitiendo demostrar que nos encontramos ante un fenómeno único que representa un ‘tronco común’ del cual se desprenden todas y cada una de las diferentes manifestaciones de la sorpresividad, las cuales, tradicionalmente han sido abordadas y desarrolladas en modo aislado, insular y desligado, como se expresó.

Por virtud de lo anterior, consideramos que es momento de que se adquiera consciencia de la auténtica entidad y trascendencia que asume la sorpresa, globalmente concebida, en la contemporaneidad jurídica, lo que necesariamente implica que la misma deje de ser divisada en forma desmembrada, pues es momento que se empiecen a unir las ‘piezas del rompecabezas’, en modo tal que logre divisarse la existencia de un único cuerpo conceptual, portador de un auténtico y propio *status* jurídico, el cual, en razón de su amplio espectro y

¹⁵¹ Fiel muestra de la relevancia y trascendencia que ha adquirido la sorpresa en el ámbito jurídico en los últimos lustros puede ser hallada en el elenco variopinto de estudios que, en relación con la misma, se han venido desarrollando en el campo doctrinal a nivel internacional, lo cual, incluso, ha llevado a que en la actualidad existan dos relevantes monografías las cuales han sido dedicadas en su integridad al estudio exclusivo de la sorpresa, particularmente de su proyección en el ámbito de los vicios del consentimiento, así: ROCCA, Ival. *Teoría de la “sorpresa” para la revisión del contrato*, BIAS, Buenos Aires, 1982 y VANNI, Liliana Noemí. *La sorpresa como vicio de la voluntad*, Prosa, Buenos Aires, 2019, autora esta última que igualmente aborda la temática concerniente a las cláusulas sorpresivas. De igual forma, es posible encontrar reveladores artículos investigativos que han girado en torno al estudio de la figura de la sorpresa, entre los cuales, se pueden destacar los siguientes: BIGIAMI, Walter. “Dolo e «sorpresa» nell’imputazione dei pagamenti”, en *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, Padova, I, 1970. pp. 81 y ss; ROCCA, Ival & DUFRECHOU, Roberto. “Nulidad del acto jurídico por ‘sorpresa’”, en *El Derecho Jurisprudencia General*, N° 108, Buenos Aires, 1984. pp. 779; BURGO, Damían. *La sorpresa jurídicamente relevante en el ámbito del derecho privado, op.cit.*; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. *El vicio de la sorpresa en el derecho privado, op.cit.* pp. 23 y ss; GANDINI, Fernando. “La sorpresa como fenómeno jurídico en la legislación europea: formación y efectos”, en *Precedente Revista Jurídica*, Cali, 2005. pp. 177 y ss; GIANOLA, Alberto. *Sorpresa, op.cit.* pp. 510 y ss; y LAPERTOSA, Flavio. “La sorpresa nel rapporto obbligatorio”, en *Responsabilità civile e previdenza*, Giuffrè, Milano, 2, 2012. pp. 653 y ss. Así mismo, pueden resaltarse algunos importantes escritos en los que se ha realizado un estudio particular de alguna de las manifestaciones de sorpresa, tales como: BRECCIA, Umberto. “La contrattazione su valori mobiliari il controllo della contrattazione «sorprendente»”, en *La vendita “porta a porta” dei valori mobiliari*, Giuffrè Editore, Milano, 1992. pp. 17 y ss; SCHMIDT-SALZER, Joachim. “Die Kontrolle ungewöhnlicher/überraschender AGB-Klauseln: deutsche Vergangenheit und europäische Zukunft”, en *Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart*, Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1995. pp. 361 y ss; TROIANO, Onofrio. “Disciplina dei mercati e ius poenitendi nella contrattazione a distanza ed in quella sorprendente”, en *Saggi di diritto privato europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995. pp. 241 y ss. STOFFELS, Markus. “Der Schutz vor überraschenden Vertragsbestimmungen”, en *Gedächtnisschrift für Manfred Wolf*, C.H. Beck, München, 2011. pp. 158 y ss; STIGLITZ S. Rubén. “Las cláusulas sorpresivas en el Código Civil y Comercial”, en *Estudios de Direito do consumidor*, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2016. pp. 21 y ss; y LLAMAS POMBO, “Transparencia, lesividad y sorpresa en los contratos de seguro”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N° 142, 2020. pp. 1 y ss.

¹⁵² De los escritos que se han dado a la tarea de abordar la temática concerniente a la sorpresa en el ámbito jurídico cabe destacar el trabajo del doctrinante italiano FLAVIO LAPERTOSA, ya que en el -a pesar de que no se aborda *in extenso* el particular- logra abstraerse una mirada más global de la sorpresa como una especie de figura que se proyecta en diferentes y concretas manifestaciones las cuales han venido teniendo un cierto desarrollo legislativo contemporáneamente, idea que, como hemos venido resaltando, compartimos plenamente. LAPERTOSA, Flavio. *La sorpresa nel rapporto obbligatori, op.cit.* pp. 653 y ss.

proyección, podrá desempeñarse en modos y escenarios diversos, cada uno de los cuales contarán con sus particularidades y especificidades propias, sin que por ello llegue a desvirtuarse su pertenencia a un mismo y único concepto.

Ahora bien, en orden de lograr dimensionar correctamente la sorpresa en la esfera jurídica, se torna necesaria la distinción de esta última con relación a las otras definiciones que se le asignan a la sorpresa en distintas áreas del conocimiento, pues no creemos que resulte del todo conveniente o satisfactorio dar lugar a una simple trasposición de la idea que esta engloba desde la perspectiva del lenguaje común, o incluso del filosófico o científico, a la órbita técnica de la lingüística jurídica, sin haber pasado primero por un oportuno proceso de decantación conceptual que la delimite y concretice, puesto que, como se verá, no toda sorpresa, *per se*, contará con la misma relevancia en el marco del Derecho.

Sin embargo, eso no quiere decir que para llegar a proyectar una cosmovisión jurídica de la sorpresa ha de dejarse a un lado la concepción científica y generalizada que de ella se tiene, puesto que, en últimas, la sorpresa permanecerá siempre como una emoción del hombre, la cual, no obstante, en ciertas ocasiones puede llegar a dar lugar al surgimiento de desdeñables sensaciones, incluso de decepción y frustración, las cuales poseen una trascendente incidencia en la órbita contractual, ello bajo el entendido que, aún en la hora de ahora, la regla general es que quienes entablan vínculos contractuales siguen siendo personas humanas, cuyas emociones, sentimientos y sensaciones resultan determinantes, particularmente al momento de contratar, razón por la cual, la cuestión emotiva, *a priori*, no deberá ser descalificada, soslayada o menospreciada.

Al respecto, bien recordaba en su momento el renombrado profesor francés, y uno de los más grandes exponentes de la sociología jurídica, JEAN CARBONNIER, que es necesario “partir del individuo para descubrir cómo se forma la vida social, y, por lo tanto, cómo se forma el contrato”, pues de este último se desprenden “aspectos psicológicos que la economía no resulta suficiente para poderlos explicar”, razón por la cual, bajo el tenor de sus precisas palabras, puede llegar a hablarse en la actualidad de una “reintroducción de la psicología en el estudio de la estructura contractual”¹⁵³.

Siguiendo esta línea de ideas, pretendemos darnos paso a desarrollar un delineamiento propositivo y descriptivo de la sorpresa como un concepto ‘intrajurídico’, sin que por ello propugnemos por formular una suerte de estructura rígida o definitiva que llegue a encasillar la sorpresa en una suerte de prisión conceptual, por cuanto nuestra verdadera voluntad es la de simplemente resaltar algunos lineamientos básicos de lo que podríamos denominar como la ‘sorpresa con connotación jurídica’, o, yendo aún más lejos, de la ‘sorpresa jurídicamente relevante’, en este sentido, no podemos olvidar aquella locución latina que locuazmente determinaría que ‘*omnis definitio in iure civile periculosa est*’, es decir, que cualquier definición que pretenda otorgarse en el Derecho civil será peligrosa (. L, XVII, CCII).

De este modo, creemos que, para lograr englobar correctamente en un solo cuerpo conceptual el extenso abanico conformado por la multiplicad de manifestaciones de la sorpresa en materia contractual, se torna indispensable la realización de un estudio individualizado, el que necesariamente deberá contar con una *natura* abierta, amén que dinámica y flexible, la cual no solo le permita adecuarse a aquella diversidad de manifestaciones que mencionamos, sino que, en adición, le brinde la posibilidad de adaptarse

¹⁵³ Traducción libre. CARBONNIER, Jean. *Flexible droit*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1983. pp. 258 y 259.

a nuevos, y, en ocasiones, impensados o siquiera imaginables, fenómenos que se llegan a desempeñar en sede del Derecho de contratos.

De este modo, la sorpresa, tal como la venimos proponiendo, podría llegar a hacer parte de aquella gran nómina de conceptos a los cuales se les ha otorgado el rótulo de ‘indeterminados’ o, ‘de textura abierta’, con todo lo que ello significa¹⁵⁴, por manera que, la misma no deberá ser concebida de forma restringida, como si estuviese reclusa en una prisión conceptual y sometida al yugo de la rigurosidad e inflexibilidad, sino que, por el contrario, deberá interiorizarse como una figura dúctil que cuenta con un amplio, aunque razonable margen de adaptación en pro de la legítima tutela jurídica, la cual logra compaginar con una tendencia que cada vez adquiere un mayor predominio y que propende por una forma diversa de concebir el Derecho, la que -empleando el llamativo rótulo que el afamado jurista italiano STEFANO RODOTÀ, le habría asignado a uno de sus escritos- está dando paso a lo que podría representarse como ‘el tiempo de los conceptos jurídicos flexibles’¹⁵⁵.

Así las cosas, habiendo realizado estas breves anotaciones preliminares, en orden de dar paso a un primer acercamiento a la sorpresa con connotación jurídica, podemos señalar que, esta última puede ser descrita como aquella alteración que experimenta un sujeto como consecuencia de la producción o verificación de un acontecimiento repentino e inesperado, el cual, en línea de principio general, es producto de la verificación de una conducta, ora positiva u ora negativa, que, por regla general, es desempeñada por parte de otro sujeto, la cual toma desprovisto al primero, impactando en su psique, lo que genera como consecuencia una especie de colisión, choque o desfase, entre el nuevo estímulo que lo estremece, y el esquema cognitivo que aquel había activado previamente, el que, de ordinario, podrá encontrarse conformado tanto por concretas y legítimas expectativas, así como también por una genérica proyección de lo que podría esperarse que sucedería, o que no llegaría a suceder, todo lo cual termina por dar paso a una suerte de desorden cognitivo, o, en palabras del filósofo francés RENÉ DESCARTES un ‘cambio del movimiento de los espíritus’, que produce como resultado una sensación de perplejidad por parte de quien se ve sorprendido, la cual tendrá una incidencia particular en la esfera contractual¹⁵⁶.

¹⁵⁴ De la prolija bibliografía que existe en torno a la naturaleza de tipo de conceptos, pueden destacarse, por su gran relevancia, las siguientes obras: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*, Einaudi Contemporanea, Torino, 1992, y LUNA SERRANO, Agustín. *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, Dykinson, Madrid, 2019.

¹⁵⁵ RODOTÀ, Stefano “Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile”, en *Lezioni sul contratto*, Giappichelli, Torino, 2009. pp. 97 y ss.

¹⁵⁶ Entre algunas de las definiciones que la doctrina que le ha pasado revista a la temática de la sorpresa podemos resaltar las siguientes, las cuales, anticipamos, se realizan concibiendo a la sorpresa en el ámbito de los vicios de la voluntad. Así, en opinión del prestigioso profesor uruguayo, GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA, la sorpresa “consiste en el acto u omisión por una parte, que toma desprevenida a la otra y produce un desorden en sus ideas, e involucra una conducta por acto u omisión inesperada, injustificada y perjudicial de quien obra con sorpresa, para con quien la debe soportar. Se trata entonces de una situación inesperada que causa asombro y que toma al sujeto desprevenido y lo lleva a lo inexplicable o desconocido”. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Tratado de Derecho de los contratos*, T III, Ij Editores, 2015. p. 578. En un sentido similar se ha expresado el profesor argentino IVAL ROCCA, quien la ha descrito como “el acto u omisión proveniente de una parte, que toma desprevenida a la otra, produciendo un desorden en sus ideas, e involucra una conducta -por acto u omisión- inesperada, injustificada y perjudicial, de quien obra ‘sorpresa’, para con quien la debe soportar”. ROCCA, Ival. *Teoría de la “sorpresa” para la revisión del contrato*, op.cit. p. 89. Por su parte, el doctrinante italiano FLAVIO LAPERTOSA, concibe la sorpresa como “un turbamento emotivo che non annulla la capacità naturale (ove ciò avvenisse, si applicherebbe la disciplina sulla incapacità naturale), bensì il livello di capacità critica congruente alla situazione data, dando causa a una risposta affrettata o distratta, condizionata

Ahora bien, es menester poner de presente en este punto que, esta descripción preliminar que hemos desarrollado se afilia con la que hemos denominado con ‘sorpresa con connotación jurídica’, puesto que, lo que con ella pretende referirse es a aquellas sorpresas que logran trascender al plano jurídico-contractual y, que por ende, tienen en él alguna repercusión, sin que la misma sea, en este primer estadio, cualificada de alguna forma. En este sentido, resulta imperativo poner de presente que por el simple hecho que una sorpresa pueda guardar una cierta connotación jurídica, es decir, que llegue a generar algún tipo de repercusión en la órbita contractual, no necesariamente conllevará a que la misma se configure siempre como relevante y, por lo tanto, merecedora de una clara y contundente respuesta por parte del ordenamiento jurídico, puesto que, tal como explicaremos con mayor detenimiento en las líneas siguientes – sin perjuicio de haber ya esbozado la misma idea en el capítulo introductorio anterior-, podrán existir sorpresas que cuenten con una naturaleza contractual o jurídica, pero que no requieran ser conjuradas o descalificadas por parte de este último, por no ser estimadas antijurídicas, en lo individual.

1.2. LA DELIMITACIÓN DE LA SORPRESA CON TRANSCENDENCIA JURÍDICA. LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.

Es en atención a todo lo anteriormente expuesto que consideramos se torna indispensable esclarecer lo que por sorpresa debe entenderse en el plano jurídico, demarcando clara y razonablemente los límites del concepto, para que, de este modo, el desconocimiento de la figura no funja como un impedimento -como lamentablemente ya ha acontecido- para su inclusión en sede legislativa o judicial, pues de lo contrario, de llegar a importar al ámbito jurídico la idea de la sorpresa, sin dar lugar a una necesaria decantación conceptual del término, se estaría atentando contra uno de los principios rectores que gobiernan en todo ordenamiento jurídico, legal y constitucionalmente vigente, el cual viene a ser el de la seguridad jurídica.

En efecto, llegar a consentir que se ponga en tela de juicio la eficacia de los efectos jurídicos que se desprenden de un acto, negocio o acuerdo, o de pretender sancionar una determinada conducta, ello so pretexto de la materialización de una sorpresa que tenga la virtualidad de tener cualquier impacto en el ámbito jurídico, por más escueta, intrascendente, o justificada que resulte, sería como dejar abierta una auténtica e incontrolable ‘caja de pandora’ la cual haría tremar las bases mismas sobre las cuales se erige toda la funcionalidad del Derecho, representado así una amenaza indiscutida para la estabilidad del reinado de la seguridad y certeza jurídicas.

Ahora bien, debe tenerse cuidado en este punto, pues lo dicho en precedencia no puede llegar a ser extremado hasta el punto de pretender negar cualquier carta de ciudadanía al rechazo a la sorpresividad como un propósito que deba guiar al ordenamiento, ya que, flaco favor se haría a la justicia contractual si, bajo la égida de una mal entendida ‘seguridad jurídica’, se coarta la incorporación de nuevas figuras que, tal como acontece con el caso de la sorpresa, buscan garantizar un nivel más acentuado de protección frente al sujeto contractual urgido de una mayor protección, situación esta que no resulta, en lo absoluto, infrecuente en el escenario

da un contesto di persuasione occulta che sarebbe superabile solo grazie a uno stacco ambientale e temporale di riflessione”. LAPERTOSA, Flavio. *La sorpresa nel rapporto obbligatori*, op.cit. p. 666. A su vez, la escritora argentina VANNI LILIANA NOEMI, recientemente la definió como un “estado emocional no patológico y transitorio que constituye un vicio de la voluntad pues se encuentra afectada la intención”. VANNI, Liliana Noemí. *La sorpresa como vicio de la voluntad*, op.cit. p. 115.

contractual contemporáneo, el cual, fruto de un mercado voraz y mutable, cada vez más se encuentra urgido de nuevos instrumentos que permitan reequilibrar las arraigadas asimetrías que suelen caracterizar las relaciones negociales en la actualidad.

Así pues, bien entendidas las cosas, en orden a favorecer la certidumbre en el plano jurídico, deberá procurarse por delimitar, en sus justas medidas y proporciones, la figura de la sorpresa, en modo tal que se logre incorporar un necesario instrumento tuitivo estructurado con miras a garantizar un mayor grado de justicia y equidad, sin que con ello se permita que penetren en el ordenamiento las turbias aguas de la inestabilidad, lo cual, sin embargo, no puede llevar a que se acuda a aquel discurso, un tanto estacionario, por medio el cual se denuncia una supuesta alteración de la seguridad jurídica en orden de lograr negarle cualquier carta de ciudadanía al rechazo lo sorpresivo o a otras a modernas doctrinas, figuras, lecturas, o interpretaciones, sin brindar para tal propósito mayores reflexiones, justificaciones o comentarios, más allá del simple temor que se tiene a abrirle la puerta a nuevos horizontes.

El asunto en cuestión reviste una particular relevancia para la temática objeto de nuestra investigación, pues como resultado del desarrollo de un estudio de naturaleza comparativa hemos podido comprobar que han sido diversas las oportunidades en las que, en escenarios, latitudes y períodos diversos, en sede pre-legislativa le fueron cerradas las puertas a la posibilidad de dar cabida a una expresa incorporación normativa de algunas de las manifestaciones más elocuentes de la sorpresa, ello como consecuencia del desconocimiento generalizado que se tiene de los alcances y límites conceptuales de la figura¹⁵⁷, esgrimiendo así para dicho cometido el principio de la seguridad jurídica como una especie de ‘caballo de batalla’ enderezado a evitar su integración positiva dentro del sistema jurídico¹⁵⁸.

En este sentido conviene recordar que, tal como ha acertadamente ha sido manifestado por la jurisprudencia, la seguridad jurídica no representa un “valor absoluto”¹⁵⁹ por medio del cual

¹⁵⁷ Así acontecería, simplemente a modo ejemplificativo, en el caso del ordenamiento jurídico argentino, en el cual, para entorno a los últimos años del siglo pasado, con motivo de la realización de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1999, se habría discutido si el ‘factor sorpresa’ podía ser entendido como un supuesto subjetivo de la lesión, lo que se votó afirmativamente de manera mayoritaria (13 votos a favor). No obstante, en lo tocante con la conveniencia de la incorporación expresa de dicho factor, se acordó por una votación también mayoritaria (23 votos) que no resultaba aconsejable la cuestionada incorporación expresa. Al respecto el profesor de la Universidad del Litoral, EDGARDO IGNACIO SAUX, ha señalado que quizás quien sostendría la batuta que terminaría llevado a la toma de esta última decisión sería el profesor SANTOS CIFUENTES, quien para entonces fungía como uno de los Presidentes de la Comisión, pues en un trabajo titulado “La lesión subjetiva en el Proyecto de Código Civil de 1998” expresó que dicho concepto (el de la sorpresa) se encuentra lleno de incertidumbres respecto a la relación con los perfiles concernientes a su manifestación. SAUX, Edgardo Ignacio. *Estudios de derecho civil en su parte general*, Ivana Tosti, Santa Fe, 2002. p. 144.

¹⁵⁸ Ello sería lo que aconteció en el ordenamiento jurídico español cuando se buscó darle cabida legislativa a la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas. Al respecto véase *infra* nota 1171.

¹⁵⁹ En este sentido, le asiste razón al profesor italiano, STEFANO BERTEA, cuando manifiesta que “Per quanto ideale che riflette un’esigenza indispensabile e largamente condivisa la certezza che trova realizzazione per mezzo del diritto non costituisce comunque un valore assoluto. Se non opportunamente limitato, infatti, il bisogno (legittimo condivisibile) di certezza si trasforma in atteggiamento rigidamente legalistico e produce conseguenze pratiche inaccettabili”. BERTEA, Stefano. *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Catanzaro, 2002. p. 52. Siguiendo una misma línea argumentativa, la Corte Constitucional colombiana ha manifestado que “La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas”. Corte Constitucional, sentencia T-502 de 2002.

se pueda dar lugar a “la congelación del ordenamiento jurídico existente”, puesto que, muy por el contrario, este último se configura como un postulado que debe lograr responder correctamente a la realidad, necesidades y exigencias de cada momento, debiendo entonces ser concebido como un instrumento de “perfeccionamiento y de progreso”¹⁶⁰, y no como una herramienta ideada para dar cabida a la ‘momificación’ o ‘embalsamamiento’ del Derecho, con el propósito de conservarlo pétreo o intacto, impidiendo con ello que este último siga su curso evolutivo y adaptativo natural¹⁶¹, so pretexto de considerar que el cambio, por el simple hecho de ser cambio, siempre importará un factor de riesgo, pues altera el *status quo* que lo precede.

En efecto, pese a ser un postulado o valor primario del Derecho de incotrovertible importancia y figuración, el asocio a su implementación debe estar siempre precedido por la razonabilidad y la justa proporción, motivo por el cual la seguridad jurídica no debería convertirse en una bandera la cual, indistinta e indiscriminadamente, se enarbole para negar el ingreso de nuevos conceptos que, a pesar de poder contar con una cierto grado de flexibilidad e indeterminación, buscan perfilarse en el escenario jurídico con la finalidad de lograr garantizar con ello un mayor grado de justicia en el ordenamiento, propósito este último que no debe ser entendido como antagónico a la seguridad jurídica, pues la realización de esta no se opone a la consecución de una deseada justicia, sino que, por el contrario, contribuye a tal propósito¹⁶².

Por manera que, no puede concebirse que la apertura a nuevos horizontes conceptuales, en los cuales, es cierto, la ‘elasticidad’ y la ‘flexibilidad’ adquieren un mayor predominio, invite a la conformación de una ‘crisis de la certeza’¹⁶³, pues la seguridad jurídica debe ser concebida como un instrumento que tiene la virtualidad de delimitar a sus justas y razonables proporciones otras figuras conceptuales, de manera que no se conviertan en fuentes de incertidumbre, inestabilidad o de extrema vacilación, sin que por ello se instituya como una especie de Cancerbero, un guardián voraz e inamovible, que vede el ingreso a todos aquellos conceptos y figuras que resulten ‘inéditos’, con los cuales lo que se pretende es oxigenar el ordenamiento jurídico, brindándole un mayor grado de justicia material, ya que con ello únicamente se favorecería a que sus antítesis, como lo son la incerteza y la inseguridad, prevalezcan intramuros de los sistemas jurídicos¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Tribunal Constitucional de España, sentencia 126/1987 del 16 de julio de 1987.

¹⁶¹ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena fe contractual*, Ibañez, Bogotá, 2012. p. 172.

¹⁶² Según ha expresado el distinguido profesor peruano CARLOS SOTO COAGUILA, “la seguridad jurídica y la justicia no son principios que se contraponen; por el contrario, se coadyuvan y necesitan mutuamente, pues mediante ambos se puede alcanzar el bien común, entendido éste como el bienestar de cada uno y el de toda sociedad en su conjunto”. COAGUILA, Carlos Soto. “El ‘pacta sunt servanda’ y la revisión del contrato”, en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI. Derecho privado*, T. IV, Vol I, Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2010, p. 814. Cfr. CATAUDELLA, Antonio. *I contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019. p. 236.

¹⁶³ En relación con este particular, la profesora veneciana, CARMELITA CAMARDI, ha manifestado que “L’elaborazione della crisi della certezza del diritto è legata alla progressiva perdita di centralità della fattispecie e alla crescita parallela della cultura delle clausole generali e dei ‘valori’, o dei principi che li veicolano, indipendentemente dallo scudo della fattispecie”. CAMARDI, Carmelita. *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017. p. 17.

¹⁶⁴ Al respecto, no se equivoca la profesora DELIA MATILDE FERREIRA, al poner de presente que, “La auténtica seguridad jurídica reside en la posibilidad de recurrir siempre a una instancia que decida el caso conforme a una norma valiosa, que conduzca a un resultado justo. En tanto creamos que la seguridad es el cumplimiento ciego de las disposiciones, en tanto olvidemos que la seguridad es una vía a la justicia, jamás lograremos una auténtica seguridad, sino la esclavitud irremediable a todas y cualquier disposición”. FERREIRA RUBIO, Delia

Es por virtud de lo hasta aquí expuesto que, en nuestra opinión, no resulta de recibo considerar que deba negársele el ingreso a una doctrina conceptual que se encamine hacia el rechazo de lo sorpresivo, so pretexto única y llamante de que ello podría llegar a afectar el mantenimiento de la seguridad jurídica, puesto que, en realidad, bien miradas las cosas, se puede concluir que generará aún mayor inseguridad, desestabilidad, e incerteza, que el ordenamiento jurídico dejase desamparado a quien, viéndose afectado por el acaecimiento de un evento inesperado, amén que sorpresivo, sufra un perjuicio sin tener una posibilidad, certera y efectiva, de obtener un remedio para ello, lo cual sucederá cuando el sistema jurídico se encuentre desprovisto de una diáfana y expresa regulación que permita paliar los efectos perniciosos y negativos de la sorpresa, cuando esta adquiera relevancia y trascendencia jurídica¹⁶⁵.

De este modo, puede decirse que, a la hora de la verdad, no sería la adopción de la idea enderezada hacia el justo rechazo de indeseadas sorpresas en el escenario jurídico la que traería inseguridad, sino que sería precisamente la ausencia de su acogimiento por parte del juez, del hermeneuta jurídico, o incluso del legislador¹⁶⁶, la que invitaría a que dicha inseguridad se enseñoree y afecte las relaciones jurídicas.

Así las cosas, si se asume con moderación, respetando siempre los justos límites que son trazados por lo razonable, la búsqueda por expurgar de las relaciones jurídicas, tanto aquellas celebradas entre particulares como entre estos con el Estado, los efectos perniciosos y desestabilizadores que se derivan de la sorpresa, no se contrapondrá, sino que, por el contrario, contribuirá a consolidar y a robustecer los designios de estabilidad y certidumbre que imprime el principio de la seguridad jurídica sobre todo el ordenamiento.

En efecto, si se considera que la seguridad jurídica representa un postulado, o un valor que se cristaliza, a partir desde su cosmovisión subjetiva, en la idea de certeza que debe gobernar el Derecho y las relaciones intersubjetivas y que le permite a los sujetos trazar sus comportamientos presentes y programar o estructurar sus expectativas en relación con situaciones jurídicas futuras en clave de una razonable previsibilidad¹⁶⁷, necesariamente deberá

Matilde. *La buena fe: el principio general en el Derecho civil*, Editorial Motecorvo, Madrid, 1984. pp. 166 y 167.

¹⁶⁵ En relación con la importancia que adquieren los nuevos institutos que se han sido diseñados con el propósito de garantizar un mayor grado de justicia en los ordenamientos jurídicos en la actualidad, y cuya integración encuentra una clara justificación en las amplias y sustanciales transformaciones que se han registrado en el ámbito del Derecho contractual en los últimos tiempos, el ilustre jurista colombiano, FERNANDO HINESTROSA, ha puesto de presente que en ocasiones deberá “anteponer el valor justicia contractual a la intangibilidad del contrato y al principio de la seguridad”. HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones*, Vol I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015. p. 190.

¹⁶⁶ La ley, tal y como lo pondría de presente en un reciente escrito el profesor CARLOS IGNACIO JARAMILLO, debe fungir como un instrumento enderezado hacia la instauración de un régimen de seguridad y certidumbre en el ordenamiento, y por tal virtud, no puede propiciar el dominio de la sorpresa, la cual, según expresa el mismo autor, constituye un antónimo de la primera puesto que, esta última, por esencia, es portadora de incerteza, incertidumbre e inseguridad. Así, siguiendo sus elocuentes palabras, “la ley es un instrumento que, bien empleado, debe suscitar certidumbre, orden, claridad, respeto, estabilidad, *seguridad jurídica*, tranquilidad, paz y bienestar ciudadano, entre otros propósitos cardinales, *de suerte que no puede ser de buen recibo que, por su impropia, inconsulta o desarticulada utilización, emerja lo contrario: incertidumbre, desazón, sorpresa, desorden, confusión, inseguridad, irrespeto, caos, inestabilidad, desconfianza, perplejidad, conflicto y adversidad*”. JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La modernización del Derecho privado en Colombia*, Temis, Bogotá, 2020. p. 4.

¹⁶⁷ Así ha sido puesto de presente, con suma maestría por parte del reconocido profesor español ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, quien, sobre el particular, ha expresado que “La certeza del Derecho supone

entenderse que la sorpresividad interioriza un factor puede llegar a desarticularlo. En este sentido, al representar la sorpresa un agente con una acentuada potencialidad para alterar, de forma rauda e inopinada, los componentes volitivos y cognitivos de los sujetos, se articula como un fenómeno abiertamente contrapuesto al propósito de ‘predecibilidad’ el cual se instituye como el aspecto céntrico o nuclear de la problemática relativa a la certeza¹⁶⁸, razón por la cual, bien entendidas las cosas, la sorpresa deberá ser concebida como un elemento meritorio de especial consideración por parte del ordenamiento¹⁶⁹, pues cuenta con la virtualidad para llegar a desarticular el principio de la seguridad jurídica lo cual acentúa la necesidad de optar por su justo rechazo.

Es por virtud de la trascendencia que se reputa de la predictibilidad como elemento nuclear de la certeza y la seguridad jurídica, y de la contraposición que se desprende de la sorpresa con respecto a aquella, en la actualidad se ha llegado a señalar que, en el marco de los sistemas constitucionales vigentes, se corrobora “un clima radicalmente contrario a las sorpresas, por lo que la previsibilidad es uno de sus principales objetivos”¹⁷⁰. Se comprueba entonces que, a la luz de este elevado postulado de tanta relevancia para el Derecho, el cual en algunos

la faceta subjetiva de la seguridad jurídica, se presenta como la proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios. Gracias a esa información realizada por los adecuados medios de publicidad, el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido. En función de ese conocimiento los destinatarios del Derecho pueden organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad. La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del Derecho”. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. “La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia”, en *Boletín de la facultad de Derecho*, N° 15, 2000. p. 29.

¹⁶⁸ En este sentido, el profesor italiano GIANMARCO GOMETZ, afirma que “La prevedibilità delle conseguenze giuridiche di atti o fatti è dunque al centro della problematica della certezza del diritto”. GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*, G. Giappichelli editore, Torino, 2005. p. 24. Por su parte, en un sentido similar, el renombrado jurista italiano, GUIDO ALPA, pone de presente que, si bien, a partir del desarrollo de un estudio lexical y comparativo en relación con la temática de la ‘seguridad jurídica’ puede comprobarse que la terminología que se emplea en los diferentes ordenamientos no es siempre coincidente, puesto que, en el caso italiano se habla de ‘certezza’, diferenciándose así del francés que en el que se emplea el término ‘*securité juridique*’, o del alemán ‘*Rechtssicherheit*’, al igual que, agregamos nosotros, del caso de los sistemas jurídicos de habla hispana en los que a su turno acude al lexema ‘seguridad jurídica’, lo cierto es que, en cualquier caso, “tutta la problematica finisce per riassumersi nella «prevedibilità», o meglio nella *predictability* della regola applicata dal giudice”. ALPA, Guido. *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 2006. p. 338.

¹⁶⁹ En uno de sus profundos y concienzudos escritos, el cual dedicaría al estudio del concepto de la seguridad jurídica, el docto profesor español, AGUSTÍN LUNA SERRANO, ha puesto de presente que “las connotaciones psicológicas de la certeza y de su específico síntoma que es la predecibilidad de los factores jurídicos”, dentro de las cuales, naturalmente, se encontraría comprendida la consideración de la sorpresa como un factor de alteración de la percepción psico-cognitiva, “adquieren particular relieve en relación a un sistema organizativo de la vida social que, como el jurídico, comprende primordialmente pautas de comportamiento y que, en cuanto tal, tiene muy en cuenta [los] diferentes componentes cognoscitiv[os] y volitiv[os] de la conducta humana, tanto en [los] que influyen en las concretas decisiones que se toman en función de factores circunstanciales o ambientales -en razón de su previsibilidad, inevitabilidad, eventualidad, aleatoriedad, causalidad o riesgo- como en aquellas que se adoptan en función de la previsible valoración, y, en consecuencia, de la eventual confianza sobre la trascendencia que a las mismas conceda el ordenamiento”, a lo cual lo adicionaría que “Por esta razón, y en relación con la ‘autonomía personal’ o ‘capacidad para desenvolver proyectos de la vida compatibles con los planes de vida de los demás y usualmente entrelazados con ellos’, ‘la certidumbre y la predecibilidad tienen tanta importancia en el derecho”. LUNA SERRANO, Agustín. *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015. pp. 60 y 61.

¹⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Certainty in law*, Springer, 2016. pp. 430 y 431.

ordenamientos ha llegado a gozar de un expreso revestimiento constitucional -siendo claro ejemplo de ello el artículo noveno de la Constitución española-, en principio, parece factible concluir que los ordenamientos jurídicos deberán tender por instituir una clara prohibición frente a los cambios sorpresivos que, en razón a su connotación negativa y de su relevancia, puedan llegar a atentar contra la seguridad jurídica¹⁷¹.

En efecto, si se permitiese que reinase impunemente la sorpresa, los individuos no podrían llegar a tener certeza alguna de que los hechos o circunstancias que razonablemente podían confiar que se llegasen o no a acontecer, efectivamente llegarán a materializarse, ello bajo el entendido que, en este supuesto, se encontrarían siempre a merced de posibles alteraciones subrepticias, inesperadas o, cuanto mejor, sorpresivas, todo lo cual terminaría por desarticular la idea de confianza, que se encuentra tan estrechamente enlazada con aquella de la seguridad jurídica¹⁷².

Ahora bien, a pesar que no es nuestro propósito el de detenernos en realizar un análisis particular de la materia, consideramos conveniente en este punto señalar que, el contraste que se predica de la sorpresa, de un lado, y la protección y conservación de la seguridad jurídica, del otro, adquiere tanto realce y trascendencia que, tal como lo ha puesto de presente la autora francesa, ANNE-LAURE VALEMBOIS, en su obra intitulada '*La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*', del extenso elenco de definiciones de seguridad jurídica que han sido plasmadas en la literatura jurídica, "se puede retener aquella según la cual esta se considera como «la situación en la que se asegura *sin sorpresa* la buena ejecución de las obligaciones y se *excluye la incertidumbre* en la realización del derecho»" (se destaca)¹⁷³.

Por su parte, cabe destacar que la lucha contra la sorpresa adquiere relevancia igualmente a la luz de una de las manifestaciones particulares de este postulado que suele representarse como 'seguridad en el tráfico jurídico', la cual cuenta con contornos y matices propios que le brindan una cierta singularidad, y le permiten proyectarse con una mayor especificidad en el ámbito del Derecho contractual, y especialmente en el campo del Derecho del consumo. Al respecto, en este caso, el concepto de seguridad se entrelaza con la idea de confianza por medio

¹⁷¹ Así lo ha puesto de presente el profesor colombiano GABRIEL HERNÁNDEZ VALBUENA, quien sobre el particular a manifestado que: "la seguridad jurídica supone entonces la aplicación del principio de legalidad y el carácter previsible de las normas jurídicas; la intangibilidad de los derechos adquiridos; la irretroactividad de las leyes y actos administrativos desfavorables o restrictivos; la certeza de la norma aplicable al caso concreto; *la prohibición de introducir cambios sorpresivos*, en las políticas e interpretaciones oficiales; la interdicción de la arbitrariedad, y, obviamente, el respeto a la confianza creada en torno al mantenimiento de una situación particular y concreta" (se destaca). HERNÁNDEZ VALBUENA, Gabriel. *La defraudación de la confianza legítima*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008. p. 201.

¹⁷² Al respecto, cabe recordar que en uno de sus interesantísimos estudios monográficos que habría dedicado al estudio de la seguridad jurídica, el erudito profesor español LUIS DíEZ PICAZO, habría observado que: "seguridad es, ante todo, certeza o certidumbre. Es la posibilidad en que cada individuo se puede encontrar de considerar que serán ciertas en el futuro determinadas circunstancias que debemos considerar como de indubitada producción. De este modo, la idea de certeza o certidumbre enlaza inmediatamente con la idea de confianza: puesto que se tiene certeza, se puede y se debe confiar en que en el futuro determinados hechos respecto de los cuales los individuos pueden tener un especial interés, se producirán o no". DíEZ PICAZO, Luis. *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Civitas, Navarra, 2014. pp. 13 y 14.

¹⁷³ Traducción libre. VALEMBOIS, Anne-Laure. *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, 2005. p. 13. Una misma definición de la seguridad jurídica, en la cual expresamente se hace alusión a la sorpresa, es acogida por CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, Paris, 2005. pp. 157 y 158.

una vinculación inescindible¹⁷⁴, pues lo que se pretende es precisamente brindar una legítima protección de la confianza razonable que se suscita objetivamente a raíz de una particular situación de naturaleza jurídica¹⁷⁵.

Así pues, la seguridad se traduce en este escenario en el respeto la confianza que interiorizan los sujetos que, siendo precedidos por la buena fe, entablan acuerdos negociales, la cual no podrá verse sorprendida injustificadamente, ya que ello conllevaría a imprimir en las relaciones una macula indeleble de incerteza y de desazón, generando como resultado que las partes pudiesen llegar a terminar vinculadas a través de un amargo ligamen de ‘desconfianza’, del que solo puede derivarse sensaciones de ‘desestabilidad’ y de ‘inseguridad’, ambas refractarias al correcto funcionamiento del tráfico jurídico.

1.3. LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE COMO CONCEPTO IDÓNEO PARA ENGLOBALAR LA PROBLEMÁTICA DE LA SORPRESIVIDAD EN EL DERECHO CONTRACTUAL.

Siguiendo la línea previamente prefijada por nosotros, consideramos conveniente en este punto darnos a la tarea de desarrollar un modelo conceptual descriptivo y propositivo de lo que puede ser entendido como la ‘sorpresa jurídicamente relevante’, la que, bien entendida, le otorgará una morfología propia, autónoma, y de carácter general y envolvente a la figura de la sorpresa en el ámbito del Derecho contractual, *in genere*, y especialmente en el del Derecho del consumo, contando así con la flexibilidad suficiente para lograr agrupar las distintas manifestaciones insulares de la sorpresa que se encuentran dispersas en distintos ámbitos, pero, al mismo tiempo, siguiendo unos lineamientos básicos que la delimitan y concretizan, permitiéndole así encajar de mejor manera en la lógica misma de nuestros sistemas jurídicos, sin poner en riesgo en tal propósito la tan aparecida seguridad jurídica que los caracteriza. De este modo se evitarían los saltos conceptuales al infinito¹⁷⁶ que traería consigo la aceptación de un discurso que abogue por realizar un proselitismo al rechazo irrestricto frente a la sorpresividad en sede jurídica, sin que primero se dé cabida a una correcta y necesaria delimitación de la clase o categorías de sorpresas que podrán ser objeto de una conveniente proscripción.

Es por tal virtud que, consideramos conveniente avanzar hacia una concepción más decantada, amén que restringida y razonable, de la sorpresa en materia jurídica, una que logre comulgar de mejor forma con los fundamentos sobre los que suelen estructurarse los ordenamientos jurídicos, cuya intromisión y control sobre la libertad y la autonomía contractual deba ser entendida como excepcional, o, cuanto menos, restringida, por manera que, en clara ofrenda al mantenimiento de una deseada seguridad y estabilidad jurídica, su intervención se reservará, en modo exclusiva, para aquellos casos en los que se verifiquen conductas o

¹⁷⁴ Así lo han señalado los profesores franceses PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AUNÈS, y PHILIPPE STOFFEL-MUNCK, los cuales han manifestado que, “La confiance est inséparable de la sécurité juridique”. MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent, & STOFFEL-MUNCK, PHILIPPE. *Droit des obligations*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2017. p. 250.

¹⁷⁵ Díez PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol I, Civitas, Madrid, 2007. pp. 71 y 72.

¹⁷⁶ Sobre el particular, el profesor ELLINGHAUS, ha sostenido que las circunstancias por las cuales un comprador podría reclamar ‘legítimamente’ una sorpresa, son infinitas. Al respecto, por nuestra parte consideramos que tal afinación puede tener acierto siempre y cuando, y sin perjuicio del empleo de la expresión ‘legítimamente’, se entienda que únicamente hace alusión a la llana sorpresa y no a la sorpresa jurídicamente relevante, o injusta (*unfair surprise*) de suyo más restringidas. ELLINGHAUS, M.P. “In defense of unconscionability”, en *Yale Law Journal*, Vol 78, 1969. p. 764.

circunstancias que cuenten con una potencialidad suficiente para repercutir con intensidad, y de forma injustificada y perjudicial, en la órbita contractual, trayendo consigo, alteración, mutación, o, incluso, frustración.

Así pues, entendemos que el ordenamiento jurídico solo deberá procurar por prevenir o brindar una legítima protección frente a determinadas, y de suyo delimitadas sorpresas, motivo por el cual, a diferencia de lo que solía indicarse por parte de algunos juristas franceses, italianos y españoles a lo largo al siglo XIX -en concretos y específicos escenarios-, este último no deberá propender por evitar *'toute surprise'*¹⁷⁷, o *'qualsiasi sorpresa'*¹⁷⁸, es decir, 'toda sorpresa'¹⁷⁹.

En este sentido, cabe destacar que, ya de antaño se había puesto de presente que para dar lugar a la invalidación de un acto o de un acuerdo no bastaría con la mera verificación de una 'simple sorpresa', sin hacer distingo alguno en razón del potencial pernicioso de la misma, ya que ello abriría la puerta a la incerteza y daría paso a la inestabilidad del sistema jurídico. Como muestra ello, vale la pena memorar aquel vetusto y revelador pronunciamiento inglés, ya mencionado en líneas precedentes, el cual tuvo lugar en el año 1693 con ocasión del juzgamiento al Conde de BATH en la *House of Lords*, en el cual, fruto de un prolongado debate en relación con el papel que podía llegar a atribuírsele, para la época, al término 'sorpresa' en el marco jurídico, el *Lord Keeper* señaló con gran contundencia, y un exacerbado rigor, que "esta palabra [*Sorpresa*] es una palabra con una significación general, tan general y tan incierta, que es imposible repararla: un hombre es sorprendido en cada acción precipitada e indiscreta,

¹⁷⁷ La referencia a 'toda sorpresa' en el ámbito jurídico puede ser hallada en escritos todavía más antiguos, siendo un claro ejemplo de ello la legendaria obra de DOMAT, *'Les loix civiles dans leur ordre naturel'*, en la cual, cuando se define el dolo, se señala que "On appelle dol *toute surprise* (...)". DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, T I, Chez la Veuve de Jean Baptiste Coignard, Paris, 1691. p. 509. No obstante lo anterior, el empleo de esta expresión parece generalizarse de mayor forma en los textos jurídicos franceses a partir del siglo XIX, en los cuales, simplemente con un ánimo ejemplificador, podemos referir a una sentencia de apelación de la Corte Real de Bastia del año 1822, en la cual se señaló que "Considérant que c'est pour éviter *toute surprise*, et ne laisser aucun doute sur la volonté du testateur, que la loi a prescrit des formalités pour la l'emanation des dispositions testamentaires (...)". (se destaca). *Journal du palais recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence*, T XVII, Bureaux de l'Administration, Paris, 1857. p. 187. En un sentido similar, puede aludirse a la obra del jurista belga FRANÇOIS LAURENT, en la cual, al indicarse que el legislador francés, a diferencia de lo que sucede con los daños y perjuicios derivados por la mora, requiere de una demanda judicial para que se dé lugar a los intereses moratorios, lo cual, en opinión del autor, se justifica por el hecho que "le législateur a voulu que le créancier manifestât catégoriquement et énergiquement sa volonté de faire courir les intérêts, afin d'éviter *toute surprise* du débiteur et de ne lui laisser aucune illusion" (se destaca). LAURENT, François. *Principes de Droit civil*, T XVI, Bruylant-Christophe, Bruxelles, 1876. p. 379.

¹⁷⁸ Como un claro ejemplo de ello podemos referir al reconocido profesor italiano, CESARE VIVANTE, quien, en un escrito relativo a las cláusulas de los 'conocimientos de embarque' o *polizza di carico*, y recordando que las partes contratantes únicamente podrán invocar pactos del contrato atípico de *'noleggio'* cuando los mismos se hayan estipulado expresamente en la *polizza di carico*, afirmaba que, "Non si esige che la clausola del contratto vi sia letteralmente ripetuta: basta che il richiamo vi sia espresso in modo da evitare *qualsiasi sorpresa* o qualsiasi frode contro il ricevitore" (se destaca). VIVANTE, Cesare. "Le clausole della polizza di carico. La responsabilità civile degli armatori", en *Archivio Giuridico*, Vol XXIV, Presso la Direzione dell'archivio Giuridico, Pisa, 1880. p. 78.

¹⁷⁹ En este sentido se pronunció el ilustre jurista español Don FLORENCIO DE GARCÍA GOYENA, quien, después exponer los motivos por los cuales las hipotecas de las mujeres, de los menores y de los interdictos se mantienen a falta de inscripción, elocuentemente afirma que "no nos ha sido posible disimularnos por otra parte, que si había sido conveniente proteger la debilidad de las mujeres y de los menores, *era también un deber riguroso del legislador poner a los demás ciudadanos á cubierto de toda sorpresa*". (se destaca) GARCÍA GOYENA, D. Florencio. *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, T III, Imprenta y librería de D. Ignacio Boix, Madrid, 1844. p. 260.

o lo que sea que no se haga con tanto juicio y consideración como debería ser. Pero supongo que los caballeros que usan esa palabra en este Caso, se refieren a la sorpresa que se acompaña de fraude y *Circumvention*: Tal sorpresa puede ser un buen motivo para dejar de lado un acuerdo obtenido en equidad, y así ha sido en todos los tiempos; pero cualquier otra Sorpresa nunca lo ha sido, y espero que nunca lo sea, porque introducirá una incertidumbre tan salvaje en los Decretos y Sentencias de la Corte (...)¹⁸⁰.

Es menester indicar en este punto que, a pesar de la rotundidad y severidad de las afirmaciones que en relación con la sorpresa fueron expuestas en el citado pronunciamiento judicial, lo cierto es que, con posterioridad el sistema anglosajón terminaría por otorgarle un acogimiento a la figura de la sorpresa, tanto en el campo de la *equity* como también en el *common law*, brindándole así una cierta autonomía, llegando incluso a considerarse que la misma podría tener lugar aún sin la necesidad de la concurrencia de conductas engañosas o fraudulentas (*Evans v. Llewellyn*)¹⁸¹. Sin embargo, cabe destacar que, la preocupación que fue exteriorizada por el *Lord Keeper* en pleno siglo XVII, fundada primordialmente en el temor de ingresar al sistema jurídico una gran incertidumbre al permitir que una simple sorpresa *per se* cuente con la capacidad de desestructurar acuerdos o actos que, en principio, resultarían válidos, no habría sido dejada de lado, puesto que, con los años y como resultado de un proceso evolutivo, en el sistema jurídico del *common law* empezó a dejarse de hablar de la ‘sorpresa’ a secas y comenzó a implementarse una conjunción de aquella con el calificativo de injusta, acudiendo así al concepto de ‘sorpresa injusta’ (*unfair surprise*), expresión de suyo reveladora y significativa, pues desde un inicio pone de presente que no cualquier sorpresa dará lugar a una tutela de quien se ve sorprendido, sino que solo dará cabida a una necesaria protección frente a aquella que, en adición a su naturaleza inesperada, revista el desdeñoso carácter de injusta o injustificada, caso en el cual la misma se tornará acreedora de un necesario rechazo¹⁸².

¹⁸⁰ Traducción libre. Una postura aparentemente diversa, aunque algo ambigua, fue la del Lord Chief Justice TREBY, quien manifestaría que “As to the first Point of Surprize, it was a Head much laboured by the Counsel on the Plaintiffs side, and yet I confess I am still at a loss, for the very Notion of Surprize, for I take it to be either Falsehood or Forgery, (that is), though I take it, they would not use the word, in this Case, Fraud; if that be not the Meaning of it, to be something done suddenly and unawares, not with all that Precaution and Deliberation as possibly a Deed may be done”, y posteriormente continuó expresando que “Then here is Matter of a Surprize objected, which must be something that will not avoid this Deed at Law, but will avoid a Deed in Equity, which yet is not direct Fraud or Falsehood in the Party, but is to be gathered out of the particular Circumstances of the Case; but what in certain to make of it, I confess I cannot tell”. Por su parte, siguiendo una misma línea que la que fue sentada por el Lord Keeper se expresó Barón POWEL, cuyas palabras rezaron de la siguiente forma “Now I percive this word *surprize* is of a very large and general Extent. They say, if the Deed be not read to or by the Party, that is a Surprize”, y continúa afirmando que “if these things be sufficient to let in a Court of Equity to set aside Deeds found by Verdict to be good in Law, then no Man’s Property can be safe: I hardly know any Surprize that should be sufficient to set aside a Deed after a Verdict, unless it be mixed with Fraud, and that expressly proved”. *The arguments of the Lord-Keeper, the two Lords chief justices, and Mr. Baron Powell, when they gave judgment for the Earl of Bath*. Días 12 y 22 de diciembre de 1693. Puede consultarse igualmente en *Cases argued and decreed in the High Court of Chancery*, Published by O. Halsted, New York, 1828. pp. 53 y ss.

¹⁸¹ Véase *supra* nota 112.

¹⁸² En relación con el hecho que no debe vedarse cualquier tipo de sorpresa sino solo aquellas que se tornen injustas, particularmente en el ámbito de la contratación estandarizada, se pronuncia el profesor Emérito de la Universidad de *George Washington*, JOHN ANDREW SPANOGLE, indicando que “The principle of preventing, not merely ‘surprise,’ but ‘unfair surprise,’ suggests not only that there must be abuses in forming the contract, but also that such abuses have allowed the drafting party to take unfair advantage of the non-drafting party”. SPANOGLE, John Andrew, “Analyzing unconscionability problems”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol 177, 1969. p. 943. En un sentido similar véase EISENBERG, Melvin Aron.

Siguiendo esta misma línea argumentativa, por nuestra parte consideramos que, para que la sorpresa como figura logre encontrar un recinto en el Derecho, no podrá ser concebida de forma irrestricta o indiscriminada, comprendiendo así el elenco variopinto de sorpresas que puedan llegar a tener lugar en el imaginario social, puesto que no ‘toda sorpresa’ contará con la misma relevancia o trascendencia en el escenario jurídico, y es por tal virtud que, en nuestra opinión, reiteramos que, resulta imperativo que esta sea delimitada, demarcada, y concretada, a punto tal que logre compaginar con los lineamientos de los distintos ordenamientos legal y constitucionalmente vigentes, sin que, en tal virtud, llegue a imprimir en ellos una indeseada marca de inseguridad o de incerteza.

Es precisamente en razón de lo anterior que, en diversos ámbitos del Derecho, algunos renombrados autores han considerado más conveniente acompañar a la sorpresa con algún calificativo que logre expresar o connotar de mejor forma su naturaleza indeseada amén que reprochable en el plano jurídico, así podemos encontrar que se ha hablado de: ‘sorpresas injustas’, ‘malas sorpresas’¹⁸³, ‘sorpresas odiosas’¹⁸⁴, ‘sorpresas vergonzosas’¹⁸⁵, ‘sorpresas no gratas’¹⁸⁶, ‘sorpresas indebidas’¹⁸⁷, ‘sorpresas perniciosas’¹⁸⁸, ‘sorpresas incómodas’¹⁸⁹, ‘sorpresas desagradables’¹⁹⁰, y ‘sorpresas injustificadas’¹⁹¹, entre muchas otras más, siendo todas ellas expresiones que, *ab initio*, denotan un carácter negativo que se le imprime a la figura, y que, por tal vía, de cierta forma la delimitan.

Al respecto, debemos manifestar preliminarmente que, por nuestra parte, y sin perjuicio de reconocer la amplia conveniencia que se puede predicar del empleo de cualquiera de los precedentes epítetos que se han utilizado para cualificar a la figura de la sorpresa, los cuales permiten anticipar que no será ‘cualquier sorpresa’ la que tendrá la potencialidad suficiente para despertar un interés jurídico, en nuestra respetuosa opinión, consideramos que, tal vez resultaría más adecuado, amén que conveniente, acudir para tales efectos al concepto de la ‘sorpresa jurídicamente relevante’¹⁹², de suyo más dicente y rico de contenido. No en balde

“The limits of cognition and the limits of contract”, en *Berkley Law Scholarship Repository*, Vol 47, N° 2, 1995. p. 247; ROTH, Joan L. “To have and have not: the application of U.C.C§ 2-719 to clauses limiting remedy to repair or replacement and excluding liability for consequential damages in commercial contracts”, en *University of Puget Sound Law Review*, Vol 2, Iss. 2, 1997. p. 296.

¹⁸³ SCHLOSSER, Peter. *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1977. p. 134.

¹⁸⁴ *Pandectes françaises*, T IV, Librairie Marescq Ainé, Paris, 1889. pp. 143 y 144.

¹⁸⁵ RAISER, Ludwing. *Das recht der allgemeinen geschäftsbedingungen*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1935. p. 93.

¹⁸⁶ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 2011. p. 141.

¹⁸⁷ RAISER, Ludwing. *Das recht der allgemeinen geschäftsbedingungen, op.cit.* p. 101.

¹⁸⁸ VIVANTE, Cesare. *La clause della polizza di carico. op.cit.* pp. 66 y 67.

¹⁸⁹ GARCÍA GOYENA, D. Florencio. *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, T III, *op.cit.* p. 247.

¹⁹⁰ COLIN, Ambroise & CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*, T II, Librairie Dalloz, Paris, 1921. p. 950.

¹⁹¹ SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté: contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand*, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1929. p. 12.

¹⁹² La expresión de ‘sorpresa jurídicamente relevante’, ha sido empleada igualmente por el doctrinante argentino DAMÍAN BURGO, en un interesante escrito intitulado ‘La sorpresa jurídicamente relevante en el ámbito del derecho privado’, en el cual realizaría un estudio detallado de la sorpresa que se encuentra inscrita en el artículo 775 del anterior Código Civil argentino referente a la imputación del pago. No obstante, la orientación que este autor le da a este concepto dista de la que nosotros pretendemos darle, pues en el referido escrito el concepto de ‘sorpresa jurídicamente relevante’ se encuentra confinado únicamente al campo de la imputación del pago, y parece limitarse simplemente a describir aquellas sorpresas que involucran un perjuicio, pues se

puede verificarse que, en otras áreas igualmente se ha recurrido al criterio de la relevancia jurídica en orden a lograr delimitar el espectro de diferentes figuras, v.gr. en el caso del error como vicio.

A la luz de lo señalado en precedencia podemos indicar que, si bien la clasificación fundamental de los fenómenos jurídicos se enfoca en la interpretación del Derecho como una realidad humana, lo que implica que las situaciones a las que suele asignársele una determinada trascendencia en el plano jurídico son aquellas que giran en torno a los intereses del ser humano¹⁹³, y que, en tal sentido, la sorpresa, la cual guarda una indiscutida relación simbiótica e indisociable con la persona, y que esta cuenta con la virtualidad de dar lugar a la producción de efectos que pueden llegar a impactar o trascender a la órbita negocial, lo cierto es que, a emulación de lo que acontece con los hechos jurídicos, *in genere*, deberá entenderse que así como habrán sorpresas que, en razón de su trascendencia y especial relevancia en el plano contractual, ameritarán de una respuesta por parte del ordenamiento, también existirán otras que -las cuales representaran la regla general-, en razón de la falta de significación que de estas se predica en la esfera jurídica, deberán ser entendidas como nimias, fútiles o, en rigor, irrelevantes, y, por lo tanto, no deberán despertar interés en el plano del Derecho, ya que de las mismas, en rigor, no se derivará efecto jurídico alguno¹⁹⁴.

De igual forma, habrán sorpresas que, a pesar de contar con alguna trascendencia que repercute en la esfera contractual, de las mismas no resultan negativas para el contratante sorprendido, y por lo tanto de aquellas no se deriva perjuicio alguno -o de haberlo, en gracia de discusión, éste no devendría antijurídico-, pues resultan inicuas o, inclusive, positivas (sorpresa como emoción negativa), razón por la cual deberán ser consideradas como fútiles o nimias y no merecerán una de una respuesta por parte del ordenamiento encaminada a conjurarlas¹⁹⁵.

considera que una sorpresa resultará jurídicamente relevante, cuando “el acreedor deja al deudor con perjuicio que no hubiera tenido de haber habido otra imputación”. BURGO, Damían. "La sorpresa jurídicamente relevante en el ámbito del derecho privado", en *E.D.*, 185, Buenos Aires. p. 1187. Por su parte, el autor italiano FAVIO LAPERTOSA, ha llegado a considerar que, para que la sorpresa “giuridicamente rilevante” será la que “postula dunque una induzione o l’approfittamento del soggetto che può giovare di uno squilibrio informativo”. LAPERTOSA, Flavio. *La sorpresa nel rapporto obbligatorio*, *op.cit.* p. 665.

¹⁹³ FALZEA, Angelo. *Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1970. p. 379.

¹⁹⁴ Al respecto, siguiendo la visión más clásica y tradicional que ha solido concebir a los hechos jurídicos como todos aquellos acontecimientos, sucesos, o ausencia de los mismos, a cuya verificación se le asignan efectos jurídicos, el distinguido jurista español, MANUEL ALBALADEJO, ha observado que “En la infinita variedad de los hechos, unos son jurídicamente relevantes y otros no. Aquéllos se denominan hechos jurídicos. Estos se llaman simplemente hechos o bien hechos no jurídicos”. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*, Librería Bosch, Barcelona, 1958. p. 5 y 6. Afirmación esta última que habría sido reseñada igualmente por el reputado profesor de la Universidad de Nápoles, LUIGI CARIOTA FERRARA, el que, además, ha manifestado que cada vez son más numerosos los hechos que dan lugar a la producción de un efecto jurídico, contrario a lo que podría llegar a pensarse, siendo ello producto de un fenómeno que se ha generado como consecuencia del dominio, el cual igualmente resulta cada vez más amplio, de las normas frente a las diversas reglas de conducta. CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano Editore, 1945. p. 7.

¹⁹⁵ En un sentido similar la autora argentina LILIANA NOEMÍ VANNI, después de cuestionarse si “¿Cualquier hipótesis de sorpresa tiene efectos jurídicos y conlleva la posibilidad de anulación del acto o permite su revocación sin consecuencias patrimoniales para el refractante?” respondería indicando que, “No, no es la sorpresa inocua, la que soporta un individuo y luego desaparece restableciéndose su estado de normalidad pleno sin dejar consecuencias o secuelas”, razón por la que sucesivamente explica “Entendemos entonces que la sorpresa que tiene entidad para ser considerada en el ámbito del derecho como vicio de la voluntad, o sea la que se proyecta al ámbito del derecho, es aquella en que el sujeto, bajo ese estado emocional, realiza un acto que lo perjudica o que tiene potencialidad para perjudicarlo a sí mismo o a terceros, en su persona

Lo anterior permite avizorar desde este punto que, podrán existir sorpresas que, aunque lleguen a desempeñarse en sede contractual, por virtud de su falta de trascendencia jurídica deberán toleradas por parte del ordenamiento, el cual reservará el rigor sancionatorio únicamente ante ciertas clases de sorpresa que, en virtud de su relevancia, y de su naturaleza lesiva, perjudican injustamente a uno de los sujetos de la relación contractual¹⁹⁶.

Siguiendo esta línea de ideas, puede concluir que, la sorpresa desde su cosmovisión jurídica, particularmente en atención de su connotación y trascendencia, puede llegar a materializarse en una especie de trinomio, bajo el entendido que, esta última podrá resultar: i) intrascendente por carecer de una relevancia o entidad jurídica; ii) tolerable puesto que, a pesar de contar con una entidad jurídica, resulta razonable, o no deviene antijurídica, o cuenta con una connotación positiva y, por lo tanto, se encuentra desprovista de injusticia y iii) reprochable por configurar una ‘sorpresa jurídicamente relevante’, y por lo tanto antijurídica, cuanto menos en un sentido lato, la cual sobrepasa el umbral de la razonabilidad, y por lo tanto amerita de una respuesta por parte del ordenamiento jurídico.

Por tal virtud, en aras de lograr depurar o apartar aquellas sorpresas que no logren ameritar de una concreta respuesta por parte del ordenamiento jurídico, de aquellas otras, de suyo más reducidas y excepcionales, respecto a las cuales, si será posible asignárseles una trascendente entidad jurídica, creemos que, para tales efectos, será necesario acudir a los parámetros que son trazados por la relevancia jurídica.

En este sentido, puede entenderse que, la relevancia se materializará en una herramienta enderezada hacia la depuración de una multiplicidad de alternativas de una misma categoría (sorpresas), por medio de la cual, sustentándose en la consideración de un conjunto de criterios -heurísticos-, se logra seleccionar aquellas que, en consonancia con tales lineamientos, se singularizan en razón de su mayor trascendencia y significación¹⁹⁷, pues interiorizan una mutación particular respecto al resto de categorías que les permite revestir una cualificación jurídica¹⁹⁸, lo que lleva a concluir que serán estas, y solamente estas, las que podrán contar con la virtualidad suficiente, así como necesaria, para lograr dar lugar a la producción de efectos jurídicos que resultan trascendentes para el ordenamiento, ya que revelan una situación de interés, la cual suele materializarse en un problema que este último deberá proceder a resolver (sorpresas jurídicamente relevantes)¹⁹⁹.

Desde esta perspectiva, y reivindicando nuevamente que nuestra intención no es la de postular una fórmula única o restrictiva, consideramos que, en orden a que una ‘sorpresa con connotación jurídica’, esto es, que pueda tener alguna incidencia en la esfera del Derecho,

o bienes, y en consecuencia, tiene efectos jurídicos”. VANNI, Liliana Noemí. *La sorpresa como vicio de la voluntad*, *op.cit.* p 91.

¹⁹⁶ En este sentido, el autor estadounidense MICHAEL G. WEST, ha sido claro al destacar que no es cualquier sorpresa a la cual deberá atribuírsele importancia (haciendo referencia a la aplicación de la § 2-302 del Uniform Commercial Code), pues para que ello tenga lugar el sujeto debe ser ‘injustamente sorprendido’, lo cual explica con el siguiente ejemplo, “if a party to a contract learns after agreeing to its terms that the fine print contains a provision of which he is unaware, then he is surprised. But, if it is reasonable that he should have known and understood the material terms of the contract then his surprise is not unfair. Unfair surprise is only present when one’s ignorance is reasonable or the other party knew or should have known at the time the contract was made that the other party would be surprised”. WEST, Michael G. “Disclaimer of warranties – its curse and (possible) cure”, en *Clearinghouse Review*, Vol 4, 1971. p. 480.

¹⁹⁷ IRTI, Natalino. *Norme e fatti: saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, 1984. p. 5.

¹⁹⁸ CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, *op.cit.* p. 8.

¹⁹⁹ FALZEA, Angelo. “Rilevanza giuridica”, en *Enciclopedia del diritto*, T XL, Giuffrè Editore, 1989. p. 901.

pueda ser calificada además como una ‘jurídicamente relevante’, lo que significa que su materialización contará con la virtualidad suficiente para justificar la activación de determinados mecanismos remediales y sancionatorios que hacen parte del arsenal reactivo con el que cuenta el ordenamiento jurídico, en línea de principio general, deberá: i) dar lugar a la producción de efectos negativos o perjudiciales a quien a la sufre, ello bajo el entendido que, todas aquellas sorpresas que resulten positivas o, cuanto menos, inocuas, no merecerán de reproche o tacha alguna; ii) contar con una cierta trascendencia, por manera que, una sorpresa que, aunque negativa, carezca de una importancia o trascendencia suficiente, tampoco deberá ser objeto de rechazo; iii) contravenir, como mínimo, las exigencias que se derivan de la buena fe, siendo esta concebida en un sentido amplio y no meramente restringida a idea de ausencia de mala fe; y, iv) ajustarse a estándares objetivos que permitan determinar que una persona razonable, actuando con una normal diligencia, y puesto en las mismas circunstancias en las que se encontraba el sujeto en particular, no habría podido anticipar o prever el hecho o la actuación que habría dado origen a la producción de tal sorpresa.

1.4. DIFERENTES MANIFESTACIONES DE LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL. SUMARIA REFERENCIA.

Habiendo dimensionado el concepto de la ‘sorpresa jurídicamente relevante’ como hicimos en precedencia, creemos que este contará con la aptitud e idoneidad suficiente para desempeñarse como una especie de ‘concepto fuente’ al cual podrán ser reconducidas cada una de las distintas manifestaciones de la sorpresa que se desempeñan en diferentes ámbitos o áreas del Derecho de contratos, las cuales, por lo menos hasta ahora, parecieran encontrarse dispersas, sin una aparente conexión o coligamiento que permita vincularlas, pese a que todas ellas responden a una misma fenomenología, y, por lo tanto, pueden entenderse que descienden de una misma estirpe o abolengo, pero, adicionalmente, fungirá como un ‘concepto delimitador’, ya que por medio del mismo son demarcados los límites y los confines de la sorpresa que puede resultar trascendente para el ordenamiento jurídico.

En este sentido, cabe manifestar que, de las diferentes manifestaciones y proyecciones que pueden predicarse de la sorpresa jurídicamente relevante en el ámbito contractual, podemos corroborar que, en línea de principio general, esta suele desempeñarse concomitantemente a la cuestión relativa a la correcta formación de la voluntad, y, con ella, del consentimiento contractual.

Así, tal y como podremos comprobar con mayor detalle en líneas posteriores, entre algunas de las manifestaciones más elocuentes de esta figura en cuestión, puede mencionarse la proyección de la misma en el ámbito de los vicios del voluntad, así como también su particular desenvolvimiento en el campo de la contratación con métodos no tradicionales (contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y contratos a distancia), al igual que en lo que respecta a la disciplina de las denominadas cláusulas sorpresivas, siendo estos los supuestos de las manifestaciones de la sorpresa jurídicamente relevante respecto a los cuales, en atención de su gran trascendencia actual, y de su particular incidencia en el ámbito del Derecho del consumo -tal y como lo anticipamos en la introducción-, hemos decidido concentrarnos en su tratamiento en la presente investigación (capítulos III, IV, y V). Lo anterior sin desconocer la existencia de otras manifestaciones, de suyo relevantes, de la sorpresa que se desenvuelven igualmente en otros escenarios, los cuales, a su turno, se encuentran estrechamente coligados con la formación del consentimiento negocial, y en los cuales el denominado ‘efecto sorpresa’ llega a incidir en diversos modos.

Es lo que sucede, por vía de ejemplificación, en el caso de la simulación, en el que la ley propende por proteger a los terceros de ser víctimas de indecorosas sorpresas que se generan como consecuencia de los propósitos enmascarados que interiorizan una discordancia entre el propósito real y otro ilusorio que se exterioriza²⁰⁰, o de los denominados vicios ocultos o redhibitorios, los cuales se traducen en defectos que puede tener un objeto los cuales al no ser reconocibles en un inicio pueden generar una desagradable sorpresa para el comprador con posterioridad a la celebración del contrato, o de la disciplina de la reticencia o falsa declaración en el seguro, la cual, cabe destacar que, especialmente en lo que respecta a su tratamiento en el ámbito del Derecho asegurativo, no ha logrado ajustarse de la mejor forma con la visión más clásica o tradicional de los vicios del consentimiento, particularmente con la disciplina del dolo²⁰¹, siendo una figura que, en realidad, y bien miradas las cosas, podría llegar a explicarse de mejor forma al comprender la esencia de la sorpresa jurídicamente relevante²⁰².

Ahora bien, cabe destacar que la problemática en torno a la sorpresa jurídicamente relevante, no se proyecta únicamente desde la perspectiva de la afectación del consentimiento contractual, pues existen supuestos en los cuales el rechazo a lo sorpresivo más que encontrar sustento en la protección de la voluntad negocial *stricto sensu*, se fundamenta en la necesidad de proteger la buena fe y la confianza legítima en la esfera contractual, al prohibir los comportamientos y actuaciones que, en clara contravía de estos postulados, resultan incoherentes, contradictorios, o sorpresivos.

Esto acontece en el caso de la reconocida doctrina de los actos propios, que representa una clara manifestación de la regla del *venire contra factum proprium non valet*, la cual se encuentra encaminada a evitar que una persona, contrariando la buena fe, contradiga sus propios actos, sorprendiendo así al otro sujeto de la relación con comportamientos inesperados, sorpresivos e incoherentes, los cuales pueden llegar a perjudicarlo, y por tanto deben ser sancionados por parte del ordenamiento jurídico²⁰³, el que, tal y como ha sido puesto de

²⁰⁰ En este sentido, los renombrados profesores colombianos GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA, han puesto de presente que, en lo tocante a la simulación, “el régimen de privilegio que la ley y la doctrina otorgan a los terceros obedece al propósito de *proteger su buena fe contra las sorpresas* de que podrían ser víctimas al aplicarse con todo su rigor los principios generales”. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *De los actos o negocios jurídicos*, Temis, Bogotá, 1980. p. 136.

²⁰¹ Entre los autores que han puesto de presente las dificultades de reconducir el concepto de reticencia en el ámbito del Derecho de seguros a la teoría de clásica los vicios de la voluntad, véase: DONATI, Antigono. *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Vol II, Milano, Dott. Antonino Giuffrè, 1954. p. 301; SANCHEZ CALERO, Fernando. “Artículo 10. Deber de declaración del riesgo”, en *Ley de contrato de seguro*, Aranzadi, Navarra, 1998. pp. 198 y 199; y HALPERIN, Isaac. *Seguros*, Vol I, Depalma, Buenos Aires, 1983. p. 270.

²⁰² Al respecto es necesario poner de presente que, incluso con antelación a que la figura de la reticencia fuese tipificada por primera vez por parte del Código de Comercio francés de 1807, el reconocido jurista italiano, ASCANIO BALDASSERONI, llegó a poner de presente en su afamado tratado sobre el seguro marítimo, que aquello que se pretende con la obligación que recae en cabeza del tomador o asegurado consistente en declarar el verdadero estado del riesgo es evitar que el asegurador pueda ser víctima de una sorpresa que lo perjudique, indicando expresamente que, “tutto ciò deve esser dichiarato dall' Assicurato nella Polizza, e la sua dichiarazione dev' esser conforme alla verità, altrimenti la sicurtà è nulla *per ragione della sorpresa fatta all' Assicuratore* nel diminuirgli l'oggetto del risico, come si è altrove concludentemente provato” (se destaca). BALDASSERONI, Ascanio. *Delle assicurazioni marittime trattato*, T I, Bonducciana, Firenze, 1801. p. 301. Por su parte, e incluso con algunos lustros de antelación, en sede del Derecho francés se puso de presente en el año de 1781 que los contratos de seguro son lícitos, solo que en ellos se debe “exclure [l]a surprise & la fraude”. *L'esprit des journaux*, T VII, L'Imprimerie du Journal, 1781. p. 146.

²⁰³ En este sentido, el profesor CARLOS IGNACIO JARAMILLO ha manifestado que, “En el supuesto mencionado, ello es lo toral, la conducta voluble, la actuación sorpresiva, a fuer que contradictoria de cara al

presente por la jurisprudencia, debe propender porque las actuaciones de las partes no sean incongruentes y que se ajusten al principio de la buena fe, “cuya aplicación exige de éstas un comportamiento sincero y, *por sobre todo, exento de actuaciones destinadas a sorprender a la contraparte (...)*” (se destaca)²⁰⁴.

Lo anterior se comprueba igualmente con otras manifestaciones de la regla en cuestión, tal y como puede predicarse del denominado ‘*tu quoque*’, con el cual se busca impedir que se aleguen reglas jurídicas por quien no las ha observado²⁰⁵, en este caso el elevado comportamiento disconforme hace aún más clara la presencia del elemento sorpresa, lo que puede detallarse de mejor manera al tener en consideración al origen semántico e histórico de la expresión, el cual se remonta a la afamada expresión de CAYO JULIO CESAR pronunciada frente a JULIO BRUTO al ver que este lo habría traicionado, al cuestionarle retóricamente “*tu quoque Brute, fili mi*” (tu también Bruto, hijo mío), expresando con ella la fatal sorpresa que le generó la actitud traicionera de quien era tan próximo a sus afectos. De manera que, es ilustrativo dicho relato, por cuanto en éste se confirma la concepción de la sorpresa que pretendemos desarrollar, pues ¿qué puede ser más sorprendente y más amargo que encontrarse a JUDAS hecho acero, viendo materializada la traición en la puntiaguda forma de una daga, empuñada insolentemente por este EFIARTES, quien alguna vez expresó ser digno de toda confianza, pero que ahora, de manera insólita y discordante, arremete inmisericordemente contra quien le tendió la mano, con fiel designio de perjudicarlo, habiéndose aprovechado de su buena fe y de su confianza?

En un sentido similar, puede verificarse que, esta perspectiva del rechazo a lo sorprendente se desempeña en un sentido similar en sede de la responsabilidad precontractual, en donde, en estricto cumplimiento de las exigencias de buena fe, corrección y lealtad, y en aras de tutelar la razonable confianza en la realización de un determinado negocio jurídico que las partes de la relación pudieron haberse forjado durante la etapa de los tratos previos o preliminares del acuerdo contractual²⁰⁶, se sancionan aquellas conductas que, de forma sorprendente, amén que

conjunto de actuaciones previas observadas por el titular del acto *novum*, en este caso en sede judicial, no quedaría incólume y, por contera, ayuna de consecuencias jurídicas, en atención a que el juzgador, como representante del Estado y como garante de un 'orden justo', tiene el deber de evitar que la incoherencia se torne incidente y que, por reflejo, se perjudique el demandante sorprendido, motivo por el cual debe esterilizar-o paralizar-los efectos extintivos ínsitos en la excepción de prescripción formulada, declarándola improcedente, con todo lo que de ello se sigue en el plano sustancial y procesal”. JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La doctrina de los actos propios en el ámbito contractual*, La Ley, Madrid, 2013. p. 342. En un sentido similar, el profesor argentino MARCELO LÓPEZ MESA, ha sido claro al poner de presente que “La doctrina de los actos propios prohíbe así la sorpresa, la volubilidad en el actuar y la emboscada”. LÓPEZ MESA, Marcelo. “La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación”, en *Vniversitas*, N° 199, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2009. p. 193. Cfr. BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina*, en *Venire contra factum proprium*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Santiago de Chile, 2010. p. 39.

²⁰⁴ Así lo determinó la Corte Suprema de Justicia colombiana pronunciándose en relación con las actitudes contradictorias e incongruentes en la esfera procesal, en sentencia del 10 de septiembre de 1998 (Exp. 5023).

²⁰⁵ ASSÚA GONZÁLES, Clara I. “Comentario, art. 7°”, en *Código Civil Comentado*, Vol I, Thomson Reuters, Pamplona, 2011. p. 94.

²⁰⁶ En relación con la temática relativa a la responsabilidad precontractual que puede generarse da la ruptura sorprendente de las tratativas, resulta verdaderamente reveladora una sentencia de la Corte de Casación italiana proferida en el año 2009, en la cual considerado que se ha verificado un supuesto de responsabilidad por parte de uno de los sujetos que se habría enterado de la falta de verificación de una circunstancia particular que se consideraba como indispensable para el éxito de las tratativas, y que se había abstenido de informar al otro de los potenciales contratantes lo acontecido, considerado así que existió una especie de desistimiento

inesperada, dan lugar al rompimiento del proceso de negociación que se había entablado, sin que para ello exista una motivación que lo justifique. En estos eventos, la actuación sorpresiva puede dar lugar a una indemnización, en razón de la afectación del interés negativo del sujeto que es injustamente sorprendido²⁰⁷.

De igual forma puede comprobarse que, excepcionalmente la sorpresa jurídicamente relevante puede manifestarse en la órbita contractual sin que la misma fuese ocasionada por el comportamiento reprochable de una de los sujetos de la relación negocial (por ello, en estos eventos para que la figura tenga cabida no se requiere, en rigor, de una vulneración de principios como el de la buena fe, y por lo tanto su valoración y análisis no puede igual que en la de los otros supuestos), pues se configura como consecuencia del surgimiento de acontecimientos imprevistos, sobrevinientes, y de suyo sorpresivos, que son ajenos a la voluntad de las partes, pero que afectan en un modo trascendente el programa contractual, volviéndolo más gravoso, por manera que, en estos supuestos, el ordenamiento jurídico debe dar lugar a una revisión y adecuación del contrato, ya que este no puede ser indiferente a los cambios sorpresivos que perjudiquen a los contratantes, incluso cuando la causa de tales alteraciones inopinadas no puedan llegar a serle imputable a alguno de estos²⁰⁸.

Desde esta perspectiva la sorpresa se desempeñará de la mano de los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, ambos muy afines a la idea de la materialización de eventos que resultan sorpresivos, entrelazándose así estrechamente en estos escenarios con la imprevisibilidad que se requiere para que puedan tener lugar estos últimos. En este sentido,

sorpresivo ('a sorpresa'), por parte del primero, el cual se habría verificado "*ex abrupto* cuando la controparte continuava a fare ragionevole affidamento sull'utile conclusione delle trattative". Corte de Casación italiana, sentencia del 9 de marzo de 2009, n° 5664, citada por BELLOMIA, Valentina. *Responsabilità precontrattuale*, Giuffrè Editore, 2012. p. 77, nota 88. Para un estudio general sobre la responsabilidad precontractual véase con gran interés el trabajo realizado por el erudito profesor salmantino MARIANO ALONSO PÉREZ "La responsabilidad precontractual", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971. pp. 859 y ss.

²⁰⁷ Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia colombiana, en sentencia del 8 de marzo de 1996, indicó que, "por expreso mandato del legislador se incurre en responsabilidad civil siempre que por un error de conducta de una cualquiera de las partes, se irroga sin justificación perjuicio a la otra parte en la etapa precontractual, pues, el legislador, como se puede observar por el texto mismo de las normas citadas, ha rodeado de protección a quienes participan en ella, *de manera que, si se sorprende a la contraparte con el rompimiento del proceso de negociación sin motivo justificado y con violación del principio de la buena fe*, es apenas natural que, puesto que todavía no ha nacido a la vida jurídica el contrato en vía de formación, no puede exigirse la reparación del daño a la otra parte, pues es evidente que en la etapa precontractual si se incurre en ese tipo de conducta, ha de garantizarse el 'restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría" (se destaca). Corte Suprema de Justicia, sentencia del 8 de marzo de 1996 (G.J. CXCVI, N° 435, 123). En un sentido similar, el profesor colombiano Vladimir Monsalve Caballero, ha manifestado que, "El comportarse deslealmente, rompiendo unas negociaciones sorpresiva y arbitrariamente, constituye un acto de retractación y de frustración de las aspiraciones ajenas", MOSALVE CABALLERO, Vladimir. *Responsabilidad precontractual*, Ibañez, Bogotá, 2014. Así mismo, en lo concerniente a la responsabilidad precontractual que se genera por la afectación del denominado 'interés negativo' en el marco de la jurisprudencia italiana, véase con interés Corte de Casación civil, sentencia n° 2525 del 7 de febrero de 2006, sentencia n° 24625 del 3 de diciembre de 2015 y sentencia n° 4718 del 2016.

²⁰⁸ Al respecto, el profesor colombiano CARLOS IGNACIO JARAMILLO ha indicado que, conforme a los nuevos lineamientos que rigen en el Derecho contractual en la contemporaneidad, debe entenderse que "el legislador no es insensible a los cambios sorpresivos y sobrevinientes que, *in casu*, pueden alterar el 'suelo' o la plataforma negocial primigenia, en especial la del contrato en comentario, por de pronto menos regular que otras, por su propia naturaleza y arquitectura". JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La modificación sobreviniente de las circunstancias y la revisión de los contratos en la posmodernidad*, Ibañez, Bogotá, 2021. p. 300.

cabe manifestar que la H. Corte Suprema de Justicia colombiana, ha sido clara al determinar que, en orden a que un hecho, *in concreto*, pueda concebirse como imprevisible será necesario que se verifique la confluencia de tres requisitos de naturaleza sustantiva, a saber: “1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y *sorpresivo*” (se destaca)²⁰⁹.

Un particular y revelador ejemplo de lo dicho en precedencia lo encontramos en el caso de la que la doctrina y jurisprudencia italiana ha denominado como ‘sorpresa geológica’²¹⁰, la que es regulada por el artículo 1664 del Código Civil italiano, el cual determina que, las partes del contrato de obra podrán requerir una revisión del mismo cuando se lleguen a verificar circunstancias imprevisibles que lleguen a aumentar o disminuir el precio de la mano de obra al punto de generar un incremento de la décima parte del precio total acordado inicialmente²¹¹.

Al respecto, en atención a las delicadas circunstancias sanitarias y sociales por las que estamos cursando, no podemos dejar de manifestar en este punto que, la llegada sorpresiva, y de suyo inesperada, de una pandemia tan ruin, sórdida y prolongada como la que ha afectado al mundo entero en la actualidad, la cual ha impactado y perturbado un inconmensurable número de vínculos contractuales, ha puesto en evidencia el gran potencial perjudicial que se puede predicar del sorpresivo advenimiento de hechos y acontecimientos indeseados, demostrándonos que siempre podemos llegar a encontrarnos a la merced de eventos y riesgos inopinados que pertenecen a un ignoto futuro²¹².

Ahora bien, debemos manifestar en este punto que, a pesar de que la cuestión relativa a sorpresividad en el ámbito contractual podrá materializarse en escenarios y en modos diversos, y reiterando que no es nuestra intención en esta oportunidad la de pasarle revista a estas diversas manifestaciones de la sorpresa jurídicamente relevante, podemos indicar que, bien vistas las cosas, podría llegar a considerarse que, al igual que acontece en muchos otros ámbitos, la misma, en realidad, interiorizará una problemática común que presupone la existencia de un riesgo virtual en la contratación, y cuya configuración, en línea de principio general, dará lugar a una colisión o conflicto de intereses que se encuentran contrapuestos, y cuya posible resolución, en últimas, girará en torno al modo en que se decida realizar la distribución o asignación del riesgo en cuestión (sorpresa)²¹³.

²⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 23 junio de 2000.

²¹⁰ Entre algunos de los pronunciamientos en los que la *Corte Suprema di Cassazione* italiana ha empleado el término en cuestión se pueden enunciar los siguientes: sentencia del 13 de febrero de 2003 n° 2146, sentencia del 13 de enero de 2010 n° 380, y sentencia del 19 de julio de 2012 n° 12552.

²¹¹ IUDICA, Giovanni. “Sopresa geológica e revisione del contratto”, en *La disciplina dell’apporto tra pubblico e privato*, Napoli, 2010. p. 12; MUSOLINO, Giuseppe. “Art. 1664-Onerosità o difficoltà dell’esecuzione”, en *Commentario del codice civile*, UTET, Torino, 2011. pp. 116-118; y DE TILLA, Maurizio. *L’apporto privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2007. pp. 346 y ss.

²¹² Para un estudio en relación con las nuevas exigencias que se han verificado en materia del Derecho contractual, y más particularmente del Derecho del consumo, como consecuencia del período de emergencia que se originó en razón del Covid-19, véase con interés la reciente obra dirigida por los acreditados profesores VITTO RIZZO, LORENZO MEZZSOMA, EUGENIO LLAMAS POMBO Y GIOVANNI BERTI DE MARINIS, *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del Covid-19*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

²¹³ Una interpretación similar ha sido desarrollada en relación con la temática del error por parte del distinguido profesor de la Universidad de Madrid, ANTONIO MANUEL MORALES, quien ha planteado que la problemática que se desprende respecto al error en materia de los contratos puede ser concebida como un problema relativo a la distribución de riesgos que se derivan del contrato, y los cuales se originan, principalmente, de la defectuosa información. MORALES MORENO, Antonio Manuel. *El error en los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 2017. pp. 82 y ss.

En efecto, en línea de principio general, podrá corroborarse que, con el acaecimiento de una sorpresa jurídicamente relevante en el ámbito contractual, se dará lugar a la antagónica contraposición de dos intereses que se encuentran en cabeza de los sujetos de la relación contractual.

Así, podrá considerarse que, de un lado, se encuentra el interés del sujeto cuyas actuaciones o comportamientos resultan sorprendivos para el otro contratante, o del sujeto que, en aquellos eventos en los que la sorpresa no se deriva de su comportamiento, no se ve perjudicado por la misma, el cual consistirá en que dichas actuaciones o comportamientos se mantengan inalterados, en modo tal que puedan seguir produciendo efectos jurídicos y que su eficacia o permanencia no se vea desestimada. Mientras que, del otro lado, y en un sentido contrario, se verificará el interés del sujeto que es sorprendido y, por contera, afectado, el cual a su turno se verá reflejado en el desiderátum de que el ordenamiento jurídico otorgue una efectiva tutela que permita conjurar los efectos perjudiciales que se generan como consecuencia de la verificación de un hecho que este último razonablemente no debió esperar que llegase a acontecer, o, cuanto menos, no en el modo en que efectivamente aconteció.

De este modo, en orden de poder llegar a brindar una solución a la problemática que se deriva de una sorpresa que impacta negativamente en la órbita contractual, el intérprete deberá entrar a determinar a cuál de los sujetos de la relación contractual deberán serle asignadas las consecuencias desfavorables que se generan como consecuencia de la materialización de dicha sorpresa, es decir es, lo que el juzgador tendrá que entrar a resolver será si tales consecuencias perjudiciales deberán gravar al sujeto que se ha visto sorprendido, o si, por el contrario, deberán recaer en cabeza del agente que daría lugar a la sorpresa, o que no se perjudica por la materialización de la misma²¹⁴.

Al respecto, debemos señalar que, si bien es cierto que con relación a la cuestión en particular se verifica una convergencia de argumentos que pueden llegar a incentivar la toma de una decisión en uno u otro sentido, en nuestra opinión, al menos en línea de principio general, puede indicarse que, en aquellos eventos en los que nos encontremos ante una sorpresa que logre configurarse como jurídicamente relevante, con todo lo que ello significa -que no es poco-, la respuesta que consideramos resultará más adecuada y coherente frente a los lineamientos, principios, y postulados que gobiernan en la mayoría de sistemas jurídicos en la actualidad, será aquella que se inclina por otorgar un alivio al sujeto que se ha visto perjudicado injustamente por los efectos desestabilizadores y perturbadores que se derivan de la sorpresa que incide en la esfera contractual.

1.5. LA NECESIDAD DE UNA RESPUESTA TUITIVA POR PARTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE. EL RECHAZO Y LA PREVENCIÓN COMO IDÓNEOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN.

Es precisamente en virtud de la naturaleza lesiva y perjudicial que se logra predicar de los efectos desestabilizadores que porta consigo la sorpresa jurídicamente relevante, los cuales, sin lugar a dudas, cuentan con la potencialidad suficiente para lograr posicionar al sujeto que los padece en una situación desventajosa y de particular vulnerabilidad que no resulta justo ni razonable que este último deba soportar, que resulta justificado realizar un especial reclamo al

²¹⁴ Sobre el papel 'clave' que desempeña la interpretación del reparto de riesgos en el ámbito de la problemática que se deriva en relación con la teoría de la imprevisión, véase SÁNCHEZ HERRERO, Andrés. *La imprevisión contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2019. pp. 68 y ss.

ordenamiento jurídico en orden a que este último llegue a ofrendar mecanismos o instrumentos tuitivos y remediales que permitan conjurar eficazmente los efectos perturbadores que se desprenden de esta anomalía en el terreno contractual. Desde esta perspectiva, es posible considerar que, de la mano del denominado derecho a ‘no ser dañado’, o a ‘no ser víctima’²¹⁵, de gran calado en la actualidad, y de aquel precepto ulpiniano del *alterum non laedere*, creemos que igualmente es posible llegar a postular la existencia de un auténtico ‘derecho a no ser sorprendido’, el que, de llegar a ser agraviado o vulnerado de forma injustificada, deberá legitimar la activación del arsenal reactivo con el que el ordenamiento debe contar para proscribir la conducta sorpresiva o para paliar o amortiguar sus secuelas desestabilizadoras.

Sobre este particular debemos señalar que, pese a lo novedoso o, incluso, ‘quijotesco’ -tal como algunos podrán señalar-, que puede resultar este derecho, cuya naturaleza jurídica aquí proponemos y defendemos, lo cierto es que, ya para finales del siglo XVII, bajo la benévola sombra de la corriente iusnaturalista, la cual se explayaría a lo largo y ancho de los confines jurídicos para aquel entonces, una expresa alusión al ‘derecho a no ser sorprendido’ habría quedado impresa en la traducción a la lengua francesa realizada de la histórica obra ‘*De iure belli ac pacis*’, de autoría del histórico jurista neerlandés, HUGO GROCIIO, en la cual, con una elevada elocuencia y concreción, se expresó que “quien ha dado lugar a un contrato o promesa *por sorpresa*, por fuerza, o por temor injusto, está obligado a restituir integralmente a la persona con la que ha tratado; pues aquella *tenía derecho a no ser sorprendido*, ni forzado; este primer derecho proviene de la naturaleza del contrato, y el otro de la libertad natural” (se destaca)²¹⁶. Siendo estas palabras que no pueden ser soslayadas o desestimadas, pues ellas ponen en evidencia que hace más de tres siglos se habría puesto de manifiesto la idea de un ‘derecho a no ser sorprendido’ como una especie de epifanía que se deriva de la *natura* misma del contrato, hecho de suyo elocuente y revelador.

Por su parte, no sobra mencionar que este derecho al que venimos refiriendo, y el cual creemos que resulta meritorio de un digno reconocimiento en el campo del Derecho contractual, recientemente ha tenido un expreso acogimiento en el ámbito del Derecho penal por parte de la jurisprudencia española, la que, haciendo eco de la idea del rechazo a lo sorpresivo, en un pronunciamiento proferido en el año 2021, a propósito de la evaluación del tipo penal de falsedad, indicó que “La razón de la penalización de este delito se basa, más que en un pretendido derecho a la verdad o a lo verdadero, en el *derecho a no ser sorprendido* por la confusión de lo aparentemente existente como tal, *por la confianza* que los documentos generan en la ciudadanía cuando son suscritos por quien emite una declaración de voluntad o de constancia, de manera que si todo o la mayor parte («en todo o en parte», dice la ley penal) induce a error sobre su autenticidad, estaremos ante el delito de falsedad previsto en el art. 390.1.2ª CP”(se destaca)²¹⁷. En este punto huelga señalar que, a pesar de ser una providencia que se instituye en la disciplina del Derecho penal, el tenor de sus palabras, *mutatis mutandis*, igualmente resulta extensible al campo contractual, pues no puede olvidarse que el rechazo a

²¹⁵ Véase con especial interés JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “El «derecho a no ser víctima», y su incidencia en el «posconflicto» colombiano”, en *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia*, tirant lo Blanch, Valencia, 2018. pp. 87 y ss.

²¹⁶ Traducción libre. GROTIUS, Hugo. *Le droit de la guerre et de la paix*, T I, *op.cit.* p. 440. Cabe destacar, sin embargo, que en la obra en su lengua original GROCIIO, hablaría del dolo y del engaño. GROTII, Hugonis. *De iure belli ac pacis, libri tres*, Guilielmum Blaeuw, Amsterdami, Typis & Sumptibus Wecheliorum, Moeno-Francofurti, 1626. pp. 335 y 336.

²¹⁷ Tribunal Supremo español, sentencia STS 425/2021, del 19 de mayo de 2021. En el mismo sentido puede consultarse la STS del 68/2018, del 7 de febrero del 2018.

lo sorpresivo es una cuestión que le incumbe al Derecho en su integridad, ya que, en últimas, lo que se pretende es proteger a la persona y ello interioriza un postulado primario refractario a los encasillamientos o a las barreras disciplinarias²¹⁸.

Ahora bien, más allá de la proposición del denominado ‘derecho a no ser sorprendido’, o, aún mejor, ‘derecho a no ser injustamente sorprendido’, debemos señalar que la idea del rechazo a lo sorpresivo no ha sido, en lo absoluto, ajena o extraña al Derecho, y que, muy por el contrario, la misma ha sido propugnada a lo largo de los siglos en contextos y escenarios enteramente diferentes. Al respecto, resulta imperativo poner de presente en este punto que, sería precisamente JEAN DOMAT, uno de los más doctos juristas de todos los tiempos, quien, acompañado de su impoluta brillantez, y con ocasión de sus estudios relativos al ‘espíritu de las leyes’, particularmente en relación de las que él denominaría como ‘leyes inmutables’, quien sentenció que “las leyes que ordenan la buena fe, la fidelidad, la sinceridad, y que *prohiben* el engaño, el fraude, y *cualquier sorpresa, son leyes de las que no puede haber dispensa ni excepción*” (se destaca)²¹⁹.

Las palabras de este histórico jurista resultan ciertamente reveladoras para el propósito que aquí nos convoca, pues no solo sobresalen por la limpidez y concreción que se desprende de las mismas, sino también, y más particularmente, por la brillantez que ha quedado impresa en su contenido, puesto que, tal como puede evidenciarse de su lectura, DOMAT se habría anticipado, con más de tres centurias y un decalustro, a la conclusión a la cual pretendemos arribar con este escrito, esto es, que el Derecho no deberá tolerar aquellas sorpresas que se tornen jurídicamente relevantes, ya que de ellas se desprenden efectos lesivos que van en franca contravía de los postulados axiomáticos que iluminan nuestros sistemas jurídicos y por lo tanto deben ser objeto de un categórico rechazo.

Así mismo, cabe destacar que, la idea de la proscripción de la sorpresa no habría sido patrimonio exclusivo de la aguda mente del precitado jurista francés, puesto que -tal y como hemos podido anticipar-, algunos otros exponentes pertenecientes a sistemas jurídicos de tradición romano germánica, otrora, habría concebido que al ser la justicia refractaria a la deslealtad y a los desvíos, esta debía evitar que la sorpresa, impunemente, encontrase asilo en las relaciones jurídicas entabladas entre los particulares²²⁰, llegándose así a sostener que

²¹⁸ En relación de la relativa convergencia que se verifica entre la disciplina del Derecho penal y el Derecho civil en cuanto a la protección de la persona, el egregio jurista italiano PIETRO PERLINGERI, ha expresado que “El sistema penal se ha mostrado siempre sensible a la consideración del agente en términos de persona, por juzgar teniendo presentes la formación cultural, las condiciones particulares que caracterizan al acto, las condiciones de salud o las mentales. También es sede civilística pueden considerarse relevantes las mismas causas de justificación putativa, siempre que el sujeto agente sea de buena fe y sea inducido al error por un comportamiento doloso o culposo de un tercero”. PERLINGIERI, Pietro. *El derecho civil en la legalidad constitucional*, Vol 1, Ibañez, Bogotá, 2015. p. 164.

²¹⁹ Traducción libre. DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, T I, Chez André Chevalier, Luxembourg, 1702. p. XIX.

²²⁰ En lo que respecta al escenario relativo al Derecho procesal, la Corte de Bruselas, en un llamativo pronunciamiento proferida el 3 de junio de 1807, habría manifestado que la justicia deberá desterrar cualquier especie de sorpresa que pueda llegar a afectar la ‘lucha judicial’ entre las partes que buscan dirimir sus intereses en un proceso. Al respecto, siguiendo las precisas palabras de la Corte: “La justice est ennemie des détours; *et c’est pour écarter toute espèce de surprise* dans la lutte judiciaire, que le législateur n’amène les parties à l’audience que lorsqu’elles connaissent les moyens de l’attaque et ceux de la défense. Tel est notamment le sens et l’objet de l’article 173 du Code de procédure civile, à l’égard des nullités d’exploits, qui se couvrent d’autant plus facilement que déjà c’est une sorte de contradiction de les proposer et de comparaître” (se destaca). *Jurisprudence des cours de cassation et d’appel, sur la procédure civile et commerciale*, T I, Au Bureau de la Jurisprudence, Paris, 1808. pp. 68 y 69.

‘ninguna ley del mundo’ podría optar por favorecerla²²¹, sino que, muy por el contrario, los ordenamientos jurídicos tendrían que tender por procurar que la sorpresa fuese ‘desterrada’ de las relaciones contractuales²²², imponiendo con ello el respeto por principios axiomáticos que incorporan en estas últimas mandamientos de justicia y equidad.

Fiel testimonio de ello lo podemos encontrar en los albores de la codificación decimonónica, pues fue en la misma exposición de motivos del Código napoleónico que el egregio jurista francés, -y uno de los redactores de este cuerpo legislativo- JEAN-ÉTIENNE PORTALIS, al dar tratamiento al artículo 1684 relativo a la acción de rescisión, manifestó con adamantina claridad que “Cuando la justicia interviene entre los hombres, descarta toda sospecha de sorpresa y de fraude. Ella garantiza la mayor seguridad”²²³. Por su parte, en sentido similar, en el mismo escenario en el cual fueron expuestas las disertaciones y discursos que fungieron como antesala a la promulgación del Código francés de 1804, se aseveró que la ‘ley deberá garantizar frente a toda sorpresa a quien se obliga’²²⁴.

Por su parte, cabe destacar que la consciencia respecto a la necesidad de adoptar mecanismos reactivos y remediales por parte del ordenamiento en orden de lograr contrastar los efectos negativos de la sorpresa, también se verificaría en el caso del sistema jurídico del *common law*, lo que se corroboraría particularmente en el ámbito de una línea jurisprudencial, la cual hunde sus raíces en vetustos pronunciamientos en materia del incumplimiento contractual proferidos por los tribunales de equidad, los cuales se han inclinado por considerar que, aun cuando una de las partes de la relación contractual haya apelado al mecanismo remedial de la ‘*specific performance*’ -por medio del cual se requiere al juez que impela al otro

²²¹ En los comentarios que realizados a la ‘Ley de enjuiciamiento civil’ de mediados del siglo XIX por parte del reconocido jurista JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, en compañía de los, también renombrados, juristas IGNACIO MIQUEL Y JOSÉ REUS, se determinó que, cuando las partes “omiten la presentacion del escrito, y tratan sin embargo de hacer prueba sobre un hecho no alegado, fuerza será convenir en que se quiere sorprender a la parte contraria”, para lo cual se recuerda que “la nueva Ley, lo mismo que todas las leyes del mundo, *no puede favorecer la mala fé y la sorpresa*” (se destaca). MANRESA Y NAVARRO, José María, MIQUEL, Ignacio, & REUS, José. *Ley de enjuiciamiento civil, comentada y esplicada*, T II, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1858. pp. 214 y 215.

²²² Ya para los finales del siglo XVIII, bajo la sombra de los lineamientos del *iusnaturalismo*, se llegó a la conclusión que la sorpresa debe ser desterrada de las convenciones contractuales, tal como se logra desprender de la obra intitulada ‘*Théorie de l'intérêt*’, cuya autoría suele atribuírsele al francés PIERRE RULIÉ, en la cual se expone que, si bien el Derecho Natural no se encuentra contrapuesto a los contratos de naturaleza lucrativa que interiorizan un mayor beneficio para una de las partes, si interioriza una clara limitación a la celebración de este tipo de acuerdos, la cual consistente en que en ellos se respeten las reglas de equidad, y que de los mismos destierre la sorpresa y el fraude. En efecto, según el tenor literal de las palabras que serían plasmadas en la obra en cuestión, se indicaría que: “*La seule réserve que se fait le Droit Naturel, est que la pratique des contrats lucratifs ne préjudicie point aux droits de la charité & de la justice; que la surprise & la fraude en soient bannies, qu'enfin les règles de l'équité soient respectées dans tous les contrats*” (se destaca). RULIÉ, Pierre. *Théorie de l'intérêt de l'argent, tirée des principes du droit naturel de la théologie & de la politique, contre l'abus de l'imputation d'usure*, Chez Barrois l'aîné, Paris, 1780. pp. 255-257.

²²³ Traducción libre. *Code civil des français, duivi de l'exposé des motifs*, T VI, Chez Firmin Didot, Paris, 1804. p. 41.

²²⁴ Así lo expresó el Tribuno GUILLAUME FRANÇOIS CHARLES GOUPIL DE PRÉFELNE, quien, con ocasión de su intervención en contra de la ley relativa a las fianzas, afirmaría que “Un notaire instruit, attentif et prudent, avertira sans doute de l'étendue de ses engagements celui qui cautionne sans solidarité, mais tous les cautionnements ne sont pas consentis par des actes publics; ils peuvent résulter d'actes sous seing-privé : et quoique personne ne puisse se soustraire à ses engagements, sous prétexte de son ignorance de la disposition de la loi, cependant *la loi doit garantir de toute surprise, et même de toute erreur, celui qui s'engage*” (se destaca). *Code Napoléon, suivi de l'exposé de motifs*, T VI, Chez Firmin Didot, Paris, 1808. p. 346.

contratante a dar cumplimiento al acuerdo específico-, la Corte no estará obligada a imponer la ejecución del contrato²²⁵ cuando “hubiese algún tipo de sorpresa que hiciese que no fuese justo ni honesto pedir una ejecución”²²⁶, pues se ha concebido que la materialización de la sorpresa en marco de la relación contractual, destierra la honestidad y la justicia que debe reinar en ella²²⁷, y que, por tal virtud, un tribunal no podría llegar a exigir el respectivo cumplimiento a la parte que ha sido víctima de dicha sorpresa.

Sobre este particular, el autor estadounidense THOMAS WHITNEY WATERMAN, observa que “Cuando hayan pruebas que demuestren que no hubo un consentimiento pleno, completo e inteligente del contrato por parte del contratante al cual se le pide el cumplimiento, o que se celebró en *circunstancias de sorpresa* o falta de asesoramiento, o que una de las partes era analfabeta o estaba en apuros, *el tribunal será reacio a obligarle a cumplir*”, explicando para ello que, por ‘sorpresa’ puede entenderse “la confusión o perplejidad repentina”, y adicionando que “Cuando un tribunal de equidad libera por causa de sorpresa, lo hace sobre la base de que la parte ha sido tomada por sorpresa, que ha actuado sin la debida deliberación y bajo impresiones confusas y repentinas” (se destaca)²²⁸.

Al respecto, no debe olvidarse que, en lo que respecta al sistema jurídico del *common law*, en el año de 1832 la antigua ‘*Court of Exchequer*’ inglesa, al abordar la materia concerniente a la rescisión de los contratos, afirmó que “no existe ninguna regla del Derecho más imperativa o mejor resuelta, que aquella que permite al defendido utilizar el fraude, el error, o la sorpresa, como campo de defensa (...)”²²⁹.

²²⁵ Para un estudio más profundo sobre el desarrollo de la jurisprudencia anglosajona en relación con la sorpresa como argumento para rechazar la ‘*specific performance*’, véase con interés la reconocida obra inglesa *Chitty on contracts*, Vol 1, Sweet & Maxwell, 2012. p. 1927-1929.

²²⁶ High Court of Chancery, *Mortlock v. Buller*, 1804, y Court for the Trial of Impeachments and the Correction of errors of New York, *Seymour v. Delancy*, 1824 (3 Cowen, 445), *Reports of cases argued and determined in the High Court of Chancery during the time of Lord Chancellor Eldon*, V X, M. Carey and Sons, Philadelphia, 1821. pp. 303-305, y *Reports of cases argued and determined in the Supreme Court and in the Court of the trial of impeachments and the correction of errors of the State of New York*, Voll III, William, Gould & Co, New York, 1825. p. 310. En un sentido similar, en el caso conocido como *Colwes v. Higginson* igualmente proferido en la High Court of Chancery para el año 1813, se indicaría que la existencia de un fraude no representa el único argumento que puede ser esgrimido para rechazar la ‘*specific performance*’, pues de existir evidencia clara de la verificación de un error o de una sorpresa la ‘*specific performance*’ igualmente se considerará injusta. Así, en tal oportunidad la Corte expresaría que: “Fraud is not the only head, upon which parol evidence may be received, and, if made out satisfactorily, a specific performance may be refused. Upon clear evidence of mistake or surprise, that the parties did not understand each other, it is introduced, not to explain or alter the agreement, but consistently with its terms to shew circumstances of mistake or surprise, making a specific performance, as in the case of fraud, unjust, and therefore not conformable to the principles upon which a Court of Equity exercises this jurisdiction”. *Reports of cases argued and determined in the High Court of Chancery in the time of Lord Chancellor Eldon*, Vol I, H.C. Carey and I. Lea, Philadelphia, 1822. p. 527.

²²⁷ Véase en este sentido la nota adicionada por el Canciller DESSAUSURE al reporte del caso *Clitherall v. Orilvie*, en la cual expone que “It is agreed, on all hands, that the Court is not bound to decree a specific performance in every case (...) The Court will not decree specific performance, *where there is any surprise, making it not fair and honest* to precede and call for specific performance” (se destaca). *Reports of cases argued and determined in the Court of Chancery on the State of South-Carolina*, Vol I, Cline & Hines, Columbia, 1817. p. 260.

²²⁸ Traducción libre. WATERMAN, Thomas Whitney. *A practical treatise on the law relating to the specific performance of contracts*, Baker, Voorhis & Co., New York, 1881. pp. 209 y 210. Para un estudio más reciente sobre el particular véase LUTHER CLARK, George. *Equity*, The Bobbs-Merril Company, Indianapolis, 1954. p. 246.

²²⁹ Véase *supra* nota 119.

Ahora bien, pareciera legítimo considerar que, si ya otrora existió una auténtica consciencia de que los efectos negativos que acarrea consigo la sorpresas tienen la virtualidad de menoscabar los acuerdos negociales, y que, por tal virtud, conforme al imperativo que se desprende de la justicia contractual, resulta necesario que se suministre una clara, precisa, real y efectiva respuesta a la presencia de esta última, con más veras, en un sistema contractual como el que rige en la contemporaneidad, en el que la asimetría de las partes se ha convertido en el presupuesto dogmático, y en el que la idea de una libre negociación se ha visto socavada por el predominio de la predisposición contractual y por la presencia habitual de incisivas técnicas de presión, y que, en suma, se estructura sobre un escenario en el cual la sorpresa se convierte en una amenaza permanente, necesariamente debe llegarse a la conclusión que, en el marco del denominado ‘nuevo orden contractual’, y específicamente en el ámbito del Derecho del consumo, los ordenamientos jurídicos deberán ser más incisivos y estrictos en relación con la proscripción de desdeñosas y lesivas sorpresas que se filtran a las relaciones contractuales, portando consigo frustración y desazón.

En efecto, creemos que a la luz de un nuevo orden contractual el cual, dejando a un lado un frígido pasado que predominaba el gélido individualismo, ha dado paso a que principios axiomáticos como el de la buena fe, la confianza legítima, y la seguridad jurídica -entre otros más-, se entronicen bajo el confalón de una lectura más social y solidarista, y en el que se ha posicionado la persona humana como el punto céntrico sobre el que gravita su interés²³⁰, permitiendo así que lineamientos tendenciales de naturaleza más tuitiva impregnen todas sus instituciones, se torna imperativa la adopción de una política enderezada a rechazar, o, cuanto menos a atemperar, los efectos negativos, amén que perjudiciales, que se producen como consecuencia de la materialización de una sorpresa jurídicamente relevante que, a todas luces, se resulta lesiva para el contratante que la ha padecido.

No en balde, cabe destacar que, en un reciente estudio en el cual se delinean algunos de los nuevos derroteros del Derecho contractual, se describió a la sorpresa, más particularmente la que se denomina como ‘sorpresa conductual’ como “*una de las fenomenologías más despreciables e incidentes en la contratación*, justamente por la forma en que ella se incuba y luego se materializa (emboscada), generando desconcierto, perplejidad, desazón, desconfianza, malestar, desesperanza, en fin un sentimiento de profunda frustración y abatimiento; en cuatro palabras de ‘dolor personal’, y de ‘dolor contractual’ ” (se destaca)²³¹, dando cuenta con ello de la indecorosa y repudiable connotación que puede asignársele a la sorpresa, al menos a aquella jurídicamente relevante, lo cual pone en evidencia la apremiante necesidad de que en la actualidad se integren mecanismos idóneos que puedan llegar a conjurar su virtual potencial lesivo y perjudicial.

Siguiendo esta línea de cosas, conviene manifestar en este punto que, tal como hemos podido aludir en precedencia, a partir de una lectura comparativa del Derecho contractual contemporáneo, puede afirmarse que, en la hora de ahora, se corrobora la existencia de un amplio abanico de instrumentos normativos que se han venido a perfilar, principalmente en la disciplina del consumo, con el propósito -principal o suplementario- de hacerle frente a la sorpresividad en concretos y delimitados escenarios, siendo muestras paradigmáticas de ello la

²³⁰ LLAMAS POMBO, Eugenio. “Una mirada al viejo Código Civil desde el posthumanismo y la globalización”, en *Dario La Ley*, N° 9488, 2019. *s/p*.

²³¹ Así lo indicaría el profesor CARLOS IGNACIO JARAMILLO recientemente en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida & JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *El criterio de la razonabilidad en el derecho privado*, Ibañez, Bogotá, 2020. p. 287.

incorporación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas, el acogimiento de normas que han dado lugar a un neo-formalismo por medio de las cuales se busca expurgar de los documentos contractuales la presencia de estipulaciones ilegibles o indescifrables que pueden hacer que un contratante se vea sorprendido por las mismas, el establecimiento del derecho de desistimiento como instrumento para combatir las sorpresas que con tanta facilidad proliferan en el marco de la contratación no tradicional, la proscripción de conductas que por su naturaleza sorpresiva pueden concebirse como incoherentes o desleales, tal como acontece con la ruptura inesperada e injustificada de las tratativas negociales, entre otros más.

De lo anterior se logra corroborar que, en la actualidad existe, así no se tenga una plena consciencia de ello, una plausible corriente tendencial a nivel internacional la cual se ha ido abriendo camino, de la mano de los derroteros que caracterizan el ‘nuevo orden contractual’, con miras a brindar una legítima protección a los sujetos de la relación negocial, ante las desfavorables, y en ocasiones desoladoras, secuelas que se derivan de la sorpresa en el ámbito de la contratación, corriente que, sin embargo, hasta el momento únicamente se ha limitado por identificar y combatir manifestaciones particulares de esta anomalía contractual.

Todo lo expresado hasta el momento no debe llegar a ser objeto de soslayo, puesto que, en realidad, nos muestra que el Derecho contractual se esta inclinando cada vez más por un nuevo propósito u objetivo en pro de garantizar una mayor justicia en el campo negocial, sin perjuicio de ello, creemos sinceramente que se debe ir aún más allá (*plus ultra*) es hora de que el Derecho contractual, en general, y, más particularmente el Derecho del consumo, se adscriba abiertamente a un ideal enderezado por erradicar el infame ‘reinado de la sorpresa’²³² -sujeto, claro está, a determinadas limitaciones-, lo que implica reconocer la genérica y autónoma entidad conceptual de la figura de la sorpresa, para así lograr combatirla en su entereza y no únicamente en determinados y delimitados escenarios que, al ser concebidos de forma aislada e independiente, impiden visualizar el cuadro general que se predica de la sorpresa como anomalía contractual merecedora de una respuesta por parte del ordenamiento.

En tal virtud, si en realidad la brújula que guía los nuevos lineamientos que sigue el Derecho, *in genere*, así como acontece especialmente con el contractual, es la persona y, en particular, su dignidad como valor supremo o superior²³³, se torna inexcusable que no se busque brindar un alivio para aquellos sujetos que injustamente se hayan visto perjudicados por una sorpresa jurídicamente relevante, global e integralmente concebida.

A la luz de lo anteriormente expuesto, puede corroborarse que, en el ámbito del moderno Derecho de contratos, la figura de la sorpresa, o mejor aún, la doctrina encaminada a su rechazo, se perfila como uno de los más innovadores paradigmas de protección, el cual, por lo demás,

²³² Esta llamativa expresión es utilizada en un pronunciamiento judicial en Argentina, que es relatado por GHERSI. Carlos Alberto. *Contratos: problemática moderna*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1996. p. 60, quien lo cita de la siguiente forma “los contratos constituyen un medio de previsión y no pueden invocarse para instaurar el reinado de la sorpresa, o de actitudes repentinas (...)”, referenciándolo del siguiente modo “CNCom. Sala C, 22-11-93 ‘Servicios Especiales Petróleos SRL. c/ Percimeca SA.’ LL. 17-11-94”.

²³³ En relación con la supremacía de la dignidad humana en los ordenamientos constitucionalmente vigentes, la Corte Constitucional colombiana ha sido enfática en señalar que “cuando el Estado, independientemente de cualquier consideración histórica, cultural, política o social, establece normas sustanciales o procedimentales dirigidas a regular las libertades, derechos o deberes del individuo, sin tener presente el valor superior de la dignidad humana, serán regulaciones lógicas y sociológicamente inadecuadas a la índole de la condición personal del ser humano y, por contera, contrarias a la Constitución, en la medida en que se afectarían igualmente los derechos fundamentales, dado que éstos constituyen condiciones mínimas para la ‘vida digna’ del ser humano; en efecto, cuando se alude a los derechos fundamentales se hace referencia a aquéllos valores que son anejos a la dignidad humana”. Corte Constitucional, sentencia C-521/98.

constituye uno de los mecanismos tuitivos más poderosos al que puede apelarse en sede contractual, puesto que, tal y como podremos corroborar, para que este pueda llegar a tener aplicación no será necesario que se compruebe la existencia de un abuso, de una desproporción excesiva, de mala fe, o de una conducta insidiosa, contradictoria o incoherente así como tampoco se requerirá que se verifiquen los requisitos y exigencias necesarios para la configuración de un error vicio, sino que, bastará con que el elemento sorpresivo efectivamente haya tenido lugar y que el mismo logre armonizarse con los estándares o presupuestos que hemos delineado previamente que permiten que el mismo sea considerado como jurídicamente relevante, y, en tal sentido, merecedor de una recta proscripción.

Ahora bien, huelga señalar en este punto que, la respuesta que pueden ofrendar los ordenamientos jurídicos para restringir el impío dominio de la sorpresividad no podrá consistir únicamente en la incorporación de normas que tiendan exclusivamente a remediar o reparar las negativas secuelas que la sorpresa pudo ocasionar, sino que también deberá contar, dentro del haz de instrumentos tuitivos de los cuales posee, con mecanismos de naturaleza preventiva que permitan brindar una respuesta a el riesgo que interioriza esta anomalía a partir de una perspectiva diversa, adscribiéndose así a la que ha llegado a denominarse como ‘cultura preventiva’, la cual se ha instaurado progresivamente en el Derecho en los últimos años, particularmente en sede del denominado ‘Derecho de daños’, en el cual se ha verificado un proceso metamorfósico que ha dado lugar al redimensionamiento de su visión más clásica o tradicional en la que instauraba la reparación como base única del sistema²³⁴, permitiendo así en la que en la actualidad articulen en él una pluralidad de funciones -dentro de las cuales se encuentra, naturalmente, la preventiva- que coexisten de forma armónica²³⁵.

De esta forma, a la luz de esta novedosa línea tendencial, la problemática de la sorpresa puede afrontarse sin tener que encasillarse en la activación exclusiva de mecanismos de respuesta de naturaleza reparadora que se articulan *ex post*, sino que, igualmente puede hacerlo por intermedio de instrumentos de carácter preventivo, los cuales, *ex ante* se anticipan a su configuración²³⁶, pudiendo representar vías que, en ocasiones, se resultarán más aconsejables, bajo el entendido que, de lograr prever y evitar que la sorpresa siquiera llegue a aflorar será más beneficioso para el contratante que pudo haber sido sorprendido pero que al final no lo fue, que buscar reparar o amortizar las secuelas que se generaron como consecuencia de su materialización²³⁷.

²³⁴ Para un estudio sobre este proceso evolutivo que se ha evidenciado en el ámbito de la responsabilidad civil, el cual ha permitido que la prevención tienda a adquirir una auténtica carta de ciudadanía en el mismo, véase con interés JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Los deberes de evitar y mitigar el daño*, Temis, Bogotá, 2013. p.

²³⁵ En este sentido, véase con particular interés el magistral escrito de, PERLINGIERI, Pietro. “Le funzioni della responsabilità civile”, en *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Università degli Studi di Siena, 2007. p. 119.

²³⁶ En relación con la importancia que representa el acogimiento de la prevención como instrumento de respuesta por parte de los ordenamientos en la contemporaneidad, el renombrado profesor español, EUGENIO LLAMAS POMBO, acompañado de su acostumbrado acierto, ha manifestado que “El derecho civil no puede conformarse con la mera respuesta reparadora frente al daño y renunciar a la prevención del mismo. Pretender que permanezca impasible ante la inminencia de un daño, de su agravación o de su repetición, es tanto como crear y justificar un «derecho a perjudicar»”. LLAMAS POMBO, Eugenio. “La tutela inhibitoria del daño”, en *La responsabilidad profesional y patrimonial y el seguro de la responsabilidad civil*, ACOLDESE, Bogotá, 2005. pp. 430 y ss. Para un estudio más reciente en relación con el particular, véase con especial interés LLAMAS POMBO, Eugenio. *Las formas de prevenir y reparar el daño*, La Ley, Madrid, 2020. pp. 81 y ss.

²³⁷ En relación con la conveniencia de la prevención, no se equivoca la profesora argentina MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, al afirmar que “el Derecho de daños no versa únicamente sobre los perjuicios y sus

Así pues, en la actualidad cumplen con este propósito de prevención de la sorpresividad, las disposiciones que tienden por la satisfacción de deberes, o, incluso, obligaciones informativas, al igual que aquellas que incorporan un imperativo de claridad, limpidez y sinceridad (*clari loqui*), el cual hoy se erige con bajo el ropaje de un auténtico mandato de ‘transparencia’ en las relaciones contractuales, de suyo más genérico y comprensivo, todo ello de la mano del benemérito deber de cooperación que hoy milita abiertamente en nuestros sistemas jurídicos, pues la finalidad que persiguen es la de garantizar un conocimiento real, y efectivo, en cabeza de los contratantes, de los elementos de la relación contractual, el cual impide, o, cuanto menos dificulta, que una sorpresa pueda llegar a interiorizarse, bajo el entendido que, quien realmente conoce y comprende determinados elementos o aspectos atinentes al contrato que le permiten formarse una idea global e integral del mismo no podrá después legítimamente alegar haberse visto sorprendido por ellos, a pesar de que puedan resultarle perjudiciales, ya que en estos casos la sorpresa será artificial, e ilusoria.

Por virtud de lo anteriormente expuesto, se corrobora que, el Derecho contará principalmente con dos vías, de suyo complementarias y no excluyentes o incompatibles, a través de las cuales podrá verter una política encaminada hacia la lucha contra la sorpresa, ora por medio de la incorporación de normativas que se perfilen con el propósito de prevenir la configuración de la sorpresa (*prius*), u ora implementando disposiciones cuya activación se articula con posterioridad a la materialización de la sorpresa, buscando rechazar o paliar sus nefastas consecuencias (*posterius*). Sin embargo, con total independencia que nos encontremos ante uno u otro supuesto, debe interiorizarse que en cualquiera de ellos se englobará la misma idea que consiste en que deberá existir una respuesta o intervención por parte del ordenamiento la cual se encuentre encaminada a erradicar la sorpresa jurídicamente relevante de las relaciones contractuales.

Con fundamento de lo anteriormente expuesto, y a modo de apretada síntesis, podemos concluir afirmando que la sorpresa, correctamente entendida, esto es, cuando resulta ‘jurídicamente relevante’, deberá ser objeto de un necesario juicio de reproche que dé lugar a su posterior rechazo por parte del ordenamiento jurídico, así como por los jueces, en particular, auténticos veedores de la justicia y equidad a nivel contractual, pues serán estos últimos quienes deberán garantizar que las convenciones que puedan predicarse como libres, transparentes, equilibradas, y que hayan sido precedidas por la buena fe, sean auspiciadas y les sea concedidos los más dignos de los reconocimientos, pero al mismo tiempo deberán asegurar que, cuando la justicia que se predica de tales relaciones se vea eclipsada por indecorosos comportamientos sorpresivos que, en franco quebranto de la buena fe y la lealtad, ingresan subrepticamente a las mismas, estos últimos serán objeto de un exilio irreprochable, ello en estricto cumplimiento precisamente de la misma justicia contractual, en estrecha consonancia con la dignidad humana, y con el paradigma de la protección de la persona.

De este modo, creemos que resulta imperativo acatar la elocuente reflexión que con tanta claridad y precisión fue puesta de presente en los debates de la Asamblea Nacional Francesa en el año de 1794, a cuyo tenor: “Los representantes del pueblo deben enseñar a los ciudadanos que el orden social, la probidad y la justicia exigen imperiosamente que los pactos hechos libremente y de buena fe sean religiosamente observados, así como también que los actos

consecuencias jurídicas, sino que se ha expandido como un Derecho sobre los derechos que no deben ser dañados (...) es un derecho a la preservación y no únicamente un Derecho de la reparación”. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004. p. 25.

consentidos por los *odiosos medios de la sorpresa*, del dolo, de la violencia y de la intriga, *deben ser aniquilados*” (se destaca)²³⁸.

2. LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE Y LOS PARÁMETROS PARA SU VALORACIÓN

2.1. LA DILIGENCIA COMO PARÁMETRO DE VALORACIÓN EN RELACIÓN CON LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE.

Cada sujeto que tenga interés en formar parte de un vínculo contractual, en aras de propugnar su propia seguridad y de favorecer sus íntimos intereses, deberá comportarse diligentemente²³⁹, lo que implica que deberá emplear todo el esfuerzo adecuado, siguiendo un comportamiento precavido, prudencial, sagaz y cauteloso, a la luz de criterios que se desprenden de la normalidad y de la razonabilidad, en procura de garantizar del mejor modo sus intereses²⁴⁰, lo cual, naturalmente, presupone que el sujeto, en la medida de lo posible, procure evitar ser víctima de indeseadas sorpresas, ya que, el ordenamiento jurídico no puede, ni debe, proteger a quien ha sido víctima de una sorpresa como consecuencia única de su comportamiento letárgico e indolente, siendo esta una lectura que igualmente encontrará consonancia con el postulado de la buena fe, ampliamente entendido²⁴¹.

En efecto, la sorpresa jurídicamente relevante, la cual tiene la virtualidad para dar lugar a la activación de mecanismos remediales y tuitivos, no puede ser -ni conviene que llegue a serlo-, representada como la adarga del desidioso, del indolente, o descuidado, sino que, por el contrario, tiene que ser entendida como la rodela que ofenda el ordenamiento a quien se ha comportado en forma legítima, razonable y de buena fe, pues en estos casos es posible entender

²³⁸ Traducción libre. *Journal des débats et des décrets*, N.º 626, Séance du Nonidi 19 Prairial, l'an second de la République française, De L'imprimerie du Journal des Debats, 1794. p. 306.

²³⁹ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones*, op.cit. p. 390.

²⁴⁰ Diferenciando los conceptos de buena fe y diligencia, el renombrado jurista italiano, CESARE MASSIMO BIANCA, describe en términos generales la segunda como “L'obbligo della diligenza rileva rispetto all'interesse tutelato da un diritto relativo o assoluto: per soddisfare o rispettare tale interesse il soggetto deve pertanto emettere tutto lo sforzo appropriato secondo criteri di normalità, impiegando mezzi materiali, osservando norme tecniche e giuridiche, adottando cautele adeguate e così via”. BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile: il contratto*, T III, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019. p. 459.

²⁴¹ Sin desconocer que la cuestión puede ser objeto de discusión pues un importante sector tiende por diferenciar los conceptos de buena fe y de diligencia, dentro de aquellos autores que han concebido que de la buena fe se desprende una exigencia de un comportamiento diligente milita el analítico profesor colombiano, SERGIO MUÑOZ LAVERDE, quien ha sido enfático al resaltar que “la buena fe no solamente implica el actuar honesto, probo, recto, sino que exige más. Es decir, para que una conducta pueda ser catalogada de buena fe, con las consecuencias que de ello se derivan, no basta la simple ausencia de malicia o de proceder intencionalmente dañoso. Hace falta además que dicha conducta se distinga por la observancia del llamado postulado de diligencia, noción medular en todo el ordenamiento jurídico y criterio protagónico en las relaciones jurídicas”. MUÑOZ LAVERDE, Sergio. “El principio de buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el Derecho colombiano”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, T IV, Vol I, Temis, Bogotá, 2010. p. 214. Una interpretación similar ya habría sido expuesta magistralmente por el gran jurista italiano EMILIO BETTI, quien sobre el particular habría señalado que “Se noi ignoriamo di essere in situazione irregolare e a questa ignoranza siamo portati da una nostra inescusabile inerzia, non possiamo richiamarci a questa ignoranza, per sostenere di essere in buona fede. La buona fede deve essere ignoranza, ma anche legittima ignoranza, cioè tale che con l'uso della normale diligenza non avrebbe potuto essere superata”. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*, T I, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1953. p. 72.

que este último será poseedor de un interés que, acudiendo a la riqueza de la lengua italiana, pueda ser concebido como ‘*meritevole*’ (digno) de una efectiva y específica tutela por parte del ordenamiento²⁴², lo que no podrá acontecer cuando el comportamiento del sujeto en cuestión se haya desempeñado exclusivamente en los campos en donde la negligencia funge como única monarca.

Para tales efectos, resulta necesario recordar que, en orden a que una sorpresa pueda llegar a configurarse como jurídicamente relevante, la misma debe resultar razonablemente imprevista, es decir, ser el producto o la consecuencia de la verificación de un hecho, conducta o circunstancia, que, tomando como base las circunstancias particulares -tanto objetivas como subjetivas- que nutren cada caso en concreto, pueda considerarse que no habría podido llegar a ser anticipado (*ex ante*) por el sujeto que se vería sorprendido (*ex post*) si este hubiese actuado con una normal diligencia, lo que permite anticipar que la figura de la sorpresa se encuentra fuertemente entrelazada con la idea de la imprevisibilidad, al menos en un sentido lato, pues no cabe duda de que aquella encarna la idea de lo inesperado e inopinado²⁴³. Así, al tenor de lo anteriormente expuesto, no será posible llegar a pretextar la existencia de una sorpresa jurídicamente relevante cuando la misma se produce como consecuencia de un hecho o circunstancia que hubiese podido ser razonablemente esperado, o que, incluso, en determinadas circunstancias, no pueda concebirse -también razonablemente- que el mismo resultaba del todo inesperado²⁴⁴.

Siguiendo esta línea de cosas, podemos afirmar que, cada quien habrá de comportarse, en un primer estadio, y en la medida que resulte razonable, como un contratante atento a posibles sorpresas que puedan perjudicarlo, y no como una especie de ‘paisajista somnoliento’, quien espera inerte que sus alrededores lo deslumbren, incluso, en ocasiones, con lo inesperado, pues el ordenamiento jurídico no podrá premiar a quien fue poco atento cuando era legítimo esperar que hubiese previsto la sorpresa que acechaba²⁴⁵, sino solo a aquel que, a pesar de haber actuado conforme a los parámetros que le resultaban exigibles en su caso particular, fue víctima

²⁴² Para un estudio del llamativo concepto de la ‘*meritevolezza*’ puede consultarse con gran interés y especial provecho el reciente escrito del prestigioso profesor de la Universidad de Perugia, LORENZO MEZZASOMA, intitulado *Il percorso della meritevolezza nel sovraindebitamento del consumatore, op.cit.*, al igual que el, también reciente, escrito del profesor MINERVINI, Enrico. *La «meritevolezza» del contratto*, G. Giapichelli, 2019.

²⁴³ Se puede entender como imprevisible, tal y como lo ha señalado con gran precisión la Corte Suprema de Justicia colombiana, “todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, “que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad... Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional”. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de febrero de 2012.

²⁴⁴ Un planteamiento similar ha sido desarrollado por el afamado profesor estadounidense JHON EDWARD MURRAY, el que, dado desarrollo a su teoría sobre los ‘círculos concéntricos’ del consentimiento, afirmaría que “If the surprise is unfair, the risk involved must have been unexpected. If it was either expected or at least not unexpected, the disfavored party should not be surprised to find it in the writing even though he discovers it only after the writing is signed”. MURRAY, John Edward. “Unconscionability: Unconscionability”, en *University of Pittsburgh Law Review*, Vol 31, 1969. p. 42.

²⁴⁵ En este sentido no se equivoca el acreditado profesor EUGENIO LLAMAS POMBO al poner de presente que, aquel que estipula un contrato debe hacerlo procurando defender sus propios intereses lo que implica que deberán considerarse con una adecuada previsión no solo las circunstancias existentes al momento del perfeccionamiento del contrato, sino también aquellas que pueden llegar a surgir con posterioridad a dicho estadio del iter contractual. LLAMAS POMBO, Eugenio. “Pandemia e attenuazione dell’obbligatorietà del contratto nell’ordinamento spagnolo”, en *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del Covid-19*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021. p. 439.

de una indeseada sorpresa, pues no conviene olvidar aquella máxima romana con la que se sentenciaba ‘*vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*’²⁴⁶.

En efecto, a partir de un análisis comparativo puede corroborarse que, en el caso del *common law*, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se ha llegado a un razonamiento similar al que venimos exponiendo, pues en el marco de este sistema jurídico se ha considerado que, en orden a que pueda llegar a invocarse una protección frente a los efectos perjudiciales de una sorpresa, o más específicamente, de una ‘sorpresa injusta’, será necesario que el comportamiento honesto y diligente por parte del sujeto sorprendido fungiese como una antesala que llegase a legitimar la facultad reactiva e intervencionista del ordenamiento jurídico. Al respecto, cabe destacar que, en la definición de la sorpresa que se suministra en el afamado diccionario legal realizado a mediados del siglo XIX por el renombrado jurista y lexicógrafo JOHN BOUVIER, de una gran trascendencia tanto histórica como contemporánea en el sistema legal estadounidense, se determina que “En la práctica, se entiende por sorpresa aquella situación en la que se encuentra una parte, sin que haya incurrido en un incumplimiento propio, que resulte perjudicial para sus intereses”, a lo cual se le adiciona seguidamente que “Los tribunales siempre hacen todo lo que está a su alcance para liberar a una parte de los efectos de una sorpresa, cuando esta ha sido diligente en tratar de evitarla”²⁴⁷.

En este sentido, es menester memorar que en un reciente pronunciamiento proferido por la Corte Distrital de Apelaciones de Florida en el año 2014, el cual sería conocido como *Kellner v. David*, se puso de manifiesto que “Para que una parte pueda reclamar una sorpresa injusta, debe haber ejercido una diligencia razonable para protegerse de dicha sorpresa haciendo uso de los instrumentos de descubrimiento disponibles”²⁴⁸, haciendo hincapié así en la trascendencia que reviste el comportamiento diligente como exigencia previa para la protección de la sorpresa injusta, reiterando de este modo lo que ya habría sido dispuesto por

²⁴⁶ En relación con la importancia y pertinencia de la máxima ‘*vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*’ tanto en el ámbito del Derecho histórico, como en el marco del Derecho actual o contemporáneo, el profesor de la Universidad Complutense de Madrid, ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, en una importante disertación que realizaría con ocasión a su ingreso como académico de número a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación española, y la cual giraría en torno la misma, manifestaría que “La idea de que la vigila, la vigilancia, la atención constante, influyen favorable y decisivamente en la efectividad de los derechos subjetivos y del Derecho objetivo que los reconoce o atribuye no puede ser más clara ni más patente su justificación, su acierto. Como es asimismo clara y justificada la correlativa idea de que dormirse e incluso bajar la guardia nada favorece, sino que perjudica, también jurídicamente, al dormilón, al desatento”. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Vigilantibus non dormientibus iura succurrunt: actualidades de lo clásico y practicidad de la teoría*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2015. p. 11.

²⁴⁷ Traducción libre. BOUVIER, John. *A law dictionary, adapted to the constitution and laws of the United States of America*, Vol II, T. & J. W. Johnson, Philadelphia, 1843. p. 544.

²⁴⁸ Traducción libre. *District Court of Appeal of Florida, Fifth District, Kellner v. David* 140 So. 3d 1042 (Fla. Dist. Ct. App. 2014). Así mismo, creemos que resulta conveniente hacer referencia particular en este punto de otros dos pronunciamientos de la jurisprudencia estadounidense en los cuales se puso en evidencia la necesidad de que la diligencia funja como una antesala a la protección que se brinda ante la sorpresa. Así, en el caso conocido como *Anderson v. State* la Corte Suprema de Indiana habría señalado que “The courts are careful to see that a miscarriage of justice shall not occur through surprise or mistake, but they will not grant relief unless it appears that the surprise or mistake was in no way attributable to a defendant's negligence or lack of diligence”. Por su parte, en un sentido similar, la Corte Suprema de Oklahoma, en *Missouri, K. T. Ry. Co. v. Horton*, la Corte Suprema de Oklahoma habría puesto de presente que “Surprise at the trial is not sufficient ground for a continuance unless the surprise is such as cannot be obviated by the exercise of ordinary care and due diligence on the part of the party asking for the continuance”. Véase respectivamente, Supreme Court of Oklahoma, *Missouri, K. T. Ry. Co. v. Horton*, 119 P. 233 (Okla. 1911), y Supreme Court of Indiana, *Anderson v. State of Indiana*, 161 N.E. 625 (Ind. 1928).

esta misma corporación años antes a propósito del caso *Passino v. Sanburn*, en el cual determinó que, en orden a que “la sorpresa, tal y como se utiliza este término en su sentido legal” pueda llegar a tener aplicación, “la parte habrá debido ejercer una diligencia razonable para haberse protegido de dicha sorpresa y de sus consecuencias”²⁴⁹.

Por su parte, en sentido similar, ya en el marco del *civil law*, puede verificarse que la Corte de Casación italiana, siguiendo una línea jurisprudencial bastante consolidada, en un reciente pronunciamiento proferido en el año 2017, abordado la cuestión relativa a la reticencia y al llamado ‘dolo omisivo’, fue clara en manifestar que, para que pueda configurarse un comportamiento reticente, propiamente concebido, será indispensable determinar si, de una evaluación conjunta tanto de los elementos circunstanciales como de aquellos de naturaleza subjetiva los cuales se verifican en el caso objeto de análisis, se puede llegar a concluir si estos últimos resultaban “idóneas para sorprender una persona de normal diligencia”, puesto que, como atinadamente observaría el alto tribunal italiano, “la confianza no puede protegerse legalmente si se funda sobre la negligencia” (se destaca)²⁵⁰. En este sentido, las palabras de la Corte italiana resultan sumamente reveladoras, ya que ponen en evidencian con suma claridad que la sorpresa que podrá resultar idónea para configurar una conducta reticente merecedora de un rechazo por parte del ordenamiento, deberá encontrarse cimentada en una conducta diligente de parte del sujeto que fue sorprendido, y no de un desconocimiento negligente o culpable.

Ahora bien, al margen de lo expresado, debemos señalar que si bien el ordenamiento no deberá tutelar a aquel que fue sorprendido como consecuencia exclusiva de su propia culpa o de su injustificada impericia o de su torpeza inexcusable (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) en cada caso será necesario analizar la diligencia que podía ser razonablemente exigible, tomadas en consideración las particulares circunstancias, tanto objetivas como subjetivas, que se verificarán en cada caso en particular. En tal sentido, por vía de ejemplificación, no podrá medirse con el mismo rigor los estándares de diligencia que se le exigirán a un consumidor, de suyo más proclive a ser sorprendido, que a un profesional o a un sujeto más preparado (elemento subjetivo), así como tampoco podrán equipararse los casos de contratos libremente negociados y estructurados conjuntamente por las partes, con respecto a aquellos eventos en que la relación comercial se regula por un contrato cuyo contenido fue predispuerto por una de las partes (elemento objetivo), pues en el segundo de estos escenarios la sorpresa es más proclive a poder gestarse.

Lo anterior no implica que los negativos e injustos efectos de la sorpresa no puedan llegar a ser alegados por un contratante profesional, o que estos no puedan desprenderse en los casos de contratos libremente negociados, pues si bien es cierto que en estos últimos supuestos la probabilidad de que una sorpresa pueda gestarse es inferior respecto de los casos en los que se presentan en las relaciones comerciales que se rigen por acentuadas asimetrías, no es menos cierto que la sorpresa es una anomalía que amenaza a todo contrato, sin hacer distingo alguno respecto a las cualidades de sus contratantes ni mucho menos respecto a las arquitecturas contractuales.

²⁴⁹ Traducción libre. District Court of Appeal of Florida, Third District, *Passino v. Sanburn*, 190 So. 2d 61 (Fla. Dist. Ct. App. 1966).

²⁵⁰ Traducción libre. *Cassazione Civile*, Sezione I, sentencia n. 1585 del 20 de enero de 2017. En el mismo sentido pueden consultarse los siguientes pronunciamientos: Corte di Cassazione Civile, Sezione III, sentencia n. 257 del 12 de enero de 1991, y Corte di Cassazione Civile, Sezione II, sentencia n. 10718 del 28 de octubre de 1993.

La sorpresa, en efecto, no escoge tipos contractuales, y por ello no es selectiva, mal se haría si se considerase que los contratos de libre discusión, o los celebrados entre profesionales, por ejemplo, fuesen inmunes a ella, pues la experiencia, la práctica, y la historia demuestran lo contrario, en este sentido el ordenamiento jurídico no debería brindar auxilio en unos casos y negarlo, de plano, en otros, cuando en ambos supuestos el riesgo es el mismo, a pesar de que su intensidad pueda variar de un caso al otro, pues una lectura en tal sentido iría en franco desconocimiento de postulados axiomáticos que, como el derecho a la igualdad, concebidos correctamente, propugnan por garantizar una auténtica justicia en todas las relaciones contractuales.

En este sentido, creemos que de los contratantes se puede predicar lo mismo que de las fortalezas: por más protegidas que se encuentren, por más elevadas que sean sus murallas y sobresalientes sus bastiones, o por más centinelas que impávidamente las vigilen, ninguna fortificación estará exenta de poder llegar a ser tomada por una sorpresa por parte del enemigo, así mismo podemos decir que, por más diligente, profesional, preparado o ‘insomne’ que sea un sujeto, así como también, por más que el acuerdo contractual haya sido estructurado *ex novo* con participación de ambos de los sujetos de la relación, puede afirmarse que un contratante nunca podrá encontrarse completamente libre del riesgo de que una indeseada sorpresa llegue a colarse en la relación negocial, portando consigo alteración y desestabilización.

En todo caso, se encontrará fuera de toda duda que para que la sorpresa pueda dar paso a una legítima protección se requerirá que el sujeto sorprendido haya actuado de buena fe, pues absurdo sería que por intermedio del rechazo a lo sorpresivo se premiase o favoreciese la deslealtad o la mala fe de una parte. No en vano, tanto doctrinal²⁵¹ como jurisprudencialmente²⁵² con cierta frecuencia, se ha solido emplear la expresión “fue sorprendida su buena fe”, queriendo acentuar que la sorpresa que interesa, desde una perspectiva jurídica, es aquella que perjudica a quien actuó correcta y honestamente.

2.2. EL CRITERIO DE LA RAZONABILIDAD COMO PARÁMETRO DE VALORACIÓN EN RELACIÓN CON LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE

²⁵¹ En modo simplemente ejemplificativo, podemos hacer mención a la obra del reconocido jurista francés RAYMOND THÉODORE TROPLONG, en la cual, al abordar el contenido del artículo 1628 del Código de Napoleón, se indica que la restricción que dicha disposición incorpora (“toute convention contraire est nulle”) debe ser limitada a dos supuestos concretos, siendo el segundo de ellos el siguiente: “Au cas où les faits et promesses antérieurs au contrat ne sont pas déclarés, et où le vendeur veut se faire un moyen du secret qui les couvre, pour surprendre la bonne foi de l’acheteur” (se destaca). TROPLONG, Raymond Théodore. *Le droit civil expliqué suivant l’ordre du code: de la vente*, Adolphe Wahlen et C, Bruxelles, 1836. p. 256.

²⁵² Tanto la jurisprudencia italiana como la española, al darse a la tarea de definir el ‘dolo’ como vicio de la voluntad, han puesto de presente que el mismo interioriza una conducta idónea para ‘sorprender la buena fe’ de otra persona. Así, la Corte de Casación italiana en sentencia proferida en 1993 manifestó que “Il dolo che vizia la volontà e causa l’annullamento del contratto può consistere nel mendacio, purché, valutato in relazione alle circostanze di fatto ed alle qualità e condizioni dell’altra parte, sia accompagnato da una condotta maliziosa ed astuta capace di realizzare l’inganno voluto ed a sorprendere la buona fede di una persona di normale diligenza e buon senso, posto che l’affidamento non può ricevere tutela giuridica se è fondato sulla negligenza” (se destaca). Corte di Cassazione Civile, Sezione II, sentencia n. 10718 del 28 de octubre de 1993, puede consultarse, en un mismo sentido: Corte di Cassazione Civile, Sezione III, sentencia n. 257 del 12 de enero de 1991. Por su parte, en el caso de la jurisprudencia española, el Tribunal Supremo español ha señalado que, en plena conformidad con lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia, por dolo puede entenderse “todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo por sí para *sorprender la buena fe ajena*, generalmente en propio beneficio” (se destaca), Tribunal Supremo español, STS del 20 de diciembre de 1991, del 20 de diciembre de 1991, en un mismo sentido véase STS 30/2010, del 16 de febrero de 2010.

El principio, o criterio de la razonabilidad reviste hoy una innegable transcendencia en el Derecho contemporáneo a nivel global²⁵³, proyectándose a lo largo y ancho de la disciplina contractual, razón por la cual, es natural, no podría resultar ajeno a la figura de la sorpresa. En efecto, nos encontramos ante un concepto de enorme alcance y proyección, no en vano ha llegado a ser catalogado, en los terrenos del razonamiento argumentativo y hermenéutico, como “el método jurídico fundamental”²⁵⁴ al igual que la “base de la interpretación jurídica” (*logos* de lo razonable)²⁵⁵, mientras que, en lo que respecta al plano funcional, se le ha calificado como un elemento que asegura el funcionamiento del sistema jurídico, ‘dotándolo de una justificación ética y política’²⁵⁶, representando así, en palabras del celeberrimo maestro italiano, PIETRO PERLINGIERI, un “parámetro objetivo y ontológico del sistema normativo”²⁵⁷, todo lo cual ha permitido que se haya llegado a aseverar que en el Derecho “todo resulta atravesado por lo razonable”²⁵⁸, instituyéndose así como un “componente ineliminable”²⁵⁹ del mismo.

Desde esta perspectiva, y anticipando que no es nuestra intención la de detenernos a realizar un estudio minucioso en torno a la razonabilidad, ya que ello indubitablemente desbordaría los confines del presente estudio, podemos señalar que, en líneas muy gruesas, nos encontramos ante una esfinge conceptual que suele ser representada como una noción viva, sintiente así como mutable por esencial, flexible que, cual camaleón, tiene la facultad de mutar y acoplarse en modo diverso conforme a las circunstancias que particularizan e individualizan cada caso, pues suele desempeñarse por medio de la realización de un estudio y pragmático que se asocia al ‘arte de la distinción’²⁶⁰. Es por virtud de lo anterior que, cuando se acude a la denominada ‘lógica de lo razonable’ no se está acudiendo a una simple e inflexiva lógica rígida y formalista, de suyo más próxima al concepto de racionalidad²⁶¹, sino a una lógica en la que los valores,

²⁵³ Para un estudio más detenido de la amplia proyección con la que cuenta el criterio de la razonabilidad en la actualidad, puede consultarse con provecho y especial interés, las siguientes obras: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida & JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *El criterio de la razonabilidad en el derecho privado, op.cit.*; TORRELLES TORREA, Esther. “El criterio de la razonabilidad. Un elemento reequilibrador del contrato”, en *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, 2017. pp. 175 y ss; y PERLINGIERI, Giovanni. *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

²⁵⁴ Traducción libre. LIPARI, Nicolò. “Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol 70, N° 4, 2016. p. 1153.

²⁵⁵ RECASÉNS SICHES, Luis. “El *logos* de lo “razonable” como base para la interpretación jurídica”, en *Diánoia*, Vol 2, N° 2, 1956. pp. 45 y ss.

²⁵⁶ DUONG, Lê-My. “La notion de *raisonnable* en droit économique”, en *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol, 54, N° 1, 2005. p. 100.

²⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Interpretazione assiologica e diritto civile*, Corti salernitane, 2013. p. 474.

²⁵⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida & JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *El criterio de la razonabilidad en el derecho privado, op.cit.* 178. Cfr. TROIANO, Stefano. “Ragionevolezza (diritto privato)”, en *Ciclopedia del Diritto*, Annali VI, 2013. p. 792.

²⁵⁹ PATTI, Salvatore. *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè Editore, Milano, 2016. p. 9.

²⁶⁰ DUONG, Lêmy. “Le *raisonnable* dans les principes du droit européen des contrats”, en *Revue internationale de droit comparé*, N° 3, 2008. p. 708.

²⁶¹ Conforme ha expresado la profesora italiana EMANUELA NAVARRETTA, la razonabilidad se puede diferenciar de la racionalidad por el hecho que la primera atiende a la necesidad de apelar a motivaciones que trascienden del mero interés propio y que encuentran una justificación por la necesidad de la aceptación de los demás, lo cual constituye la ‘base de las normas de convivencia social’, y, como consecuencia de ello, sostiene que, la desvinculación de la de la razonabilidad de la idea de racionalidad “allontana il timore che l'uso della categoria possa implicare una visione puramente egoistica del contratto, che entrebbe in attrito con la

intereses, finalidades y, en general, las cuestiones humanas, transitan con gran prevalencia y libertad²⁶².

Dimensionado en este modo, el criterio de la razonabilidad se instituye como un instrumento que permite conjugar los intereses que se encuentran involucrados en el caso *sub examine*, con los lineamientos y valores que han sido apropiados por parte del ordenamiento jurídico en un momento determinado, permitiendo así que se instaure un ‘diálogo’²⁶³ entre estos últimos con aquellos, el cual le brindará la posibilidad al juzgador de seleccionar, entre un elenco variopinto de soluciones posibles y aplicables, aquella que, a la luz de una hermenéutica holística, decantada en clave de la razonabilidad, logre conciliar y comulgar de mejor forma los intereses involucrados permitiéndole así de arribar a una solución de suyo equilibrada²⁶⁴ en términos cualitativos y no meramente cuantitativos²⁶⁵.

En este sentido, no se equivoca el analítico profesor italiano, GIOVANNI PERLINGIERI, amplio conocedor y referente internacional de la materia, al afirmar que, la razonabilidad “representa el adhesivo constante y necesario entre el caso concreto y el sistema jurídico en referencia, permitiendo elegir, entre varias soluciones posibles, la más adecuada y congruente con los intereses involucrados y a los valores normativos presentes en un ordenamiento determinado”²⁶⁶.

Así las cosas, desde esta perspectiva, la razonabilidad representa una herramienta de gran utilidad para poder ofrendar una adecuada solución a un conflicto de intereses que se genera como consecuencia de la existencia de una sorpresa que impacta sobre la relación contractual y que genera una clara bifurcación de las pretensiones de las partes. En este sentido, del balance que deberá realizar el intérprete de los elementos que se desprenden de la plataforma fáctica (las circunstancias que rodearon la celebración del acuerdo contractual), de una parte, así como de los postulados y valores que han sido acogidos por el ordenamiento jurídico (autonomía de la voluntad, buena fe, confianza legítima, solidaridad, transparencia, etc.), de la otra, el juzgador podrá determinar si, para efectos del caso objeto de estudio, la sorpresa que es invocada por una de los contratantes logra comulgar con los estándares y criterios que se desprenden de la razonabilidad, lo cual le permitirá concluir si en el caso en cuestión los riesgos derivados de la sorpresa deberán serle asignados al agente de la misma, o si por el contrario deberán gravar al sujeto que se ha visto sorprendido.

prospettiva solidaristica impressa al medesimo istituto dalla buona fede”. NAVARRETTA, Emanuela. “Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo”, en *Europa e diritto privato*, Giuffrè Editore, N° 4, 2012. pp. 970 y 972.

²⁶² LUNA SERRANO, Agustín. *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, *op.cit.* pp. 179 y 180.

²⁶³ D’ALFONSO, Giovanna. “La proporzionalità e la ragionevolezza nella proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita”, en *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, T I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017. p. 16.

²⁶⁴ NIVARRA, Luca. “Ragionevolezza e diritto privato”, en *Ars Interpretandi: ragionevolezza e interpretazione*, CEDAM, 2002. p. 383; y PIRAINO, Fabrizio. *Buona fede, ragionevolezza e «eficacia immediata» dei principî*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017. pp. 40 y 41. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999. p. 147.

²⁶⁵ Al respecto, véase con particular interés, PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2006. pp. 381 y 382. Cfr. MALOMO, Ana. “Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità ed equità in tema di autonomia negoziale”, en *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, T II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017. pp. 679 y 680.

²⁶⁶ Traducción libre. PERLINGIERI, Giovanni. *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, *op.cit.* pp. 122 y 123.

Para ello, debe tenerse en especial consideración que, si bien, de un lado, la autonomía de la voluntad, tal y como recientemente observaría la Corte de Casación italiana, debe “ser ejercitada en un modo correcto, ordinario y razonable”²⁶⁷, ello bajo el entendido que, todo acto que tenga como fuente la autonomía negocial, para lograr ser concebido como digno de una tutela y de protección por parte del ordenamiento jurídico, no solo deberá ser lícito, sino que, en adición, deberá resultar proporcionado y razonable²⁶⁸, lo cual permite considerar que, todos aquellos actos que, a pesar de portar la vestidura de la *voluntas*, lleguen a interiorizar un elemento de sorpresividad que exceda los justos límites de la razonabilidad, deberán ser objeto de un franco rechazo por parte del ordenamiento, no puede perderse de vista que, del otro lado, en orden a que una sorpresa pueda ser considerada como jurídicamente relevante, y por tal vía resultar acreedora de un necesario y legítimo rechazo, el comportamiento del sujeto sorprendido deberá igualmente ajustarse a los parámetros de la razonabilidad, pues no podrá tutelarse a quien ha sido víctima de una sorpresa al no haberse comportado en el modo que razonablemente habría podido exigírsele²⁶⁹.

Dimensionado en este modo, el criterio de razonabilidad se instaura como un instrumento idóneo para determinar, a la luz de un estudio casuístico, amén que particularizado, aquellos supuestos en los que una sorpresa que irrumpe en una relación contractual, desborda los parámetros de la normalidad y regularidad, convirtiéndose así en irrazonable, y, por contera, intolerable²⁷⁰, siendo así una conveniente herramienta que permitirá que, en términos de funcionalidad, logre incorporarse a los sistemas jurídicos actuales un necesario imperativo de protección frente a la sorpresa, de suyo concordante con importantes postulados y elevados propósitos que gobiernan en el Derecho contractual, pero evitando que el mismo llegue a ser extremado al punto que permita acoger la absurda consideración que toda clase de sorpresa deba ser amparada, ya que ello representaría un franco desconocimiento a la responsabilidad que recae sobre cada quien de velar diligentemente por sus propios intereses²⁷¹.

En este sentido, debe señalarse que la razonabilidad impele a realiza ‘una lectura realista de los acontecimientos’ siguiendo los parámetros de lo que resulta ‘posible’ y ‘previsible’ para

²⁶⁷ *Corte di Cassazione, Sezione I civile*, sentencia del 15 de febrero de 2016. n. 2900.

²⁶⁸ En este sentido, con suma claridad, ha señalado el conspicuo profesor italiano, PIETRO PERLINGIERI, que “non tutto ciò che è voluto dalla parti è meritevole di tutela. Occorre sempre verificare se un singolo atto di autonomia è lecito, meritevole di tutela, ragionevole e proporzionato, conforme cioè ai principi ed ai valori presenti nell'ordinamento giuridico”. PERLINGIERI, Pietro. “Relazione conclusiva”, en *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, Giuffrè Editore, Milano, 2006. p. 485.

²⁶⁹ En un sentido análogo, en lo tocante a la temática de la protección de la confianza legítima, el destacado jurista italiano, SALVATORE PATTI, ha manifestado que, para que esta última pueda ser merecedora de una protección necesariamente tendrá que ser razonable, lo que implica que deberán existir circunstancias específicas que justifiquen al existencia de una confianza en cabeza de una persona dotada de un buen sentido, esto es, una persona razonable. PATTI, Salvatore. *Ragionevolezza e clausole generali*, op.cit. p. 29.

²⁷⁰ En lo que concierne a la determinación de la ‘irrazonabilidad’, algún sector doctrinal se ha decantado por atribuirle un mayor peso a esta que a la concreción misma de aquello que resulta razonable. Así, MAINGUY, Daniel. “Le «raisonnable» en droit (des affaires)”, en *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010. p. 318.

²⁷¹ En el epilogo de su interesante escrito concerniente al papel de la razonabilidad en el Derecho francés, GEORGES KHAIRALLAH, afirmaría que “le raisonnable, il y a, à la fois, un souci d'équité et un hommage au bon père de famille”. KHAIRALLAH, Georges. “Le «raisonnable» en droit privé français développements récents”, en *Revue trimestrielle de droit civil*, N° 3, 1984. p. 467. Cfr. NAVARRETTA, Emanuela. *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, op.cit. p. 979.

las partes de la relación contractual²⁷², razón por la cual se entiende que, a la sorpresa a la que deberá atribuírsele y reconocérsele una particular trascendencia y relevancia, será aquella que logre escapar de lo que razonablemente hubiese podido ser previsto o anticipado por una persona media, común, o -cuanto mejor-, ‘razonable’, bajo el entendido que, como bien ha sido puesto de presente por la jurisprudencia española, “la exigencia de prever hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias (...)”²⁷³, por tal virtud, esperar que alguien logre anticipar un hecho o un acontecimiento que, bajo lectura objetivada, era imprevisible, o, cuanto menos, teniendo en consideración los caracteres particulares que integran la relación contractual, resultase difícilmente previsible, sería, a todas luces, hacer un apelo a lo irrazonable.

No en balde, cabe destacar en este punto que, a nivel internacional existe una extendida consideración que, pare efectos de poder determinar lo que puede llegar a ser considerado como imprevisible en relación con la evaluación concerniente al posible acaecimiento de un caso fortuito o de una fuerza mayor, ambos portadores de sorpresa y desazón, se deberá ponderar si el hecho externo que imposibilita, o que torna en extremadamente gravoso, el cumplimiento de la prestación habría podido ser ‘razonablemente previsto’ o ‘esperado’ al momento de la celebración del acuerdo contractual (artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías -CISG-, artículo 7.1.7 de los Principios Unidroit -PICC-, artículo 8:108 de los Principios Europeos del Derecho de contratos -PECL-, artículo 3:104 Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo -DCFR-, artículo 84 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, y artículo 1218 Código civil francés) lo que permite avizorar que la razonabilidad termina por instituirse como un elemento clave para mesurar la legitimidad de naturaleza sorpresiva, amén que inesperada, de las figuras en cuestión²⁷⁴.

De esta forma, el criterio de razonabilidad introduce un juicio de valor que permite ayudar al juzgador a determinar cuando una sorpresa deberá ser objeto de una legítima tutela por parte del ordenamiento, entendiendo que así lo ameritará aquella que, miradas las circunstancias particulares de cada caso, y ciñéndose a una lectura objetivada de los mismos, logre incorporarse en el marco de lo que puede ser concebido como razonable, lo que implica que, desde una proposición negativa, toda sorpresa que exceda las exigencias de la normal

²⁷² DUONG, Lêmý. *Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats*, op.cit. pp. 712 y ss. Sobre este particular, a modo conclusivo de su escrito relativo a la razonabilidad en el ‘nuevo derecho de contratos’ MAUD LAGELÉE-HEYMANN afirma que “du «raisonnable», celui-ci invite a adopter un compromis, à suivre une logique de possibilité et de normalité”. LAGELÉE-HEYMANN, Maud. “Le «raisonnable» dans le nouveau droit des contrats”, en *Revue des contrats*, N° 3, 2018. p. 480.

²⁷³ Tribunal Supremo español, sentencia del 11 de mayo de 1983.

²⁷⁴ En relación al papel que desempeña el criterio de la razonabilidad en estos concretos escenarios, la afamada profesora argentina, AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, observa que, a “la hora de considerar qué es lo imprevisible o lo imposible de los hechos que se pretenden configurativos del caso fortuito o de la fuerza mayor, o del hecho del tercero, la doctrina clásica exigió que estos requisitos fueran objetivos y absolutos. Hoy, de la mano de la buena fe, se ha impuesto la ponderación de la razonabilidad. Así, lo imposible, para ser tal, exige la consideración del caso concreto y determinar si, en parámetros de razonabilidad, se podía prever lo ocurrido; dicho de otro modo, la razonabilidad opera como límite del sacrificio o de la exigibilidad de la prestación”. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida & JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *El criterio de la razonabilidad en el derecho privado*, op.cit. p. 50. En un sentido similar, véase con interés CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “Causa extraña como eximente de responsabilidad”, en *Derecho de las obligaciones*, T II, Vol I, Temis, Bogotá, 2010. pp. 369 y 370.

previsibilidad que podría esperarse del caso concreto, en línea de principio general, se tornará irrazonable, y, por tal virtud, merecerá ser objeto de un claro reproche.

Para tales efectos, resultará conveniente tener en consideración el modélico paradigma de la ‘persona razonable’, de tanto calado en la actualidad, el cual, correctamente entendido, representa un modelo conductual, o si se prefiere, un patrón de conducta, que encarna el ideal de un comportamiento socialmente aceptable, cuyas directrices se encuentran delineadas por la razón, el buen sentido común, la moderación y el equilibrio²⁷⁵, hablando así de una persona ordinaria o ‘media’, la que, en palabras del jurista británico FRANCIS PIGGOTT, puede ser descrita como un ser “de un intelecto e inteligencia promedio, [que] no es trascendentalmente sabio. Él es bastante humano, su sabiduría es solo del tipo común, *él no puede prever lo inesperado, aunque aprende de la experiencia pasada (...)*” (se destaca)²⁷⁶.

Así pues, resulta evidente que, cuando acude al patrón de una persona razonable, no se apela a un modelo ilusorio e irrealizable, una especie quimera social, delineada como una persona ‘poseedora de todas las virtudes’, y ‘desprovista de toda debilidad propia del ser humano’²⁷⁷, de la más elevada diligencia, sumamente cauto e inflexiblemente atento, un ser que, tal y como Sibila, tiene la capacidad de prever el futuro, ese ‘hombre de los cien ojos’ del que hablaría TOULLIER (*l’homme aux cent yeux*)²⁷⁸ y que, por tal virtud, nada puede sorprenderlo, en pocas palabras, un ser ‘sobrehumano’. En este punto, no puede perderse de vista que, cuando acudimos al estándar de razonabilidad, por más objetivado y abstracto que resulte, estamos apelando siempre a “una persona humana: de carne y de hueso, no a un superhéroe -o un superhumano-, a un patrón perfecto, casi angelical, puesto que tal parangón sería irreal, y por esa vía, igualmente irrazonable”²⁷⁹.

Siguiendo esta línea de ideas, cuando, en el marco del desarrollo de un juicio de valor, se pretenda determinar si la sorpresa de la cual arguye ser víctima una de las partes puede ajustarse a los cánones de razonabilidad que se predicán del paradigma de la persona razonable, deberán ser tenidas en particular consideración todas las circunstancias particulares que caracterizaron el caso en cuestión, así como las calidades subjetivas de los sujetos de la relación contractual²⁸⁰, las cuales, sin embargo deberán ser leídas desde una perspectiva objetivada²⁸¹.

²⁷⁵ TORRELLES TORREA, Esther. *El criterio de la razonabilidad. Un elemento reequilibrador del contrato*, op.cit. p. 182.

²⁷⁶ Traducción libre. PIGGOTT, Francis Taylor. “The reasonable man at common law” en *The law magazine and law review*, Vol XIV, Stevens and Haynes, London, 1889. pp. 317 y 318.

²⁷⁷ Estas son características que le fueron atribuidas al ‘reasonable man’ en el caso ficticio *Fardell v. Potts* articulado en los inicios del siglo XX por el humorista británico HERBERT ALAN, Patrick. *Look back and laugh*, House of Stratus, Looe, 2001. pp. 78 y 79.

²⁷⁸ Al respecto, dándose a la tarea de abordar la teoría de la tripartición de la culpa, este reconocido exégeta francés afirmaría que, es posible encontrar tres tipos de personas: quienes son descuidados y entregados a los placeres de la vida, aquellos que entran dentro del arquetipo de el ‘buen padre de familia’, y por último “il y en a d’autres doués d’une vigilance et d’une activité infatigables dans leurs affaires. C’est l’homme aux cent yeux, qui ne se couche jamais sans avoir fait sa revue, sans s’être assuré que tout est en ordre dans sa maison”. TOULLIER, Charles Bonaventure Marie. *Le droit civil français, suivant l’ordre du Code*, T VI, Aug. Wahlen et Comp, Bruxelles, 1824. p. 144.

²⁷⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida & JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *El criterio de la razonabilidad en el derecho privado*, op.cit. p. 180.

²⁸⁰ Al respecto, véase con interés JOHAN, Steyn. “Contract law: fulfilling the reasonable expectations of honest men”, en *Law Quarterly Review*, Vol 113, 1997. p. 434.

²⁸¹ En efecto, si bien es cierto que la evaluación de razonabilidad deberá asentarse sobre una indiscutida base de objetividad, por cuanto consiste en una valoración impersonal y abstracta, y que, por tal virtud, las motivaciones simple y llanamente particulares no deberán ser tenidas en consideración, no es menos cierto que

Sin perjuicio de ello, apriorísticamente, y al menos en línea de principio general, puede considerarse que la ‘persona razonable’ no podrá dimensionarse como un ser extremadamente previsor, un centinela minucioso, sumamente escrupuloso y perspicaz, el cual se encuentra en la capacidad de anticipar cualquier tipo de sorpresa, pero tampoco podrá ser representado como un sujeto sumamente confiado e irreflexivo, que se deja sorprender por cualquier evento que, de haber tenido los ojos bien abiertos, habría podido prever sin mayor empeño o dificultad²⁸², todo esto bajo el entendido que, la persona razonable, correctamente concebida, materializa la representación antropomórfica de la razón, la moderación y el equilibrio²⁸³, es un arquetipo social que interioriza siempre la idea de un comportamiento ponderado, equilibrado y reflexivo, es decir, que encarna el ideal un punto medio (*in medio stat virtus*), siendo entonces este el parámetro de medida que deberá prevalecer al momento de querer entrar a determinar la razonabilidad de la sorpresa que alega una de las partes de la relación contractual.

De igual manera, conforme a la naturaleza genérica y universal del estándar de la persona razonable, la aplicación de este arquetipo contribuirá igualmente a dilucidar si la conducta o actuación de una de las partes, la cual posteriormente originaría la sorpresa, puede llegar o no a ser objeto de un juicio de reproche. En este sentido, lo que se busca es determinar si, teniendo en consideración las circunstancias del caso en concreto, resultaba razonable que este último llegase a prever que su actuación contaba con la potencialidad suficiente para despertar una sorpresa en cabeza del otro sujeto contractual, en razón del carácter insólito o inesperado de la misma, en caso tal de ser así, se deberá comprobar, en un segundo estadio de la evaluación del juicio de la sorpresividad, si el sujeto en cuestión, pese a haber podido anticipar la naturaleza sorpresiva de su actuación, se comportó siguiendo los cánones de la buena fe, respeto por la confianza legítima, transparencia y coherencia, que rigen en el ámbito del Derecho contractual, todo lo cual contribuirá a determinar si la sorpresa en cuestión deberá ser objeto de un claro y recto rechazo o si, *contrario sensu*, podrá ser tolerada por parte del ordenamiento jurídico.

En atención de todo lo anteriormente expuesto, puede concluirse señalado que, la razonabilidad representa uno de los pilares fundamentales al momento de determinar si una sorpresa que impacta en la relación contractual puede ser considerada como jurídicamente relevante, pues permite descifrar, por un lado, y desde una proposición positiva, si la sorpresa que afecta a una de las partes (el sorprendido) puede ser concebida como una reacción razonable ponderada y justificada, contribuyendo así a determinar si resultará meritorio de una

para el desarrollo del juicio de razonabilidad la consideración de las características idiosincráticas del sujeto, y las particularidades del caso en cuestión, a pesar de que deberán ser leídas desde una perspectiva objetivada, contarán con una particular relevancia para la procedencia del ‘test de razonabilidad’, el cual, con fundamento en lo antes expuesto, oscilará entre una evaluación *in abstracto* y una evaluación *in concreto*, sin poder llegar a convertirse en un análisis subjetivo en puridad. Al respecto, véase DUONG, Lê-My. *La notion de raisonnable en droit économique*, *op.cit.* p. 99.

²⁸² Al respecto, en el caso *Muir v. Glasgow Corp*, proferido para el año 1943, el alto tribunal inglés, al delinear el estándar de la persona razonable, afirmaría que “Some persons are by nature unduly timorous and imagine every path beset with lions; others, of more robust temperament, fail to foresee or nonchalantly disregard even the most obvious dangers. *The reasonable man is presumed to be free both from over-apprehension and from over confidence*” (se destaca). *Cases decided in the Court of Session, and also in the Court of Justiciary and House of Lords*, Scottish Council of Law Reporting, 1943. p. 10.

²⁸³ En un sentido similar, en el precedente *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council* (1956 AC 696), conforme a las precisas palabras del juez Lord RADCLIFFE, la persona razonable representa “the anthropomorphic conception of justice”.

especial protección brindada por parte del ordenamiento jurídico²⁸⁴, como también, por el otro lado, y a partir de una formulación negativa, si la conducta del otro sujeto (quien sorprende), la cual sirve como estímulo para la activación de la sorpresa previamente mencionada, debe ser entendida como irrazonable, y por lo tanto, reprochable.

3. LA SORPRESA Y SU PROYECCIÓN A LA LUZ DE LOS NUEVOS PERFILES Y DERROTEROS DEL DERECHO CONTRACTUAL CONTEMPORÁNEO, EN ESPECIAL DEL DERECHO DE CONSUMO

3.1. EL RECHAZO A LO SORPRESIVO A PARTIR DE LA RELECTURA DEL DERECHO CONTRACTUAL CONTEMPORÁNEO

No cabe duda que el Derecho contractual, al igual que todos los seres, es mutable por esencia, y, por lo tanto, se encuentra en un constante estado de cambio y evolución, por manera que, es posible afirmar que el Derecho contractual contemporáneo no será exactamente el mismo que rigió en el ayer, sin perjuicio que, algunos aspectos y elementos nucleares del mismo permanezcan, y seguramente seguirán permaneciendo, *in saecula saeculorum*, inalterados, lo cual es cosa enteramente distinta. Desde esta perspectiva, podemos señalar desde un inicio que, la figura de la sorpresa jurídicamente relevante, así como también la idea del rechazo a lo sorpresivo, se armonizar de mejor forma con los nuevos derroteros del Derecho contractual contemporáneo, el cual, se muestra más atento a la persona humana y a su dimensión social, que con aquellos que se preciaban de lecturas más clásicas que abogaban por favorecer una interpretación individualista, las cuales habrían regido a lo largo de un importante arco temporal.

En este sentido, cabe memorar que, conforme a esta lectura clásica del Derecho contractual, la cual se habría perfilado bajo la sombra del que se denominaría como ‘voluntarismo jurídico’ y del liberalismo en su faceta más radical, se habría dado lugar a la conformación de un auténtico dogma, el llamado ‘dogma de la autonomía de la voluntad’ o ‘*Willensdogma*’ siguiendo la terminología germana²⁸⁵, el cual daría paso a que la *voluntas* de los sujetos fuese representada como la *primarii lapidis*, el *principium et finis*, y el “alfa y el omega del acto jurídico”²⁸⁶, lo que llevaría a que se abriese paso a la idea de que todo aquello que, siendo fruto de la autonomía de las partes, figurase en el acuerdo negocial irremediamente debería ser entendido como justo y equitativo. En efecto, el razonamiento que predominaba para entonces era que ahí donde finalizaba el reino de la voluntad comenzaba el dominio de la tiranía, de

²⁸⁴ En este sentido, cabe destacar que, en materia del estudio de la doctrina de la *unconscionability*, el Profesor Emérito de la Universidad *George Washington*, JOHN ANDREW SPANOGLE, ha señalado que, el criterio más productivo para determinar la presencia de un abuso por una sorpresa se basa en la determinación de la razonabilidad de la reacción de la parte adherente (*non-drafting party*) respecto a una cláusula determinada, más que en la culpabilidad que se puede atribuir al predisponente en relación con la incorporación de la misma. SPANOGLE, John Andrew. “Analyzing unconscionability problems”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol 117, N° 7, 1969. p. 943.

²⁸⁵ Termino que, ya para el año de 1876, habría sido empleado en múltiples oportunidades por el profesor de la universidad de Kiel, SIGMUND SCHLOSSMANN, en su obra sobre ‘el contrato’. SCHLOSSMANN, Siegmund. *Der Vertrag*, Druck und Verlag von Breikopf und Härtel, Leipzig, 1876. pp. 119 y ss.

²⁸⁶ Así, en opinión del jurista francés EMMANUEL GUNOT (quien se muestra abiertamente crítico al respecto), habría sido representado el dogma de la autonomía de la voluntad por parte de los juristas clásicos. GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, Dijon, 1912. p. 120.

fuerza y de la injusticia²⁸⁷, por manera que, en presencia de un auténtico acuerdo contractual, el juzgador debía desempeñarse siguiendo aquella afamada formulación gala -también elevada por algunos a máxima del Derecho- ‘*laissez faire, laissez passer*’ (dejar hacer, dejar pasar)²⁸⁸, negando con ello, *ab initio*, la posibilidad de algún tipo de intervención externa a las partes²⁸⁹, siendo entonces una visión que aparentemente se resumiría en la afamada -y en ocasiones descontextualizada, e incluso malinterpretada- sentencia de ALFRED FOUILÉE, a cuyo tenor “quien dice contractual dice justo”²⁹⁰.

Al respecto, y a pesar de reconocer que, este tipo de visión gélida e individualista del Derecho contractual sería fuertemente cuestionada y llegaría a ser revaluada en la actualidad, debemos manifestar que, incluso bajo esta concepción individualista que se habría forjado del principio de la autonomía voluntad, la idea del rechazo a la sorpresa hallaría un claro fundamento. En este sentido, y sin perjuicio de que esta será una temática que desarrollaremos con mayor detenimiento en el capítulo subsiguiente, podemos señalar que, la sorpresa, entendida como una anomalía que tiene un potencial suficiente para desarticular el consentimiento negocial, se enlazaría con uno de los postulados fundacionales sobre los cuales se sustenta esta visión individualista de la voluntad como piedra angular el entero Derecho contractual, y es aquel de que los individuos no pueden estar vinculados por obligaciones que no han sido antecedidas por su auténtica voluntad²⁹¹, lo cual no puede predicarse de aquellos escenarios en los que la manifestación de la genuina intención de un sujeto se ha visto eclipsada por una sorpresa, por manera que, bajo esta primera lectura, podrá concluirse que, quien diga ‘sorpresa’ -al menos aquella que se torne jurídicamente relevante- no podrá decir justo puesto que, en rigor, no habrá voluntad que pueda legitimar la correcta existencia y permanencia del contrato.

Ahora bien, al margen de lo anteriormente dicho, lo cierto es que, como consecuencia de la materialización de una pluralidad de fenómenos y acontecimientos que impactarían fuertemente en el ámbito jurídico, tal y como lo sería la inevitable prevalencia que adquiriría la contratación masificada y predispuesta, así como también, la articulación del consumidor como el nuevo paradigma subjetivo que predominaría en la contratación, entre otros ejemplos más de similar naturaleza, el Derecho contractual llegaría a evidenciar violentas mutaciones que terminarían por abrir campo a la estructuración de nuevos y enérgicos lineamientos discursivos que, con gran ímpetu y con una incuestionable fuerza expansiva, habrían dado cabida a que se

²⁸⁷ DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Vol I, *op.cit.* p. 124.

²⁸⁸ En su continuación a la obra de TOULLIER, JEAN BAPTISTE DUVERGIER, le asignaría el calificativo de ‘máxima’ a la fórmula ‘*laissez faire, laissez passer*’, sin embargo expresamente podría de manifiesto su desacuerdo con la misma. TOULLIER, Charles Bonaventure Marie. *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, T XVII, Continuation II, Jules Renouard, Paris, 1835. p. 32.

²⁸⁹ Así, se ha indicado que, a la luz de tal modo de concebir el vínculo contractual, el juez sería representado como un simple ‘ministro de la voluntad de las partes’. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, & CHÉNEDÉ, François. *Droit civil, les obligations*, Dalloz, Paris, 2019. p. 35.

²⁹⁰ Contrario a lo que podría llegarse a pensar por la forma en que, con cierta frecuencia, se trae a colación la fórmula de FOULLIÉE, este no se encontraba adscrito a las filas del liberalismo, sino que su pensamiento se decantaba más por una visión solidaria, de hecho, la tan afamada -y previamente citada- frase ‘*qui dit contractuel dit juste*’ la fórmula con ocasión de las elucubraciones que hace con respecto a la relación entre ‘justicia’ y ‘fraternidad’, y que en realidad, no quiere significar lo que en un principio podría pensarse, pues lo que realmente quiso expresar fue que “l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit organisme dit fraternité, et qui dit contractuel dit juste”. FOUILÉE, Alfred. *La science sociale contemporaine*, Librairie Hachette, Paris, 1885. p. 410.

²⁹¹ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves & CHÉNEDÉ, François. *Droit civil: les obligations, op.cit.* p. 33.

produjese un fuerte replanteamiento de viejas concepciones y principios que predominaban en otros tiempos, y que, por tal vía, se introdujesen nuevos preceptos y fundamentos²⁹², todo lo cual ha permitido que se llegase a edificar lo que algunos han decidido denominar como un ‘nuevo Derecho contractual’.

En este sentido, sería en virtud de estas demarcadas mutaciones que, de la mano de una corriente que, en un plano más general, se habría inclinado denunciar una ‘crisis del Derecho civil’²⁹³, algún sector vaticinaría el advenimiento de una ‘crisis’, un ‘descenso’, e incluso -con un cierto grado de dramatismo muy propio del lenguaje jurídico de la contemporaneidad-²⁹⁴ de la ‘muerte’ del contrato²⁹⁵. Sin perjuicio de ello, y sin pretender desconocer las irrefutables alteraciones que han dado lugar a importantes modificaciones de su morfología, lo cierto es que, contrario en alguna época llegó a vociferarse, siguiendo lapidaria sentencia del profesor estadounidense GRANT GILMORE (*‘the death of contract’*), el contrato no ha muerto, muy por el contrario, puede decirse que este no solo conserva sus signos vitales intactos, sino que, en realidad, en la hora de ahora, se halla más vivo que nunca²⁹⁶, razón por la cual, debe entenderse que el resultado de la susodicha ‘crisis’, más que haber dado paso a un réquiem contractual lo que habría hecho es abrir el camino a una revitalización y afianzamiento del instituto, ello si, incorporando acentuadas modificaciones²⁹⁷.

En tal sentido, bien vistas las cosas, puede corroborarse que la anunciada ‘crisis del contrato’ sería en realidad una ‘crisis’, o, -siguiendo la interpretación del renombrado profesor

²⁹² En este sentido, véase con interés THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine. “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, en *Revue trimestrielle de droit civil*, N° 2, 1997. p. 357.

²⁹³ CASTÁN TOBEÑAS, José. “Hacia un nuevo derecho civil”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Reus, Madrid, 1933. pp. 10 y ss; y ROCA GUILLAMÓN, Juan. “Codificación y crisis del Derecho civil”, en *Anales de Derecho*, Vol 8, 1995. pp. 7 y ss.

²⁹⁴ SACCO, Rodolfo & DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*, T I, UTET, Torino, 2004. p. 43.

²⁹⁵ GILMORE, Grant. *The death of contract*, Ronald K.L. Collins, 1995.

²⁹⁶ Al respecto, el profesor francés CHRISTOPHE JAMIN, “le contrat n’est pas mort: les sujets de droit y ont toujours recours, et peut être plus que jamais, ce que prouve en particulier le développement d’une économie dite concertée (et non plus dirigée) qui tend alors le devant de la scène”, JAMIN, Christophe. “Quelle nouvelle crise du contrat?, quelques mots en guise d’introduction”, en *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Paris, 2003. pp. 7 y 8. Cfr. FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc & SAVAUX, Éric. *Les obligations, I. L’Acte Juridique*, Sirey, Paris, 2014. p. 98.

²⁹⁷ En este sentido, podrán hacerse extensivas las elocuentes palabras que, con suma maestría, habría pronunciado el inclino jurista español JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, en relación con la denunciada ‘crisis del Derecho civil’, en general, las cuales pueden predicarse igualmente y sin dificultades de la figura del contrato o del Derecho contractual *in concreto*, de conformidad con cuales expresaría que “Por fortuna la crisis del Derecho civil no es dolencia mortal, sino indicio de variación y evolución. El mundo social está en transformación constante, y el Derecho civil, regulador de una de las facetas de la vida social, es fatal que esté también en estado de evolución permanente”. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Hacia un nuevo derecho civil, op.cit.* p. 17. En un sentido análogo se ha pronunciado el reputado profesor EUGENIO LLAMAS POMBO, quien, con ocasión de su acuciosa investigación en torno al estudio sobre el concepto y el método del Derecho Civil, determinó que, “Nada autoriza a hablar de decadencia o disolución, ni siquiera de ‘metamorfosis’, a nuestro juicio, pero sí es necesario hacerlo de disgregación, evolución, e incluso de reajuste o renovación, sin que por ello el Derecho Civil pierda su esencial finalidad”, lo cual lo llevaría posteriormente a acervar con gran contundencia y brillantez que, “No está en crisis un Derecho que se transforma o, mejor, que se realiza al paso de la sociedad a la que sirve, conservando aquello que es esencial”. LLAMAS POMBO, Eugenio. *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2002. p. 102. Cfr. JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La modificación sobreviniente de las circunstancias y la revisión de los contratos en la posmodernidad*, Ibañez, Bogotá, 2021. p. 18.

inglés PATRIC SELIM ATIYAH-, un ‘declive’²⁹⁸, de la noción tradicional de la autonomía de la voluntad²⁹⁹, el cual habría dado paso a la desacralización o desmitificación³⁰⁰, al igual que la relativización y atenuación, que no erradicación o desaparición, de este principio en el marco del Derecho de contratos³⁰¹, puesto que, como fruto de un proceso evolutivo que buscaría llevar al contrato a un puerto distante a los dominios del extremo individualismo, se habría comenzado a concebirse que no sería el mero y llano acuerdo de voluntades, visualizado como el encuentro de ‘intereses contrapuestos’, extraños a cualquier consideración de los intereses y valores que se predicaban de la comunidad jurídica³⁰², el que, de forma autónoma e independiente, como una suerte de cántico a la extrema autarquía, pudiese dar lugar a la formación de la vinculación obligacional, puesto que, se entendería que, para efectos de que tal consentimiento pueda considerarse como digno de una tutela por parte del ordenamiento jurídico, este último debería ajustarse a determinadas reglas jurídicas que se encuentran demarcadas por una un componente de naturaleza social³⁰³.

Este fenómeno que venimos describiendo sería el fruto de un proceso evolutivo, de suyo más general, por medio el cual se haría una transición del Derecho civil que se encontraba edificado sobre las bases de una filosofía individualista³⁰⁴ a un Derecho civil en el que se enaltecería a la persona en función de su sociabilidad³⁰⁵, lo que implicaría por un lado que se diese paso a una rotulada ‘despatrimonialización’ del mismo -entendida en sus justas

²⁹⁸ Según observaría el renombrado profesor de la Universidad de Oxford, es posible evidenciar dentro del arco temporal comprendido entre los años 1870 y 1980, como consecuencia de la convergencia de diferentes factores, un declive gradual en relación con la ‘creencia’ del principio de la libertad contractual, siendo este un periodo en el cual se habría desempeñado una revisión de viejas tradiciones de corte individualista. ATIYAH, Patrick Selim. *An introduction to the law of contract*, Clarendon Press, New York, 1995. pp. 7-21. Para un estudio más detenido sobre el particular por parte del mismo autor: ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*, Clarendon Press, 1997. En un sentido similar, véase con sumo interés el magnífico escrito de ALONSO PÉREZ, Mariano. “Aproximaciones a la idea de contrato (Apoteosis y declive de la autonomía privada)”, en *Responsa iuspetitorum digesta*, Vol V, Ediciones Universidad de Salamanca, 2000. pp. 31 y ss.

²⁹⁹ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves & CHÉNEDÉ, François. *Droit civil: les obligations*, op.cit. p. 49.

³⁰⁰ Conforme a las sucintas, pero contundentes, palabras de los profesores franceses BORIS STARCK, HENRI ROLAND y LAURENT BOYER, “L’autonomie de la volonté est un mythe périmé”. STARCK, Boris, Roland Henri & LAURENT, Boyer. *Droit civil, obligations: contrat*, T II, Litec, Paris, 1989. p. 9.

³⁰¹ Al respecto, el erudito profesor de la Universidad de Salamanca, MARIANO ALONSO PÉREZ, ha sido claro en poner de manifiesto que, a pesar de que en la actualidad la autonomía cuenta con un importante número de limitaciones, las cuales en la hora de ahora “brotan por doquier”, esta última, al ser entendida como manifestación de la persona, se constituye como “el centro del Derecho privado”. ALONSO PÉREZ, Mariano. “La autonomía privada y su expresión fundamental, el negocio jurídico”, en *Tratado de Derecho Civil*, T II, Iustel, Madrid, 2014. pp. 250-252. Cfr. LARROUMET, Christian, & BROS, Sarah. *Traité de droit civil, les obligations le contrat*, T III, Economica, Paris, 2019. p. 74.

³⁰² GUARNERI, A. “Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale del contratto”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1994, I. p. 799 y ss.

³⁰³ GAUDEMMENT, Eugène. *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1965. p. 31. Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil*, T II, Librería Bosch, Barcelona 1977. p. 10.

³⁰⁴ Describe el describe el Derecho privado como “l’insieme dei rapporti giuridici in cui ciascun individuo esplica la propria sua vita dandole un particolare carattere”, VON SAVIGNY, Federich Karl. *Sistema del diritto romano attuale*, T I, Torino, 1886. p. 49.

³⁰⁵ HERNANDEZ GIL, Antonio. *El concepto del Derecho Civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943. p. 76.

proporciones³⁰⁶, y que, por el otro, la persona humana adquiriese un sobredimensionamiento que le permitiría posicionarse como el concepto eje, la *ratio*, y el *initium et finis* del Derecho civil, ideas estas que no pueden concebirse extrañas a las bases fundamentales de esta disciplina, ya que sin la persona la existencia y razón de ser de esta última perdería cualquier sentido, sustento o fundamento (*hominum causa omne ius constitutum sit*)³⁰⁷.

En efecto, sería a la luz de esta nueva lectura del *ius civile* en clave de un ‘personalismo jurídico’ que se daría lugar a un redimensionamiento del Derecho contractual al incardinar la noción de la persona o, más concretamente, la ‘dignidad de la persona humana’, el ‘*homo dignus*’, como el fundamento mismo del contrato³⁰⁸, ello sin hacer eco a añosos planteamientos que entonaban himnos al individualismo y componían odas al egoísmo, sino a partir de un enfoque que permite dimensionar a la persona no solamente desde su cosmovisión individual,

³⁰⁶ Esta dicente expresión habría sido empleada por el reputado profesor italiano CARMINE DONISI, el cual la emplearía para advertir el advenimiento de un ‘*nuovo corso*’ hacia el cual se direcciona el Derecho privado en el cual la línea discursiva del mismo deja de reducirse a la primordial consideración de elementos que se reducen en esquemas lógicos de índole netamente económicos o patrimoniales, pues se ha redimensionado hacia un sensible enfoque que ha elevado al centro la protección y promoción de la persona humana ‘en cuanto a tal’. A la luz de esta proposición, un importante sector se ha inclinado por reconocer en la actualidad una marcada tendencia del Derecho privado hacia una ‘despatrimonialización’, o, cuanto mejor, una ‘personalización’, o -como ha señalado el agudo profesor EUGENIO LLAMAS POMBO- una mayor ‘toma en consideración de nuevas realidades extrapatrimoniales’, que ha permitido enaltecer la persona como el punto céntrico del mismo sin que por ello pueda considerarse que el elemento patrimonial haya desaparecido del discurso civilista, o que se haya visto marginado, por cuanto, muy por el contrario, este último sigue revistiendo un papel cardinal en la materia, y, por tal virtud, conviene asumir una lectura que permita entender a la persona y al patrimonio como entidades complementarias y no propiamente contrapuestas. DONISI, Carmine. “Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato”, en *Rassegna di diritto civile*, II, 1980. p. 645 y ss; DE CUPIS, Adriano. “Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato”, en *Rivista di Diritto Civile*, II, CEDAM, Padova, 1982. p. 488; PERLIGNIERI, Pietro. “«Depatrimonializzazione» e diritto civile”, *Rassegna di diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane*, 1983. pp. 1-4; y ss; LLAMAS POMBO, Eugenio. *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil, op.cit.* pp. 106-110; y GIL RODRIGUEZ, Jacinto. “Acotaciones para un concepto del Derecho Civil, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 42, N° 2, 1989. pp. 369 y ss.

³⁰⁷ Recordemos que ya en su momento el histórico jurista francés y redactor del Código Civil francés de 1804, JEAN-ÉTIENNE-MARIE PORTALIS, en sus disertaciones relativas a la codificación habría señalado que “Le législateur ne doit pas perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois”. JULES, Minier. *Précis historique du droit civil français*, A. Marescq et E. Dujardin, Paris, 1854. p. 775. Por su parte, bajo una misma línea argumentativa, el ilustre Maestro italiano, oriundo de la histórica ciudad de Nápoles, PIETRO PERLINGIERI, uno de los principales -si no es que el principal- exponentes del personalismo jurídico en la contemporaneidad, en su reconocida obra ‘*La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, pregonando por la superación de tajante división entre *ius privatum* y *ius publicum*, afirmaría que la cuestión relativa a la tutela de la personalidad se incardina como un problema unitario a todo el Derecho, razón por la cual puede llegar a concluirse que las diferentes disposiciones de las distintas ramas del Derecho, como es el civil, el penal, el administrativo, el laboral, entre otras más, se materializan en realidad como concretas especificaciones de principios de naturaleza constitucional que elevan a la “persona come valore all’apice dell’ordinamento giuridico”. PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Università degli Studi di Camerino, 1972. p. 15.

³⁰⁸ Sobre el particular se ha pronunciado el renombrado jurista español LUIS DíEZ PICAZO, quien ha afirmado que “Si ser persona es un ser de fines cuya dignidad, derivada de su naturaleza racional, el ordenamiento jurídico no puede dejar de reconocer, no cabe duda ninguna que debe reconocerse a la persona un ámbito de autosoberanía para reglamentar sus propias situaciones jurídicas y a través de ellas dar cauce a sus fines, intereses y aspiraciones. El contrato es así un cauce de realización de la persona en la vida social”. DíEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Vol I, *op.cit.* p. 126. Cfr. AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martínez. *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Tecnos, 1991. pp. 109-116, en lo que concierne a la dignidad de la persona como punto céntrico sobre el cual se articula el ordenamiento véase LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos del derecho privado*, La Ley, Buenos Aires, 2016. p. 252.

la cual tanto cautivó la atención de filósofos, economistas y juristas para finales del siglo XIX, sino especialmente a partir de su dimensión social³⁰⁹.

Desde esta perspectiva, se abandonaría la concepción atómica del ser humano y empezaría a adquirir mayor relieve la percepción de este último como un componente del entramado social³¹⁰, la persona no es más el reflejo de la representación hobbesiana de un *lupus* despiadado, un guardián de sus únicos intereses los cuales se encuentran delineados por el egoísmo³¹¹, y empieza a concebirse en clave de solidaridad o sociabilidad, en donde la preocupación, consideración, e, inclusive, la protección del *alter* hacen parte de la dimensión de la persona, la cual si bien debe ser entendida como un fin en sí misma, no por ello deja de representar un componente de la sociedad³¹², y por lo tanto su accionar y su desenvolvimiento deberá tener siempre como norte los principios valores e intereses de la comunidad a la que pertenece³¹³. En este sentido, con el declive de la autonomía privada el modo de percibir la persona humana cambiaría sustancialmente, pues ya no serían solo los aspectos individuales de la misma los que captarían toda la atención y trascendencia (*homo singularis*), sino que, a su vez, el modo en el que la misma se desenvuelve en el mundo social y en la economía del mercado serían aspectos que adquirirían un mayor protagonismo (*homo societatis*)³¹⁴.

Todo ello generaría como resultado que el respeto por los otros, así como también por axiológicos postulados y valores de corte supraindividual, terminase por erigirse como una auténtica barrera que limitaría el cauce del ejercicio irrestricto y desmedido de la autonomía negocial³¹⁵, lo cual daría paso al desplome o la caída del monolito del dogma de la autonomía de la voluntad, alguna vez fervientemente venerado y sacralizado, permitiendo que, sin encontrarse libre de críticas y matizaciones, se haya venido perfilando un redimensionamiento social y humanista -o poshumanista-³¹⁶ del contrato, leído en clave de la dignidad de la persona a través del prisma de la constitucionalidad –o de la Constitución-, por medio de la cual, sin

³⁰⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos. *El derecho civil a finales del siglo XX*, tecnos, Madrid, 1991. pp. 151 y 153.

³¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. “La buena fe objetiva y el cumplimiento de las obligaciones”, en *Tratado de la buena fe en el Derecho*, T II, La Ley, Buenos Aires, 2004. p. 110.

³¹¹ En relación con el decline de la visión individual y egoísta del contrato, el erudito jurista argentino JORGE MOSSET ITURRASPE, acervaba que “el contrato no puede ser el reino del egoísmo, del puro interés individual, sin poner en grave riesgo el bien común y la paz social”. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Justicia contractual*, Ediar, Buenos Aires, 1977. p. 97.

³¹² DE CASTRO, Federico. *Derecho civil de España*, T I, Civitas, Madrid, 2008. pp. 40 y 41; ALONSO PÉREZ, Mariano. “Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el “Derecho civil de España””, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 36, Nº 4, 1983. pp. 1117 y ss; y PERLINGERI, Pietro & FEMIA, Pasquale. “Personalismo e solidarismo costituzionali”, en *Istituzioni di diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane*, Napoli, 2012. p. 26. Para un estudio profundo y detallado con relación a la persona y su valoración jurídica en el Derecho histórico y moderno, puede consultarse con gran provecho e interés: ALONSO PÉREZ, Mariano. “Consideraciones en torno a la persona y su valoración jurídica”, en *Estudios en homenaje al Profesor José María Miquel*, T I, Aranzadi, Navarra, 2014. pp. 242 y ss.

³¹³ HERNANDEZ GIL, Antonio. *El concepto del Derecho Civil*, op.cit. p. 72.

³¹⁴ ALONSO PÉREZ, Mariano. *Aproximaciones a la idea de contrato (Apotheosis y declive de la autonomía privada)*, op.cit. p. 20. Igualmente puede consultarse, ALONSO PÉREZ, Mariano. *La autonomía privada y su expresión fundamental, el negocio jurídico*, op.cit. pp. 283 y 284.

³¹⁵ Según afirma el doctrinante francés STÉPHANE DARMASIN, lejos de haber muerto el principio de la autonomía de la voluntad este “est appelé à retrouver un second souffle grâce à la résurgence d’un principe essentiel et décliné quasiment à l’infini: le respect d’autrui, donc, de la norme suprême”. DARMASIN, Stéphane. *Le contrat moral*, LGDJ, Paris, 2000. p. 95.

³¹⁶ LLAMAS POMBO, Eugenio. *Una mirada al viejo Código Civil desde el posthumanismo y la globalización*, op.cit. s/p.

desconocer el papel y el valor que sigue asumiendo la voluntad, se desafía el valor omnímodo y autárquico de esta última al entender que la misma se encuentra sometida a exigencias y valores sociales que se superponen a ella³¹⁷, siendo esta una ‘relectura’ del Derecho contractual que se habría adquirido más fuerza y sustento a la luz de los principios y postulados que traería consigo el Derecho del consumo en la contemporaneidad.

De este modo la autonomía deja de ser entendida como única e inexorable paladina de la justicia, pues, en la hora de ahora, suele reconocerse que el libre consentimiento de las partes no es suficiente para garantizar una justicia en las relaciones contractuales³¹⁸, la cual, en la actualidad, se confía igualmente a la aplicación de normativas heterónomas de naturaleza objetiva³¹⁹.

Ahora bien, cabe destacar que, a la luz de este nuevo espíritu que inspira el moderno Derecho de contratos en la contemporaneidad, puede verificarse como, bajo la forma de la afamada proposición realizada por parte del reconocido *ius publicista* LEGÓN DUGUIT, quien advertiría para inicios del siglo XX la necesidad de reconocer una función social en el ámbito del instituto de la propiedad³²⁰, así como también de la formulación, de suyo más amplia y general, del también renombrado escritor alemán OTTO VON GIERKE, el que, justo antes de la consumación del siglo XIX, igualmente habría enaltecido la idea de una función social que debe predicarse del Derecho privado *in genere*³²¹, hoy se ha llegado a proclamar, de la mano a las nuevas tendencias que se evidencian en el panorama comparado³²², y de forma más

³¹⁷ JAMIN, Christophe. “Plaidoyer pour le solidarisme contractuel”, en *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001. pp. 447 y 448. Al respecto, el conspicuo maestro italiano, PIETRO PERLINGIERI, cabeza de una de las escuelas del Derecho privado más extendidas y reconocidas en todo el orbe, ha sido contundente al manifestar que en “un Stato sociale di diritto come il nostro, vòlto alla solidarietà, all’uguaglianza, al rispetto della persona e della sua dignità, non è giustificabile un’autonomia negoziale quale dogma in sé; non tutto ciò che è voluto dalla parti è meritevole di tutela. Occorre sempre verificare se un singolo atto di autonomia è lecito, meritevole di tutela, ragionevole e proporzionato, conforme cioè ai principi ed ai valori presenti nell’ordinamento giuridico”. PIETRO PERLINGIERI. *Relazione conclusiva*, *op.cit.* p. 485.

³¹⁸ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile: il contratto*, *op.cit.* p. 26. Contundente en este sentido han sido las palabras del ilustre jurista italiano, NICOLÒ LIPARI, quien ha sido determinante al expresar que “Quel che è certo è che non risulta più condiviso, nonostante persistenti resistenze (...) il tradizionale principio secondo il quale il rapporto tra libertà delle parti e giustizia del contratto sarebbe un rapporto necessario, nel senso che il contratto è giusto in quanto risulti frutto dell’esercizio della libertà delle parti”. LIPARI, Nicolò. *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2013. pp. 157 y 158.

³¹⁹ SACCO, Rodolfo & DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*, *op.cit.* p. 23. “Nel definiré e per attuare una giustizia nel contratto non è di aiuto un dato unificante, come è stato, in passato la volontà o la capacità dei soggetti; muta la costituzione economica e il ruolo che in essa è assegnato all’autodeterminazione delle parti ed al contratto”. VETTORI, Giuseppe. “Autonomia privata e contratto giusto”, en *Rivista di Diritto Privato*, Nº 1, 2000. p. 37.

³²⁰ DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*, T II, Fontemoing, Paris, 1911. p. 157.

³²¹ Al respecto, en discurso pronunciado el cinco de abril de 1899 relativo a la ‘Función social del Derecho privado’ (*Die soziale Aufgabe des Privatrechts*), GIERKE ya habría señalado que sería “el espíritu del Derecho germánico el que nos de nuevas normas para nuestro Derecho privado, y recibamos de él la inspiración de ser fieles a la misión social que ha de resolver el Derecho privado, en la sociedad actual”, lo que lo llevaría a afirmar con cierta rotundez en sus líneas conclusivas que “Nuestro Derecho privado será social o no será”. GIERKE, Otto Von. *La función social del Derecho privado y otros estudios*, Editorial Comares, Granada, 2015. pp. 16 y 27.

³²² Claro ejemplo de ello puede ser hallado en el hecho que en una codificación moderna (códigos de segunda generación), como lo es el Código Civil brasileño del año 2002, fuese incorporada expresamente la función social del contrato por parte su artículo 421. En relación al alcance y contenido de esta novedosa incorporación véase con interés: ZUEL GOMES, Rogério. *Teoria contractual contemporânea: função social do*

particular y específica, la existencia de una auténtica función social que debe predicarse del Derecho contractual, o, más específicamente, de la ‘función social del contrato’.

En este sentido, particularmente como fruto de la modernidad, o de la llamada ‘posmodernidad’, y de las nuevas realidades económicas y sociales que esta ha traído consigo, se ha dado lugar a una reconfiguración que ha permitido que se le imprima al contrato una nueva función, en razón de la cual, y sin pretender desconocer la importancia que se predica de la voluntad como legítima facultad de realización de los sujetos individuales, el contrato empieza a ser dimensionado como un instrumento cuya entidad y relevancia sobrepasa la órbita exclusiva de los intereses individuales o particulares³²³, pues se le atribuye una proyección más amplia y resonante que exige que para su ejercicio se deba desempeñarse en un modo armónico con una serie de valores e intereses metaindividuales de estirpe social³²⁴, lo cual, sin embargo, no presupone una subordinación de la relación contractual a los designios de la colectividad o lineamientos del Estado, puesto que, en realidad, esta función de naturaleza social encuentra su verdadero contenido en la persona, particularmente en su dignidad y en la búsqueda de una visión más social del contrato que la favorezca y beneficie³²⁵. De este modo, lo que se ha pretendido con esta nueva relectura es lograr verter en las ánforas del Derecho contractual un mayor grado de eticidad y de sociabilidad que logre expeler todo vestigio del indecoroso y censurable egoísmo radical, todo lo cual puede ser entendido y fundamentado igualmente a partir de una lectura del Derecho civil en clave de constitucionalidad³²⁶, de tanto auge y relevancia en los últimos lustros en la esfera internacional, ya que esta visión que encarna una función social puede ser reconducida a importantes disposiciones de estirpe constitucional³²⁷.

contrato e boa-fé, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, pp. 90 y 91; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*, Editora Saraiva, 2009, y DE FARIA BERALDO, Leonardo. *Função social do contrato: contributo par a construção de uma nova teoria*, Del Rey, Belo Horizonte, 2011.

³²³ Ya en su momento el conspicuo jurista italiano y profesor de la Universidad de Camerino, EMILIO BETTI, habría advertido que, al abordar el estudio de la autonomía privada, es necesario aportar ‘un grado de sensibilidad social’ que se predica de la sociedad moderna y que los antiguos individualistas no tenían, lo cual llevaría a afirmar que los poderes que se derivan de esta última no pueden ser ejercitados en contraste de la función social a la cual están destinados. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*, UTET, 1960. pp. 172-174.

³²⁴ Poniendo de presente la relevancia que asume la función social en el derecho de contratos como un concepto que “integra su estructura”, el reconocido profesor uruguayo JUAN BENÍTEZ CAORSI, ha señalado que “El contrato en su fase actual, dejó de ser un acto exclusivamente individual, para constituir un hecho social, cuya existencia y efectos interesan no sólo a las partes, sino también a la colectividad, por las consecuencias que puede aparejar para el sistema en su conjunto”. BENÍTEZ CAORSI, Juan. *Solidaridad contractual*, Ubijus, México, 2013. p. 102. Cfr. LIMA MARQUES, Claudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, Revistas dos Tribunais, São Paulo, 2016. p. 167.

³²⁵ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, *op.cit.* p. 75. En un mismo sentido, resaltando la dignidad de la persona y su desenvolvimiento como fundamento del Derecho contractual, en general, y particularmente en su nueva dimensión que proyecta en él una función social, véase DUQUE PÉREZ, Alejandro. “Una revisión del concepto clásico del contrato”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol 38, 2008. p. 465.

³²⁶ Para un estudio sobre este particular, resulta imperativa e inexcusable la lectura de la afamada obra del maestro italiano PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, *op.cit.*, la cual ha sido traducida igualmente a la lengua castellana, PERLINGIERI, Pietro. *El derecho civil en la legalidad constitucional*, T I y II, *op.cit.*

³²⁷ Así acontece en el caso del ejemplarizante ordenamiento jurídico italiano el cual en su artículo segundo de su carta constitucional ha introducido el imperativo del cumplimiento de “deberes inderogables de

De este modo se abriría paso a una nueva forma de dimensional los perfiles genéticos del Derecho contractual en la actualidad³²⁸, considerándose así que, en orden a que el contrato logre ser considerado como digno (*meritevole*) de tutela y reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico, este último deberá lograr comulgar con valores axiológicos supraindividuales, generalmente de raigambre constitucional, y no vulnerar o desestabilizar la buena fe y el justo equilibrio que deben prevalecer en todas las relaciones negócias, sobrepasado con ello la idea de una escueta justicia que se divise únicamente *intramuros* del acuerdo contractual y ponderada exclusivamente en términos del consentimiento³²⁹, lo cual permite entender que, en un sentido contrario, los comportamientos que no encuentren avenencia con la función social que se le atribuye al contrato podrán ser objeto de una respectiva sanción³³⁰.

A la luz de todo este panorama, se daría lugar a una especie de giro copernicano en relación al modo de concebir el vínculo contractual, pues se dejaría de lado la visión individualista por medio de la cual se representaba la relación negocial desde una perspectiva netamente adversarial, por medio de la cual se asimila a este último a una especie de tablero en el que cada una de las partes emplea las disposiciones y estipulaciones como fichas en avance para abatir a su contraparte, representando así un juego bélico de dominio y sometimiento, una ‘lucha frívola’ en donde cada quien trata de obtener la mayor ventaja al menor costo posible³³¹, entendiendo que la satisfacción de una de las partes dependerá únicamente de la ventaja que logre obtener frente a su contraparte, aun a costas de la terminante vulneración o frustración de

solidaridad política, económica y social”. Lo que igualmente puede predicarse de la Constitución Política colombiana, la cual no solamente determina en su artículo primero que Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana y de la solidaridad de las personas que lo integran, sino que, además, por medio de su artículo 94 inscribe dentro de los deberes de las personas y del ciudadano el de “Obrar conforme al principio de solidaridad social”, siendo una disposición que ha sido concebida por parte de la Corte Constitucional Colombiana como un postulado que delimita el principio de la autonomía de la voluntad, descartando así su carácter omnímodo o autosuficiente, puesto que, en opinión de la Corte “con el surgimiento de los postulados sociales del Estado de Derecho” la autonomía privada “relativizó su alcance en favor de la salvaguarda y protección del bien común, el principio de solidaridad y los derechos de los terceros”. Sentencia T-468/03 del 5 de junio de 2003. Para un estudio detallado y concienzudo del valor del principio de solidaridad contractual en la esfera constitucional en el Derecho colombiano, véase con interés BERNAL FANDIÑO, Mariana. *El deber de coherencia en el Derecho colombiano de contratos*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2013. pp. 66-82.

³²⁸ En opinión de los profesores brasileños, CLAUDIA LIMA MARQUES y BRUNO MIRAGEM, “dentro de las transformaciones contemporáneas del nuevo derecho de los contratos” el aspecto más relevante “es el surgimiento de una concepción social del contrato”. LIMA MARQUES, Claudia & MIRAGEM, Bruno. “Nuevos principios del Derecho contractual y la reconstrucción de la autonomía privada”, en *Teoría general del contrato: homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti*, T I, La Ley, Buenos Aires, 2012. p. 263.

³²⁹ Al respecto, el renombrado jurista colombiano HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, habría puesto de manifiesto que, “El contenido del contrato queda en esta forma establecido no solamente por la voluntad de las partes sino también por la ley y por los postulados concretos de la buena fe y de la confianza recíproca”. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA. ‘Comentarios’ a la obra, *La regla moral en las obligaciones de GEORGES RIPERT*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1946. p. 36.

³³⁰ Así lo ha puesto de presente el distinguido profesor de la Universidad *La Sapienza*, SALVATORE PATTI, quien ha manifestado que “In definitiva, la funzione sociale consente anche di guidare i comportamenti dei consociati e di sanzionare quelli che non realizzano una visione solidaristica del diritto privato: non a caso il termine «sociale» ricorre in molte norme della Costituzione dopo o con l’affermazione del principio di solidarietà. Si realizza in tal modo una visione diversa del diritto privato che consegue ad una moderna concezione della società”. PATTI, Salvatore. “La funzione sociale nella ‘civiltà italiana’ dell’ultimo secolo”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, II, 2016. p. 183.

³³¹ RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949. p. 74.

los intereses de esta, y se introduce un nuevo modo de visualizar la relación contractual, el cual, sustentándose en la buena fe, representa al contrato como un instrumento en el que convergen y se armonizan los intereses, originalmente contrapuestos o desligados, de los sujetos, cuya actuación deberá desempeñarse en modo armónico al son de la cooperación y de la ayuda mutua, lo cual implica que las actuaciones y comportamientos de estos últimos deberán desempeñarse en modo tal que logren coadyuvar a la efectiva consecución de un propósito común³³², lo que en últimas no solo contribuirá a que dicho propósito sea alcanzado en un modo más eficiente, sino que, además, favorecerá a la obtención de un mayor grado de justicia y utilidad a nivel contractual³³³.

Ahora bien, conforme a esta nueva mirada social del contrato, la cual ha sido concebida como una ‘parte integrante’ que resulta inescindible a la proyección moderna del mismo³³⁴, y particularmente del prohijamiento de la noción de cooperación contractual, la que se ha articulado como uno de los aspectos más fulgurantes de la evolución del contrato en la contemporaneidad³³⁵, y que ha llegado, incluso, a ser acogida expresamente por parte de algunos importantes instrumentos de armonización internacional (artículo 5.1.3 de los Principios Unidroit, y el artículo III – 1:104 del Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo, en los cuales, en líneas generales, se dispone que las partes deberán cooperar con su co-contratante cuando dicha cooperación hubiese podido ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última), no cabe duda alguna que la idea que encarna la justa lid contra la sorpresividad logrará encontrar una clara armonía con los nuevos derroteros por los cuales se ha abierto camino el Derecho contractual en la actualidad.

En este sentido consideramos que, si bien, y en gracia de discusión, bajo la regencia del gélido egoísmo e individualismo miope en el ámbito contractual, habría podido llegar a concebirse que determinadas sorpresas, por más injustas o desestabilizantes que resulten, podrían ingresar y gobernar en la relación contractual siempre que las mismas hayan sido legitimadas de algún modo por un acuerdo, pues en tanto y en cuanto encontrase asilo en el contrato, siguiendo la lógica totalizante del ‘*laissez faire, laissez passer*’ se podría considerar que igualmente se debería ‘*laissez surprendre*’, lo cierto es que, habiendo sido superada esta lóbrega lectura, y siendo acogida una visión más social y humana del Derecho contractual, la cual, tal como hemos señalado, cada vez más se ha abierto un importante camino en el panorama internacional, dejando así de constituir un simple ‘ideal’³³⁶, para acercarse cada vez más a la realidad, la posibilidad de que el ordenamiento jurídico le ofrende una suerte de

³³² En palabras del renombrado jurista argentino, RICARDO LUIS LORENZETTI, “el Derecho de los contratos transforma un juego no cooperativo en uno cooperativo. Es importante señalar que los deberes colaterales cumplen una función en la asignación de un curso eficiente a la negociación contractual, favoreciendo los juegos de ganancia mutua”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*, Rubinzal, Buenos Aires, 2010. p. 159.

³³³ En relación con la teoría de ‘*l’utile et du juste*’ originalmente formulada por el ilustre profesor francés JAQUES GHESTIN, conforme a la cual, de la mano al principio rector de naturaleza subjetiva de la libertad de contratar, la utilidad y la justicia contractual se articulan como principios rectores objetivos con los que el primero deberá conciliarse, cabe destacar que este profesor ha concebido la ‘cooperación’ como un principio que favorece a la consecución tanto de lo útil como lo de justo en el ámbito contractual. GHESTIN, Jaques. “Le contrat en tant qu’*échange économique*”, en *Revue d’Economie Industrielle*, Vol 92, 2000. pp. 91-96.

³³⁴ KESSLER, Friedrich. *Contracts: cases and materials*, Little, Brown and Company, 1970. p. 12.

³³⁵ MESTRE, Jacques. “L’*évolution du contrat en droit privé français*”, en *L’évolution contemporaine du droit des contrats*, Presses Universitaires de France, Paris, 1986. pp. 46, 51 y ss.

³³⁶ BROWNSWORD, Roger. *Contract law: themes for the twenty-first century*, Oxford Press, 2009. p. 37.

‘patente de corso’ -como de la que hablaría en su momento IHERING³³⁷-, a una de las partes para que pueda valerse de la sorpresa en detrimento de legítimos intereses que se encuentran en cabeza del otro sujeto de la relación contractual deberá ser entendida como inadmisibles.

En efecto, al momento en que deja de visualizarse la relación contractual como un nexo obligacional intersubjetivo de naturaleza irresolublemente antagónica, como si se tratase de gladiadores forzados a arremeter el uno con el otro, y empieza a concebirse como un vínculo trazado por la lealtad y la ayuda mutua entre sujetos de derecho que se encuentra enderezado hacia la consecución de un propósito común, se torna indefendible el hecho que uno de tales sujetos pretenda, en pro de garantizar la maximización de sus únicos intereses, aventajarse injustamente empleando la sorpresa en perjuicio de la otra.

De esta forma, en estricta consonancia con esta visión más social humana y ética del contrato, es posible considerar que cada uno de los sujetos deberá comportarse con un alto grado de probidad, ajustando su comportamiento y su libre voluntad al cumplimiento de estándares comportamentales de naturaleza supra-legal³³⁸, tal y como lo son el civismo, la decaía, sinceridad y la razonabilidad³³⁹, debiendo además procurar por respetar los intereses y la dignidad del *alter*, motivo por el cual, cuando resulte razonablemente exigible, deberá desempeñar conductas encaminadas a evitar que su co-contratante sea víctima de sorpresas que puedan llegar a perjudicarlo, todo ello en consonancia de las exigencias de una estricta lealtad contractual, y de la proscripción de un egoísmo individualista voraz y nocivo.

3.2. EL DESENVOLVIMIENTO DE LA SORPRESA A LA LUZ DE ALGUNOS LINEAMIENTOS DEL NUEVO DERECHO CONTRACTUAL

3.2.1. *El redimensionamiento de la voluntad.*

Sin perjuicio de todo lo que hemos mencionado anteriormente, es posible corroborar que, a emulación de una especie de fenómeno de oscilación pendular, en la actualidad la voluntad ha recobrado nuevamente un papel especial en el escenario jurídico, aunque sea cierto que el mismo resulte mucho más modesto y atenuado que aquel que llegó a desempeñar cuando el liberalismo salvaje y el impávido individualismo imperaban, lo cual permite hablar de una especie de ‘retorno’, moderado y limitado, hacia la autonomía de la voluntad, o, en mejores términos, de un redimensionamiento de la voluntad en la contemporaneidad³⁴⁰. En este sentido, reconociendo sus imperfectos, y guardando una plena consciencia de la necesidad de delimitar sus excesos y de corregir sus defectos, de los cuales pueden derivarse indeseados abusos, a su turno que, admitiendo la necesidad de coordinar su contenido y alcances con intereses y valores que superan la órbita netamente individual, teniendo siempre como norte la necesidad de

³³⁷ VON IHERING, Rudolf. *El fin en el derecho*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1978. p. 73.

³³⁸ Al respecto, el renombrado jurista alemán, REINHARD ZIMMERMANN, observa que, en todos los sistemas legales modernos la libertad de las partes de la relación contractual se encuentra limitada por estándares ‘extra legales’. ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1996. p. 706.

³³⁹ Según ha manifestado con gran elocuencia y precisión el profesor JEAN CARBONNIER, "Pour être parfait, il faudrait au contrat toutes sortes de vertus: civisme, justice, sincérité". CARBONNIER, Jean. *Droit civil: les obligations*, Presses Universitaires de France, Paris, 1994. p. 126.

³⁴⁰ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves & CHÉNEDE, François. *Droit civil: les obligations*, *op.cit.* pp. 50-52; e HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones*, *op.cit.* pp. 188 y 189.

reequilibrar las arraigadas y connotadas situaciones de desigualdad que caracterizan la moderna contratación³⁴¹, la voluntad emerge nuevamente, redimensionada y renovada, considerándose todavía como el legítimo motor del contrato³⁴².

Así pues, asistimos a una revitalización de la autonomía de la voluntad, la cual adquiere hoy un renovado papel que le permite enaltecerse a la luz de un nuevo panorama contractual, particularmente en el escenario del Derecho del consumo, sin embargo emerge no ya como una entidad omnímoda y autárquica³⁴³, sino más bien como un concepto relativo y claramente delimitado, cuya aplicación y alcance deberán encontrarse estrictamente acompañados al son que dictaminan el principio áureo de la buena fe, el necesario respeto por la confianza legítima, y el favorecimiento por la cooperación y la ayuda mutua en la relación contractual³⁴⁴, siendo este un fenómeno que el profesor emérito de la Universidad de París *Panthéon-Sorbonne*, JEAN-LUC AUBERT, bautizaría con el rótulo de ‘voluntarismo social’, y en relación al cual señalaría que, será en la conciliación que se materializa entre “la voluntad -que sigue siendo el fundamento del contrato- y las necesidades sociales -que limitan su ejercicio” donde “se encuentra todo el régimen moderno del contrato”³⁴⁵.

Siguiendo esta línea de cosas, muestra paladina de este redimensionamiento de la voluntad puede ser hallado en el hecho que, sin desconocer la inocultable propensión en el panorama legislativo internacional por favorecer un control de carácter objetivo del equilibrio prestacional en el ámbito contractual, una de las vías por la cual se han decantado los diferentes ordenamientos a nivel internacional para contrastar los efectos desestabilizadores y desequilibrantes que son connaturales al mercado y a la sociedad contemporánea, y con ello propender por estimular la formación de relaciones contractuales más útiles y justas, ha sido la incorporación de disposiciones normativas, de diferente índole y naturaleza, que son

³⁴¹ Según manifestaría el afamado profesor español JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, “si bien la autonomía de la voluntad ayuda al predominio injusto de los más fuertes y astutos, en la práctica se ha revelado como el menos malo de los sistemas, lo cual no excluye la necesidad de corregir sus excesos ni justifica la necesidad de un determinado sistema económico”. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil, op.cit.* p. 13.

³⁴² LARROUMET, Christian & BROS, Sarah. *Traité de droit civil: les obligations, le contrat, op.cit.* p. 77.

³⁴³ Al respecto el profesor DIMITRI HOUTCIEFF, al desarrollar un esquemático estudio en el que aborda las diferentes tendencias doctrinales en relación con la determinación del fundamento del derecho de contratos, recordaría que si bien “la volonté est insuffisante pour expliquer à elle seule les effets de droit de la convention, son influence ne peut être tout à fait niée, à peine de saper la théorie générale du contrat par sa base”. HOUTCIEFF, Dimitri. *Droit des contrats*, Bruylant, Bruxelles, 2020. p. 90.

³⁴⁴ En un sentido similar véase JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La modificación sobreviniente de las circunstancias y la revisión de los contratos en la posmodernidad, op.cit.* p. 98. Cfr. HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones, op.cit.* pp. 188 y 189.

³⁴⁵ Traducción libre. FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc & SAVAUX, Éric. *Les obligations, op.cit.* p. 107. Cfr. AUBERT, Jean-Luc. *Le contrat*, Dalloz, Paris, 2005. pp. 27 y 28. “Aussi imparfaits, inégaux ou faibles que soient les cocontractants ou l’un d’eux la volonté de se lier demeure la seule justification de l’obligation qui soit conforme à la dignité humaine”. MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent, & STOFFELMUNCK, Philippe. *Droit des obligations, op.cit.* p. 254. Una visión similar, que se inclina por buscar un punto medio entre una visión social sin que con ello se erradique la libertad que se predica de la autonomía de la voluntad, ya habría sido expuesta con varios años de antelación por parte del renombrado jurista francés EUGÈNE GAUDEMONT, el que, denunciado el peligro se puede derivar de una teoría de la solidaridad social en materia contractua, la cual puede llegar a suprimir la libertad de las convenciones y llevar a un socialismo de Estado, habría manifestado con gran precisión que “Il faut introduire l’idée de solidarité, mais éviter qu’elle n’anéantisse celle de liberté”. GAUDEMONT, Eugène. *Théorie générale des obligations, op.cit.* p. 31.

encauzadas armónicamente hacia la consecución de un mismo propósito que es el de garantizar un dialogo leal y honesto, entre los sujetos de la relación negocial, el cual pueda fungir como antesala para la adecuada formación de un consentimiento libre, informado, sano y meditado que contribuya a que las partes de la relación puedan recobrar la posibilidad, real y efectiva, de tutelar sus propios intereses³⁴⁶.

En este sentido, es posible verificar cuatro grandes categorías de técnicas legislativas que se predicen de un importante número de ordenamientos jurídicos, las cuales ponen en evidencia este resurgimiento de la voluntad, y en relación con las cuales, tal como lo podremos comprobar a lo largo de este escrito, todas y cada una de ellas se relacionan, de una u otra forma, con la figura de la sorpresa en la órbita contractual, y se manifiestan particularmente, aunque no exclusivamente, en el campo del Derecho del consumo, y las cuales vienen a ser: i. las normas que abogan por la incorporación, así como el progresivo ensanchamiento, de un deber de información, el cual, bañándose actualmente en las aguas del postulado de la transparencia contractual, se redimensiona y persigue la obtención de un consentimiento real y efectivo; ii. las normas que la instauran determinadas formalidades, representando con ello el renacimiento del formalismo, o, el advenimiento de un ‘neoformalismo’, a través del cual se pretende que los clausulados y documentos contractuales resulten adecuadamente aprehensibles y cognoscibles; iii. las normas que consagran la aplicación de un derecho de desistimiento cuyo propósito es el de garantizar que el consentimiento sea libre, meditado y reflexivo; y, por último, iv. las normas que propugnan la exclusión de estipulaciones contractuales que, en razón de su naturaleza sorpresiva, amén que inesperada, contrarían o llegan a frustran las legítimas expectativas que una de las partes de la relación contractual razonablemente se habría podido formar.

Así mismo, a este elenco de disposiciones legislativas que ofrendan una muestra de la trascendencia que ha adquirido esta visión renovada de la voluntad negocial en la contemporaneidad, se le debe sumar la continua e inmarcesible vigencia de la teoría de los vicios del consentimiento en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos, siendo esta una teoría que, en lugar de encaminarse hacia las vías de la extinción o de desaparición, cada vez más tiende a expandir, sea por una que por otra vía, su radio de aplicación, tal como puede comprobarse de las corrientes legislativas y doctrinales más vanguardistas en la materia, tanto a nivel nacional como supranacional, y en la cual, es menester anticiparlo -sin perjuicio de que será una temática que se abordará con mayor detenimiento en líneas subsiguientes-, la sorpresa adquiere cada vez una más clara carta de ciudadanía y de pertinencia, lo cual refuerza el vínculo indisoluble que se predica de una política judicial y legislativa enderezada a garantizar la existencia de un una voluntad pura, sana e inmaculada y el necesario rechazo de la sorpresa jurídicamente relevante.

³⁴⁶ Según ha manifestado los afamados profesor franceses FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER, YVES LEQUETTE, y FRAÇOIS LEQUETTE, para remediar los excesos que se verifican en el mercado en la actualidad, existen principalmente tres vías, dentro de las cuales se encuentra el propósito por reestablecer las condiciones de un ‘debate equilibrado’ entre las partes de la relación para que, de este modo, la libertad contractual logre instituirse como un instrumento eficaz, mientras que las otras dos vías serán: 1. “renforcer le cadre contraignant dans lequel se meut la liberté contractuelle au risque de la priver d’une grande partie de ses vertus de souplesse, d’initiative, d’entraînement” y 2. “œuver pour un «monde contractuel meilleur» où le contrat ne serait plus perçu comme le produit d’un rapport de force mais comme une «union d’intérêts équilibrés, un instrument de coopération loyale, œuvre de mutuelle confiance». TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves & CHÉNEDÉ, François. *Droit civil: les obligations*, op.cit. p. 42.

Desde esta perspectiva, teniendo en consideración que el propósito de favorecer la proscripción de la sorpresa jurídicamente relevante se instituye como un común denominador en una pluralidad de los escenarios jurídicos en los que converge la mayor vigencia y relevancia del discurso relativo a la protección del consentimiento contractual en la actualidad, consideramos que resulta dable afirmar que el rechazo de lo sorpresivo se proyecta como una de las políticas legislativas más vanguardistas que se articula en el Derecho del consumo, y en el nuevo Derecho contractual, a nivel internacional, para garantizar la tutela de la voluntad negocial, siendo así una de las piezas clave en el proceso de reconfiguración, o de ‘resurrección’, por el cual está cursando este último precepto.

En efecto, consideramos que la sorpresa representa una verdadera pieza clave en materia de la protección de la voluntad en la actualidad, toda vez que, a diferencia de los mecanismos de naturaleza formal que procuran otorgar una información, que puede o no ser interiorizada o comprendida, o de asegurar que el contrato se encuentre redactado en caracteres tipográficos adecuados, y de que su contenido sea suficientemente claro, a pesar de que pueda resultar engañoso o inesperado, los cuales si bien contribuyen para abrir la puerta a una correcta formación de la voluntad, no logran asegurar desde un plano sustancial o material, la posibilidad de tutelar el cuadro cognitivo que una de las partes legítimamente se habría forjado en relación de lo que podría llegar a acontecer respecto al contrato que está por celebrar, escudándolo así frente a alteraciones que resulten razonablemente inesperadas e imprevistas, de la mano del amparo que brindan los tres clásicos guardianes del consentimiento (error, fuerza y dolo), sí logra representar un instrumento idóneo y conveniente para lograr garantizar un último reducto de auténtica voluntad, tan necesario en el marco de un tráfico jurídico como el contemporáneo.

A la luz de lo reseñado hasta este punto podemos manifestar que, la necesidad de otorgar una respuesta ante los efectos perjudiciales que se materialicen como consecuencia de la verificación de una sorpresa jurídicamente relevante en el ámbito contractual, podrá contar con una fundamentación binaria, pues se justificará tanto desde la perspectiva concerniente a la protección de la voluntad contractual, como también, ello es muy elocuente, desde la perspectiva atinente a la lectura social que integra una visión social y cooperativa del contrato, todo lo cual, en últimas se resumirá en la búsqueda de una verídica justicia contractual, poniéndose así en evidencia la estrecha interrelación que existe entre el rechazo de la sorpresa y la consecución de este último objetivo.

3.2.2. La protección del contratante que se encuentra en situación de debilidad o vulnerabilidad

Posiblemente uno de los aspectos más descollantes y sobresalientes del moderno Derecho contractual, especialmente en lo que respecta al ámbito del Derecho del consumo, es la tendencia, la cual adquiere cada vez un mayor predominio, y que se inclina por instaurar políticas e instrumentos jurídicos con una marcada naturaleza tuitiva, a través de los cuales sea posible ofrendar un grado más levado de protección a los co-contratantes que se encuentran en una acentuada situación de debilidad -tanto genética como circunstancial-, como respuesta a las arraigadas asimetrías que han venido a caracterizar el tráfico jurídico en la actualidad, al igual que a los nuevos retos que ha acarreado consigo este nuevo siglo, los cuales, huelga señalar, han llegado a poner a prueba los lineamientos más básicos del humanismo, el que tanto

habría resonado en el movimiento codificador decimonónico, al igual que la idea misma del centrismo de la persona en la esfera jurídica y contractual³⁴⁷.

En efecto, como natural consecuencia del abrupto giro que se habría presentado años atrás, se generó un vertiginoso cambio de una economía sustentada primordialmente en el modelo agrícola y artesanal estructurado generalmente por agrupaciones familiares, en donde la libre y paritaria negociación se instituía como fundamento cuasi inexorable de cualquier relación contractual, a una economía sustentada en el consumo, cuyas voraces exigencias generarían como consecuencia que se conformasen de colosales modelos societarios con proyecciones y alcances tan amplios que desbordarían los límites geográficos de cualquier nación, todo lo cual terminaría por ‘institucionalizar’ la desigualdad entre las partes contratantes³⁴⁸.

De este modo, a la luz de este nuevo panorama se dio paso a la edificación de un tráfico jurídico masificado y regido por una indómita celeridad³⁴⁹, en el cual la relevancia de los aspectos y caracteres personales caería en un ocaso y el desenvolvimiento impersonal empezaría a convertirse en monarca de los vínculos jurídicos, siendo por lo demás un tráfico que, debido a sus exigencias, únicamente podría hallar un sustento en el empleo de modelos de contratación estandarizada, en la cual resultaría usual el uso de intrincados y babélicos clausulados que logran poner en dificultades a los más versados exégetas y hermeneutas, siendo entonces una amalgama de espinosos factores que caracterizarían los nuevos conductos de la contratación.

Así, en tal virtud de lo anterior, puede evidenciarse como el modelo tradicional del contrato negociado se convertiría en un frágil recuerdo del pasado³⁵⁰, y en ausencia de este, más allá de la fragmentaria construcción de sub-clasificaciones contractuales (‘segundo’ y ‘tercer’ contrato), de la mano al modelo de contratación tradicional o paritaria, se avizora el perfilamiento de un nuevo y genérico paradigma contractual³⁵¹, el cual se ve caracterizado por la regulación de relaciones asimétricas, a su turno que por el propósito de garantizar un justicia que se encuentra bosquejada por los trazos de un equilibrio sustancial que logre favorecer a los

³⁴⁷ En sentido, el analítico profesor español EUGENIO LLAMAS POMBO, con buen criterio y suma elocuencia, ha puesto de presente que, el Derecho civil en este nuevo siglo se enfrenta a nuevos e importantes retos, tales como lo son “la tiranía del mercado, el imperio del big data (que vaticina Yuval Noah Harari en su *Homo Deus*), la robótica y la trivialización del pensamiento y la verdad que imponen las redes”, todos los cuales, en su opinión “amenazan gravemente al Humanismo que entronizó la Ilustración, y a la persona como eje central de nuestra disciplina civilista”. LLAMAS POMBO, Eugenio. “Presentación”, en *Derecho de daños y protección de la persona*, tirant lo Blanch, Bogotá, 2021. pp. 23 y 24.

³⁴⁸ GIORGIANI, Michele. “Il diritto privato ed i suoi attuali confini”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, A. Giuffrè, Milano, 1961. p. 402; y TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves & CHÉNEDÉ, François. *Droit civil: les obligations*, op.cit. p. 41.

³⁴⁹ Con relación a la celeridad como nuevo fenómeno que caracteriza y, en cierto modo dificulta, la contratación moderna, véase: BRECCIA, Umberto. “Prospettive nel diritto dei contratti”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2-3, 2001. p. 162; y DI MARZIO, Fabrizio. “Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)”, en *Rivista di diritto privato*, N° 4, 2002. pp. 721 y 722.

³⁵⁰ Según ha manifestado el egregio profesor español LUIS DíEZ PICAZO, el ‘modelo ideal de contrato’, el cual describe como aquel que “se aviene con personas que sólo contratan esporádicamente o con empresarios con un modo de producción artesanal que sólo operan sobre predios”, en su opinión “Concuerda, sin embargo, mal con la contratación de prestaciones que hoy se producen masivamente”, fruto de las cuales, adiciona que, se han derivado “un conjunto de erosiones en la idea tradicional del contrato como contrato por negociación”. DíEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Vol I, op.cit. p. 130 y 131.

³⁵¹ Para un estudio más profundo en relación de este ‘nuevo paradigma del derecho contractual’ el cual es representado bajo la categoría del ‘contrato asimétrico’ véase con interés el interesante y propositivo estudio de ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del duemila*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020. pp. 69 y ss.

sujetos que se encuentran en una situación de mayor debilidad³⁵². Todo ello como respuesta a las acentuadas situaciones de desigualdad suelen caracterizar el escenario jurídico en la actualidad³⁵³, aún a costas de una sustancial delimitación del postulado de la autonomía de la voluntad, pues, tal y como pudimos señalar con antelación, los individuos dejan de ser representados como los únicos garantes de la justicia, y empieza a concebirse que el ordenamiento jurídico será el que, aras de favorecer a la persona humana y particularmente a su dignidad³⁵⁴, terminará por intervenir para garantizar una auténtica justicia conmutativa³⁵⁵, siguiendo así, con estricto apego, la coherente lógica que se desprende del decimonónico apotegma formulado por el abogado, político y predicador francés, JEAN-BAPTISTE HENRI LACORDAIRE, de conformidad con el cual “entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, entre el amo y el siervo, es la libertad la que oprime y la ley la que libera”³⁵⁶.

Ahora bien, cabe destacar en este punto que, si bien en un primer plano estos nuevos lineamientos de protección habrían sido receptados exclusivamente en el ámbito del consumo, lo cierto es que, este nuevo modelo de un Derecho contractual de naturaleza más tuitiva, cada vez ha extendido más sus raíces con miras hacia una pretendida ‘universalidad’³⁵⁷, dejando así de ser percibido como una especie de patrimonio único perteneciente al Derecho del consumo, y empieza a ser representado con una proyección más amplia y general, la cual, más allá de las cualidades subjetivas de una de las partes de la relación contractual, se enfoca en la posible existencia de una objetiva inequidad, la cual suele ser fruto de la existencia de una arraigada situación de asimetría o desigualdad.

Desde esta perspectiva, y sin llegar a desconocer que es el escenario de los consumidores donde se requiere la más enérgica protección y regulación, siguiendo los lineamientos de algún importante sector que ha adquirido un cierto predominio a nivel internacional, se ha superado el ‘involutivo’ dogmatismo que propugnaba que determinados instrumentos tuitivos fuesen reservados única y exclusivamente a favor de la protección del consumidor³⁵⁸, y se ha

³⁵² En lo tocante a la protección de la parte débil como una de las nuevas tendencias del Derecho contractual contemporáneo véase BEALE, Hugh, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, RUTGERS, Jacobien & VOGENAUER, Stefan. *Cases, materials and text on contract law*, Bloomsbury Publishing, 2019. n° 1.1.C.

³⁵³ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Vol I, *op.cit.* pp. 132 y 137. En relación con la temática que gira en torno al advenimiento de un nuevo Derecho de contratos, el profesor italiano FABRIZIO DI MARZIO ha puesto de presente que la desigualdad de las partes contratantes se manifiesta como el “orizzonte del nuovo diritto dei contratti e come sua frontiera”. DI MARZIO, Fabrizio. *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, *op.cit.* pp. 725.

³⁵⁴ FONTAINE, Marcel. “La protection de la partie faible dans les rapports contractuels”, en *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, L.G.D.J, Paris, 1996. p. 623.

³⁵⁵ En relación con el particular, el reconocido profesor de la Universidad de Génova, VINCENZO ROPPO, ha manifestado que bajo el modelo de un Estado social de Derecho debe acogerse “l’idea che spetta anche al potere pubblico intervenire. È infatti compito del potere pubblico assicurare ai cittadini *libertà e uguaglianza non solo in senso formale ma anche in senso sostanziale (...)*” lo cual justifica que exista una multiplicidad de “interventi pubblici che, per proteggere l’interesse generale o l’interesse delle categorie sociali deboli, limitano la libertà contrattuale: specialmente con norme di legge che vietano di inserire nel contratto determinati contenuti (...)”. ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, *op.cit.* pp. 47 y 48.

³⁵⁶ Traducción libre. LACORDAIRE, Henri Dominique. *Conférences de révérend père Lacordaire*, T III, J.-B. De Mortier, Bruxelles, 1852. p. 174.

³⁵⁷ ROPPO, Vincenzo. “Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale”, en *Il contratto e le tutele*, G. Glappichelli Editore, Tornino, 2002. pp. 657 y 658.

³⁵⁸ Con respecto a la tendencia ‘involucionista’ de las normas del Derecho del consumo se pronunció en su momento el sapiente profesor español Don FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, quien en uno de sus estudios señaló: “De este modo, se ha venido a crear una clase especial de protegidos, con la consecuencia de que a los

comenzado a abrir un importante camino un nueva visión, de suyo más amplia y comprensiva, la cual, sin limitarse únicamente al marco del consumo, apela al paradigma del ‘contratante débil’ como sujeto al cual el ordenamiento deberá garantizar un mayor grado de protección en razón de su vulnerabilidad.

Así las cosas, se ha perfilado la figura del ‘contratante débil’ como sujeto merecedor (*meritevole*) de una mayor tutela por parte del ordenamiento jurídico, sea que aquel vista el ropaje de un consumidor o el de un empresario, aspecto que, en principio, se torna intrascendente, ya que ante todo nos encontramos ante personas, sujetos e individuos³⁵⁹, los cuales indistintamente podrán encontrarse en una situación de acentuada desigualdad, por manera que, aquello que verdaderamente revela la necesidad una legítima tutela, no es pues la calidad en la que actúa cada uno de ellos, sino más bien la existencia de una marcada situación de inferioridad e indefensión que lo desfavorece. De este modo, se verifica una tendencia encaminada a desarticular la idea de que el consumidor ostente el ‘monopolio de la protección’, abriéndose paso así a un Derecho contractual que incorpora un propósito tutelar más amplio en orden a garantizar un mayor grado de justicia a nivel contractual³⁶⁰.

En este sentido se ha pronunciado el ilustre profesor de la Universidad de Perugia, LORENZO MEZZASOMA, quien a lo largo de los años ha defendido, con gran firmeza y convicción, esta reconducción de los mecanismos tutelares que ofrece el ordenamiento hacia la figura del contratante débil, y no exclusivamente frente al consumidor³⁶¹, siendo esta una

demás (empresarios y profesionales) se les niega el favor de las leyes de protección «beneficium odiosum») y así se llega al resultado de que, en los contratos entre profesionales y empresarios, habrán de considerarse válidos incluso los pactos leoninos que aquéllos se incluyan, aunque los tales pactos estén condenados por las leyes de protección al consumidor. Como se columbra de lo dicho, lo que nos importa de las citadas definiciones, no es su mayor o menor acierto verbal, *lo que aquí interesa es el que ellas sean o puedan entenderse como signo de que las normas sobre protección del consumidor resulten ser un retroceso e involución de la antes descrita tendencia hacia el abandono de la concepción liberal de la autonomía de la voluntad*” (se destaca). DE CASTRO, Federico. “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 35, Nº 4, 1982. p. 1075 y 1076.

³⁵⁹ Según ha manifestado, con sumo acierto, el ilustre jurista italiano, ya varias veces citado por nosotros, PIETRO PERLINGIERI, “La qualità di consumatore è soltanto un aspetto della persona, un aspetto parziale di una realtà complessa, ove gli individui non possono essere distinti esclusivamente tra produttori e consumatori, giacché sono innanzitutto uomini”. PERLINGIERI, Pietro. “Relazione di sintesi”, en *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999. p. 345.

³⁶⁰ Sobre este particular se ha pronunciado en un reciente y llamativo escrito monográfico la doctrinante española ROSA BARCELÓ COMPTE, quien observaría con gran precisión que en la actualidad “la categoría de consumidor pierde centralismo y el monopolio de la protección”, poniendo de presente en adición que, “la normativa de consumo, con un ámbito de aplicación estrictamente definido, no responde adecuadamente a los parámetros actuales de protección de la parte débil”. BARCELÓ COMPTE, Rosa. *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 2019. p. 46.

³⁶¹ MEZZASOMA, Lorenzo. “Il consumatore il professionalista”, en *Diritto e tutela dei consumatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010. p. 31, el profesor MEZZASOMA expone que la noción de contratante débil no puede referirse de manera exclusiva al consumidor, bajo el entendido que el profesional puede encontrarse igualmente en una situación de debilidad respecto a su co-contratante, cuando este último asuma una posición de debilidad frente a su co-contratante, cuando este asume una posición dominante en el mercado. Para un estudio similar del mismo autor en castellano puede consultarse MEZZASOMA, Lorenzo. “Las cláusulas abusivas y la consolidación del remedio de la nulidad de protección en el ordenamiento jurídico italiano”, en *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2014. pp. 189-193, y MEZZASOMA, Lorenzo. “Relaciones con la clientela y cláusulas vejatorias”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, IJ Editores, 2015. Siguiendo la misma línea, pero a partir de una visión constitucional de la protección del contratante débil, puede consultarse MEZZASOMA, Lorenzo. *Disciplina del contrato, tutela del contratante más débil y valor constitucional*, Derecho Privado y Constitución, Nº 29, 2015. pp. 187 y ss.

tesitura que ha reivindicado muy recientemente con ocasión de un importante escrito de su autoría en el cual, con gran determinación y concreción, afirmó que “la noción del contratante débil no puede referir exclusivamente al consumidor porque igualmente un profesional puede encontrarse en una situación de debilidad genética respecto a su contraparte (...)”³⁶².

Todo lo anteriormente descrito no resulta, en lo absoluto, ajeno al discurso que gira en torno al rechazo de lo sorpresivo, pues no cabe duda que, tal y como hemos venido señalando, el espectro perjudicial que se predica de la sorpresa ha sido objeto de una potencialización sustancial como innegable consecuencia de la llegada de los fenómenos que describimos previamente y que caracterizan el modo en el que se desempeña el tráfico jurídico en la actualidad, lo que permite anticipar que será en estos escenarios en donde esta anomalía se manifestará con mayor frecuencia. En este sentido, es claro que la sorpresa, a pesar de interiorizar un riesgo que puede perjudicar a cualquier tipo de contratante, representa una verdadera espada de DAMOCLES que penderá con mayor frecuencia sobre los consumidores, en particular, y sobre los sujetos que se encuentran en una situación de mayor indefensión, en general, a los cuales, por los demás, les resultará más difícil o gravoso poder llegar a prevenir o paliar los efectos negativos que se desprenden de ella, razón por la cual, podrá considerarse que, cuando nos encontremos ante sujetos que se desempeñen en cualidad de consumidores, o que figuren como la parte débil de la relación contractual, el ordenamiento jurídico necesariamente deberá ser más contundente al momento de instaurar instrumentos de naturaleza tuitiva que se encuentren enderezados hacia la recta proscripción de la sorpresividad.

Cabe manifestar en este punto que, la idea consistente en que serán los contratantes que se encuentren en una particular situación de debilidad quienes estarán expuestos en mayor medida al riesgo de ser víctimas de una indeseada sorpresa al momento de contratar, y que, por lo tanto, se torna más apremiante que en estos escenarios el ordenamiento jurídico brinde una mayor grado de protección, ya habría sido anticipada por parte del celeberrimo jurista francés JEAN DOMAT, quien en su momento habría llegado a la conclusión que, “es justo proteger también a los más débiles y tímidos, e incluso por ellos principalmente que las leyes castigan todo tipo de agresiones y opresiones. Así como también reprime a los que por cualquier dolo *o cualquier sorpresa*, han abusado de la simplicidad de los demás, aunque el fraude no llegue a la falsedad o a otros excesos, ellas se oponen con mayor razón a quienes, mediante cualquier tipo de violencia, aterrorizan a las personas débiles, aunque la violencia no ponga en peligro sus vidas”³⁶³ (se destaca).

Al respecto podemos señalar que, de la lectura de antiguos documentos que datan desde el siglo XVI principalmente, corroborarse que ya de antaño se habría comprendido que la sorpresa constituye una anomalía contractual que integra un riesgo más acentuado para determinados sujetos que se encuentran en una situación de mayor debilidad, tal y como se predicaba en el caso de: personas enfermas, de las que puede llegar a aprovecharse al momento de redactar un documento testamentario³⁶⁴; menores de edad, de los cuales se predicaba una ‘legítima ignorancia’ y que, por tal virtud, se consideraba que eran ‘fáciles de sorprender’³⁶⁵; así como

³⁶² Traducción libre. MEZZASOMA, Lorenzo. *Il percorso della meritevolezza nel sovraindebitamento del consumatore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021. p. 32.

³⁶³ Traducción libre. DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, T I, *op.cit.* p. 152.

³⁶⁴ LOÛET, Georges. *Recueil de plusieurs notables arrests donnez en la Cour de Parlement de Paris*, T II, La Veuve de Damien Foucault, Paris, 1618. p. 714 y 715, en donde se cita un ‘*arrest*’ del primero de febrero de 1597.

³⁶⁵ LOÛET, Georges. *Recueil d’aucuns notables arrest donnez en la Cour de Parlement de Paris*, Chez P. Rocolet, Paris, 1644. p. 901.

también, sin ir más lejos, de personas ‘rústicas’ o que ‘no saben leer’, siendo estos los afamados ejemplos que habría empleado POTHIER para explicar la figura de la sorpresa en la imputación del pago.

Siendo esta una idea que igualmente habría sido receptada en sede del Derecho anglosajón, en el cual, particularmente durante el periodo correspondiente a la ‘época victoriana’, en atención a las marcadas desigualdades sociales, las cuales llegarían a ser representadas como un factor de desigualdad en sede contractual, se podría evidenciar que "un acuerdo entre un hombre humilde en circunstancias lamentables y un hombre acaudalado, en el que el primero fue tomado por sorpresa por el segundo a un contrato ventajoso sólo para el acaudalado, era uno que la Corte evitaría"³⁶⁶.

Ahora bien, conforme a lo anteriormente expuesto, conviene indicar que, si bien es cierto que la ‘máxima expresión’ de la temática que aquí nos convoca se desempeñará con ocasión de la contratación con consumidores no por ello puede llegar a considerarse que la naturaleza tuitiva del rechazo a lo sorpresivo se limite únicamente a este campo, sino que, muy por el contrario el mismo tendrá una proyección de suyo más amplia y general, la cual se verá delineada principalmente en consideración de la figura del ‘contratante débil’, siendo estos los ámbitos en los cuales la sorpresa adquirirá una mayor realce y trascendencia. No obstante, lo anterior, no puede llevar a considerar *a priori* que, la figura de la sorpresa no pueda tener aplicación alguna, así sea en un modo más delimitado y restringido, en el marco de la contratación paritaria o de ‘derecho común’, la cual cada vez se baña más en las aguas de los nuevos derroteros que se han abierto paso en sede del paradigma de la contratación asimétrica y del consumo³⁶⁷.

Lo anterior encuentra un claro fundamento en el hecho que, tal y como lo señalamos en su momento, nadie se encuentra libre por completo de poder ser víctima de una desagradable e injusta sorpresa que se desempeña en el marco de una relación negocial, en este sentido, no puede olvidarse que los riesgos inherentes que se desprenden de la sorpresividad en el ámbito contractual ya habría sido dimensionados con muchos siglos de antelación a que siquiera se llegasen a avistar los fenómenos que darían lugar a la formulación del denominado ‘nuevo Derecho de los contratos’, y es por tal motivo que, en nuestra opinión, el ordenamiento jurídico debe brindar una legítima protección ante quien sea víctima de una sorpresa jurídicamente relevante, lo cual no excluye que, al entrar a evaluar posible configuración de una sorpresa jurídicamente relevante, se deberá tener en especial consideración las cualidades subjetivas que ostenta el sujeto sorprendido, ya que ello incidirá en la graduación de los estándares de diligencia que deberán exigírsele a cada sujeto, lo cual es cosa enteramente distinta.

Siguiendo un razonamiento similar, el ilustre jurista español, FLORENCIO DE GARCÍA GOYENA, después exponer los motivos por los cuales las hipotecas de las mujeres, de los menores y de los interdictos se mantienen a falta de inscripción, elocuentemente llegó a manifestar que “no nos ha sido posible disimularnos por otra parte, que si había sido

³⁶⁶ Traducción libre. MACMILLAN, Catherine. “Contract terms between unequal parties in victorian England”, en *English and european perspectives on contract and commercial law*, Hart Publishing, Oxford, 2014. p.

³⁶⁷ Sobre este particular conviene nuevamente acudir a las palabras de PIETRO PERLIGNERI, de conformidad con las cuales, “Nel nuovo contesto diventa arduo pensare che gli atti negoziali individuali ed estranei al ciclo produttivo dell’impresa possano sfuggire ad una serie di regole e principi che, nati a salvaguardia del consumatore, introducono nel sistema, considerato appunto nella sua unitarietà, una piú adeguata e ragionevole protezione di interessi. Protezione che l’interprete finirà inevitabilmente con l’estendere anche ai contratti c.dd. di diritto comune”. PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, op.cit. pp. 364 y 365.

conveniente proteger la debilidad de las mujeres y de los menores, *era también un deber riguroso del legislador poner á los demás ciudadanos á cubierto de toda sorpresa*”³⁶⁸.

4. PRINCIPALES POSTULADOS DEL DERECHO CONTRACTUAL CONTEMPORÁNEO QUE SIRVEN COMO FUNDAMENTO DEL RECHAZO DE LO SORPRESIVO

Habiendo dado cabida al desarrollo de un somero e introspectivo estudio que nos ha permitido corroborar el modo en el que la sorpresa jurídicamente relevante impacta y se entrecruza con algunos de los aspectos más descollantes y representativos que se derivan de los nuevos perfiles, proyecciones y dimensionamientos que ha adquirido el Derecho de contratos bajo sus renovadas, y más amplias, vestiduras, lo cual, por sí mismo, brinda muestras fehacientes de la actual relevancia y del enorme potencial expansivo con el que cuenta esta figura, consideramos que resulta conveniente en este punto darnos paso a realizar un breve y singularizado análisis de la relación inarmónica que se verifica de la conjunción de la sorpresa con algunos de los más relevantes postulados que predominan actualmente en la esfera contractual.

En este sentido, y sin pretender desconocer que la proscripción de la sorpresa jurídicamente relevante puede encontrar una clara justificación en un elenco variopinto de postulados de gran importancia y trascendencia jurídica, todos los cuales se instituyen como auténticos paladines de la justicia y de la equidad, en obsequio a la brevedad, hemos decidido brindar un especial y particular tratamiento a los postulado o principios contractuales de la buena fe, la confianza legítima y la transparencia, lo cual encuentra una justificación no solo por la indiscutida relevancia y preponderancia que los mismos han adquirido en la actualidad, sino también, y más particularmente, debido al hecho que, la necesidad de integrar un rechazo a lo sorpresivo se torna más nítida y contundente como consecuencia de la marcada desavenencia que se predica de los comportamientos o conductas que invitan a la malaventurada sorpresividad y estos preceptos o cánones fundamentales.

4.1. EL POSTULADO DE LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DEL RECHAZO A LO SORPRESIVO

4.1.1. *Breve aproximación en relación al contenido, relevancia y alcance del postulado de la buena en la esfera contractual.*

El principio o postulado de la buena fe reviste, sin lugar a dudas, un papel cardinal tanto en la ciencia jurídica, en general, como también, en particular, en lo que respecta al tema de estudio de que aquí nos interesa, ello bajo el entendido que, sin restarle importancia a los demás presupuestos, la *bona fides*, sin macula de duda alguna, es el que mayor vigencia, trascendencia y significación posee en la hora de ahora, y precisamente es por tal razón que este último cuenta la virtualidad suficiente para constituir la adarga más adecuada y efectiva para brindar una legítima tutela que permita repeler el nefasto ‘reinado de la sorpresa’ en la órbita contractual.

Es así, sin considerar que estamos dando lugar a un delineamiento hiperbólico, o rayano con la ilusión, de este principio áureo, podemos señalar que, dentro del universo *iuris* la buena

³⁶⁸ GARCÍA GOYENA, D. Florencio. *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, T III, *op.cit.* p. 260.

representa aquel astro celeste que en lo más alto se ha postrado, al que nada le hace sombra y que todo lo ilumina, es hija predilecta de la *iustitia*³⁶⁹, funge como centro gravitacional y fuente vital de todos sus congéneres, cada concepto, precepto y principio en ella encuentra su auténtico fundamento y de ella se nutre, es el postulado axiomático que todo lo ha conquistado, no existe fundo, parcela o terreno, por más recóndito que sea, al cual sus dominios no hayan llegado, es entonces global, patrimonio eterno de la humanidad, se enarbola en lo más alto de todas las cumbres de la mano del pabellón de cada una de las naciones, su alcance es inagotable y su presencia inmarcesible, nada se le opone, todo lo gobierna, todo lo domina³⁷⁰, es pues el ‘principio supremo’ de todo el ordenamiento jurídico³⁷¹.

4.1.2. *Los diversos estadios y manifestaciones de la buena fe y su incidencia respecto a la sorpresa jurídicamente relevante.*

Desde una mirada preliminar, o simplemente aproximativa, del concepto de la buena fe, puede concebirse que este, tal como su misma estructura semántica y etimológica permite anticipar (*fides*), integra un mandato de fidelidad en la palabra dada (*bona fides exigit ut quod convenit fiat*), un cumplimiento sincero y honrado, pero también determina el deber de respetar la confianza legítima que razonable y objetivamente pudo haberse despertado, siendo entonces un mandamiento o exigencia de estricta probidad, lealtad y corrección que se impone al ejercicio del libre albedrío³⁷².

Así las cosas, es debe afirmar que la buena fe se desprende una lealtad que legítima a los demás a confiar con cierto grado de certeza en la palabra dada, esto es, aquello que fue acordado será objeto de fiel y estricto cumplimiento, y, por tal razón, resulta imperativo que las partes se

³⁶⁹ Así es catalogada por profesor francés FRANÇOIS GORPHE, quien expresa que: “C’est sur les bases de l’équité naturelle que notre principe parait s’être développé. La bonne foi est fille de la justice. Elle en a porté le souffle et la lumière dans les premiers rouages formalistes et matérialistes du droit strict”. GORPHE, François. *Le principe de la bonne foi*, Dalloz, Paris, 1928. p. 10.

³⁷⁰ Como lo ha evidenciado el analítico profesor colombiano SERGIO MUÑOZ LAVERDE, la buena fe representa “el más conspicuo de los principios generales del derecho. Sobre él se construyen los demás. Ninguna institución, regla de comportamiento, o costumbre puede edificarse en su contra. Es pues principio rector de todo el ordenamiento jurídico”. MUÑOZ LAVERDE, Sergio. “De las cláusulas abusivas”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, T IV, Vol I, Temis, Bogotá, 2010. p. 211. Cfr. LIDIA NICOLAU, Noemí. *Fundamentos de Derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009. p. 247.

³⁷¹ Según expresa el ilustre jurista alemán, KARL LARENZ, la buena fe cuenta con un carácter irrenunciable pues representa “el precepto fundamental de la juridicidad”, señalado además que la jurisprudencia germana se ha decantado por concebirla como un “principio supremo del Derecho” por medio del cual deberán ser medidas todas las demás normas del ordenamiento. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, T I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958. pp. 145 y 146. Guardando cierta semejanza, la Corte Constitucional colombiana ha catalogado a la buena fe como el “principio cumbre del derecho”, el cual “se erige como pilar fundamental del sistema jurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-071/04, y sentencia T-099 del 2009.

³⁷² En este sentido, el ilustre, y ya antes aludido, profesor de la Universidad de Kiel, KARL LARENZ, ha señalado que: “El principio de la ‘buena fe’ significa que cada uno debe guardar ‘fidelidad’ a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas; supone el conducirse como cabía esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes o participando en él en virtud de otros vínculos jurídicos”. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones, op.cit.* p. 142. En un sentido similar, el renombrado profesor alemán REINHARD ZIMMERMANN, al abordar la temática concerniente a la protección de las expectativas, afirmaría que, es posible señalar que la vinculación que se genera como consecuencia de la dada puede ser entendida como el precio que debe ser pagado en razón del libre ejercicio de la voluntad. ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations, op.cit.* p. 585.

comporten lealmente, favoreciendo la sinceridad y la transparencia, lo que implica necesariamente repeler la sorpresividad, pues la incoherente duplicidad que se forja como consecuencia de la sorpresa, -la cual se ve representada por la evidente discordancia que se materializa entre lo que una parte podía legítimamente esperar, de un lado, y la verdad objetiva que resultaba imprevista e insospechada, del otro- desarticula la esencia misma de la lealtad que debe reinar en las relaciones jurídicas³⁷³, generando así un claro detrimento a la conformación de la confianza sobre la cual se sustenta toda convivencia social³⁷⁴.

Es precisamente por tal virtud que, se torna inexcusable que los compromisos a los que llegan las partes para la conformación intersubjetiva de un acuerdo contractual, funjan como auténticos “ministros de la verdad”, teniendo que “favorecer a la buena fe y nunca a la sorpresa”³⁷⁵, la cual, de llegar a escabullirse en la relación negocial, negará a la primera, y de este modo portará consigo frustración y decepción a quien es víctima de sus pérfidas e indeseadas secuelas.

En suma, a partir de una visión preliminar del ciclópeo espectro que se desprende del áureo postulado de la buena fe, se puede evidenciar que la sorpresa, correctamente concebida, se encuentra contrapuesta a la concepción más natural de este último, lo cual permite concluir que la idea de la proscripción a la sorpresividad no solo halla un sustento a la luz de las nuevas proyecciones que se le han atribuido a este principio, tal y como se evidenciará, sino que ya otrora podía encontrar un claro fundamento en la concepción más clásica del mismo.

Al respecto, vale la pena memorar que, para la segunda mitad del siglo XVIII, el reconocido comercialista italiano DOMENICO ALBERTO AZUNI, en el introito a su ‘*Dizionario Universale Ragionato della Giurisprudenza Mercantile*’, al poner de presente la antinomia que se desprende del la conjunción de la sorpresa y la fidelidad que debe reinar en la órbita contractual, observó que, “Es sacra la fe de los contratos, en los cuales debe ser castigada con gravísimas penas *la sorpresa* y el engaño, y la ejecución de los castigos jamás debe ser pospuesta para los culpables de falsedad, fraude y falta de fe (...)” (se destaca)³⁷⁶.

Ahora bien, sin pretender soslayar la relevancia de este primer enfoque de la significación de la buena fe, de suyo envolvente y relevador, el cual, no obstante, comulga mejor con una visión propia del siglo XIX, en donde este milenar axioma se vio limitado por el dogma de la autonomía y por la exacerbada veneración del postulado del *pacta sunt servanda*, lo cierto es que, con la llegada del siglo XX se evidenció una auténtica resurrección, o un

³⁷³ AYNÈS, Laurent. “L’obligation de loyauté”, en *Archives de Philosophie du Droit*, T 44, Dalloz, 2000. p. 197.

³⁷⁴ Según ha manifestado la Corte Suprema de Justicia colombiana, la buena fe representa el “principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico”. Sala de Casación Civil, sentencia de 2 de agosto de 2001.

³⁷⁵ Traducción libre. Así se expresó a propósito de los juramentos en la obra ‘*Traite des droits de la Reyene*’, y se califica aquella sentencia como “une des premieres Mazimes du Droit Canon (...)”. BILAIN, Antonie. *Traite des droits de la reyene, tres-cherstienne sur divers estats de la monarchie d’Espagne*, Imprimerie Royale, Paris, 1667. p. 107.

³⁷⁶ Traducción libre. AZUNI, Domenico Alberto. *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile*, T I, Glauco Masi, Livorno, 1822. p. XXV.

‘renacimiento’³⁷⁷, un ‘despertar’ (*risveglio*)³⁷⁸, una ‘revitalización’³⁷⁹, un ‘redescubrimiento’³⁸⁰ o, incluso, una ‘revaluación’³⁸¹ -entre otras expresiones más que con elocuencia ha empleado la doctrina para explicar este fenómeno-, de este milenar postulado axiomático, a partir de la cual se dio paso a un dinámico proceso de expansión que trajo como resultado el sobredimensionado ensanchamiento de sus alcances y de su respectiva proyección en el plano jurídico *in genere*, así como también, y, en la esfera contractual, *in concreto* y del consumo, más particularmente.

En tal virtud, la buena fe hoy se elabora sin vacilación alguna como principio rector de todo el ordenamiento jurídico, un principio ‘solar’, ya que “todo lo cubre, todo lo ilumina, todo lo confronta”³⁸², un principio que, por lo demás, actualmente se ha consolidado y se ha visto robustecido bajo el amparo tutelar del Derecho constitucional, el que le ha ofrecido una encomiable carta de naturaleza, siendo un fiel testimonio de ello el caso del ordenamiento jurídico colombiano, en el cual se la ha otorgado un enlazamiento positivo al principio de buena fe al encunarlo expresamente como norma de rango constitucional, tal como se evidencia con la lectura del artículo 83 de nuestra Carta Política³⁸³, hecho de suyo significativo y revelador.

Es por virtud de lo anterior que, la buena fe representa, en la hora de ahora, un postulado del que se predica una incuestionable supremacía, pues como bien lo ha puesto de presente el maestro italiano, PIETRO PERLINGIERI, actualmente a esta se le atribuye una “relación jerárquica superior”³⁸⁴ en el ordenamiento jurídico, razón por la cual, creemos que resulta dable afirmar que, a la luz de la contemporaneidad, el Derecho en su integridad debe ser leído en clave de la buena fe, siendo esta instituida en el pináculo de todo el Olimpo jurídico³⁸⁵.

El énfasis que hacemos en este punto, relativo al revestimiento constitucional que ha acorazado a la buena fe en los últimos decenios, no puede ser objeto de soslayo alguno, ello bajo el entendido que, del hecho que se predique una discordancia o desavenencia entre la sorpresa, concebida como concepto jurídicamente relevante, y la buena fe -así como también acontece igualmente con principio de la confianza legítima, como se expresará en líneas

³⁷⁷ FLÉCHEUX, Georges. “Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats”, en *Études offertes à Jaques Ghestin: le contrat au debut du XXIe siècle*, LGDJ, 2014. pp. 341 y ss. Cfr. NEWMAN, Ralph A. “The renaissance of good fiath in contracting in anglo-american law”, en *Cornell Law Review*, Vol 54, 1969. pp. 553 y ss.

³⁷⁸ GALLO, Paolo. *Il contratto*, G. Giappichelli Editore, Pisa, 2017. pp. 628 y 629; y MANTOVANI, Manuela. *Trattative e responsabilità precontrattuale*, en “*Commentario del Codice Civile: dei contratti in generale, artt. 1321-1349*”, UTET, 2011. p. 450.

³⁷⁹ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena fe contractual*, *op.cit.* p. 144.

³⁸⁰ LLAMAS POMBO, Eugenio. *La compraventa*, T II, Ibañez, Bogotá, 2015. p. 825.

³⁸¹ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones*, *op.cit.* p. 400.

³⁸² JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Derecho privado*, T III, Vol III, Ibañez, Bogotá, 2017. p. 1538.

³⁸³ El artículo 83 de la Carta política colombiana reza de la siguiente forma “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

³⁸⁴ Traducción libre. PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 522.

³⁸⁵ Sobre la amplia proyección de la buena fe como principio cumbre del ordenamiento la Corte Constitucional colombiana ha señalado que “cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma”. Corte Constitucional colombiana, sentencia C-131-04.

posteriores-, puede llevar a concluir que, la cuestión atinente al rechazo de lo sorpresivo llega a elevarse al punto de encontrar un fundamento de raigambre constitucional, adquiriendo así una mayor relevancia y trascendencia, pues no debe olvidarse que, aunque pueda resultar de Perogrullo entendimiento, la Carta política se asienta en el pináculo del sistema jurídico como la ‘norma de normas’, razón por la cual ninguna disposición, reglamentación, comportamiento, acuerdo o actuación puede contrariar sus lineamiento, y, por tal motivo, la sorpresa, cuando se contraponga al principio axiomático de la buena fe, no podrá llegar a encontrar asilo alguno en ningún paraje del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, de la mano de lo expuesto en precedencia, cabe destacar que, con el advenimiento del precitado ‘renacimiento de la buena fe’, se empezaría a dar lugar a un importante redimensionamiento de la denominada ‘buena fe objetiva’, la cual se desprende de un ‘modelo teórico bimembre’³⁸⁶, de conformidad con el cual, la buena fe, como categoría general, puede llegar a ser escindida en dos dimensiones diferenciadas en la esfera jurídica: la subjetiva o psicológica, de un lado, y la objetiva o ética del otro³⁸⁷, siendo esta una lectura que no resulta del todo unánime, por cuanto hay quienes pregonan la unidad conceptual de la buena fe y que por lo tanto, en rigor, consideran que la misma no admite divisiones o escisiones³⁸⁸.

Por motivo de lo anterior, y para efectos del presente escrito, nos enfocaremos en el estudio de la mencionada cosmovisión objetiva que se predica de la buena fe, pues creemos que será con fundamento en ella que la proscripción de la sorpresa adquirirá mayor realce. Así pues, en líneas generales, puede decirse que, por esta ‘buena fe objetiva’, también conocida como ‘buena fe-lealtad’, ‘buena fe-confianza’, en entre otras denominaciones más, se llega a comprender el imperativo de un comportamiento evaluado según arquetipos conductuales que se encuentran delineados por la honradez, lealtad, rectitud, honestidad, transparencia, ‘*correteza*’ -acudiendo a la terminología italiana-, probidad y cooperación, entre otros más, y cuya valoración se realiza *in abstracto*, apartándose así de la consideración de aspectos psicológicos o meramente subjetivos, y se transada al campo sociológico, de las conductas, de

³⁸⁶ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*, T I, Editorial Casa Martín, Valladolid, 1955. pp. 352 y 353.

³⁸⁷ Entre algunos autores que se inclinan por una visión binaria de la buena fe se encuentran: DÍEZ, PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, V I, Thomson Civitas, Navarra, 2007. p. 60; DI MAJO GIAQUINTO, Adolfo. *L’esecuzione del contratto*, A. Giuffrè, Milano, 1967. p. 364; GIAMPICCOLO, Giorgio. “La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato”, en *Rivista del Diritto Commerciale*, I, 1965. pp. 335 y ss; PIRAINO, Fabrizio. *La buona fede in senso oggettivo*, G.Giappichelli Editore, Torino, 2015. pp. 4 y ss; y BRECCIA, Umberto. *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, A. Giuffrè, 1968. pp. 3-7.

³⁸⁸ Adopta una postura unitaria respecto a la buena fe: DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965. p. 39; HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Obras completas*, T I, Espasa-Calpe, Madrid, 1987. pp. 556 y ss; ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena fe contractual, op.cit.*, pp. 130 y ss; NATOLI, Ugo. “La regola della correttezza e l’attuazione del rapporto obbligatorio”, en *Studi sulla buona fede*, A. Giuffrè, Milano, 1975. p. 129; FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *La buena fe: el principio general en el Derecho civil, op.cit.* pp. 92 y ss; y BOETSCH GILLET, Cristián. *La buena fe contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011. pp. 82-85. Sin embargo, cabe destacar que, lo cierto es que con frecuencia la doctrina y la jurisprudencia cada vez más refieren a las dos manifestaciones en referencia, así sea por razones más que todo académicas, postura que en su esencia compartimos, pues consideramos que acudir a la precitada división tiene una conveniencia fundamentada en razones más que todo pedagógicas, que no propiamente sustanciales. Al respecto, véase DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de la buena fe, op.cit.* p. 25 y 26. Cfr. JARAMILLO J. Carlos Ignacio. *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999. p. 56.

los comportamientos y de la ética³⁸⁹, motivo por el cual, para determinar cuando una conducta se ajusta a sus exigencias, se deberá seguir estándares, arquetipos sociales, o paradigmas, de naturaleza puramente o, cuanto menos, preponderantemente objetiva³⁹⁰. Al tenor de lo expresado en precedencia, puede concebirse que, quien se comporte conforme a los parámetros delineados por la buena fe objetiva, no podrá valerse de la sorpresa para adquirir una ventaja injustificada en perjuicio de su co-contratante, ya que ello iría en clara contravía de los cánones conductuales con los cuales aquella se nutre y se edifica.

Sin perjuicio de lo anterior, debe decirse que, conforme a los lineamientos de la visión que sería sentada por el celeberrimo profesor italiano, EMILIO BETTI³⁹¹, la buena fe en su nuevo despertar, particularmente bajo su proyección objetiva, ha adquirido una proyección más amplia la cual no se agota en el desarrollo de una escrupulosa labor de asepsia contractual que se encuentra enderezada hacia la proscripción de toda mácula de deslealtad y deshonestidad que pretenda deformar el contrato y afectar a una de las partes (*alterum non leadere*), sino que va mucho más allá, explayándose así hasta el punto de materializar la exigencia de una activa cooperación entre los sujetos de la relación negocial, cumpliendo así una auténtica función solidaria en la esfera contractual, muy acorde con la relectura del Derecho contractual la cual reseñamos previamente³⁹².

De este modo, conforme a esta nueva visión solidaria o social de la buena fe³⁹³, con la cual se desestimaría el frío e implausible individualismo egoísta que venía reinando a lo largo del siglo XIX, tal y como se reseñó, se concebiría que el proceder de las partes debía tener como brújula la preservación de los intereses de sus co-contratantes, lo que implica que cada uno debe hacer propio el interés del otro, y que, de esta forma, cooperen con miras a la correcta

³⁸⁹ NICOLAU, Noemí Lida. “El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato”, en *Tratado de la buena fe en el derecho*, T I, La ley, Buenos Aires, 2009. p. 332.

³⁹⁰ RICARDO LUIS LORENZETTI, a propósito de la buena fe objetiva, sostiene: “En este caso la buena fe se relaciona con el comportamiento leal y honesto en el tráfico. No se refiere a la creencia de que un sujeto tiene respecto a la posición de otro, como en el caso anterior, sino a la manera en que las partes deben comportarse en el cumplimiento de un contrato”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, Rubinzal – Culzoni Editoriales, Santa Fe, 2009. p. 153.

³⁹¹ Según formularía este erudito jurista, las exigencias de una convivencia basada en la solidaridad social se presentan bajo dos aspectos, a saber: “ a) Sotto un aspetto puramente negativo: aspetto, che e scolpito nella massima romana dell' «alterum non laedere» (D. 1, 1, 10, 1) e che porta ad esigere un comportamento di rispetto, di conservazione della sfera di interessi altrui. b) Sotto un aspetto positivo, che impone non semplicemente un contegno negativo di rispetto, ma una operosa collaborazione con altri consociati, volta a promuovere il loro interesse”. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*, T I, *opc.it.* p. 67.

³⁹² Sobre este particular, la Corte Suprema de Casación italiana, con gran elocuencia y precisión, puso de presente en un pronunciamiento proferido en el año de 1991 que, “In tema di esecuzione del contratto (o del rapporto obbligatorio) la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte”. Corte Suprema de Casación italiana, sentencia n° 2503 del 9 de marzo de 1991.

³⁹³ Al respecto, en opinión del doctrinante francés ALEXANDRE AL. VOLANSKY, la noción de buena fe no puede concebirse en relación con la existencia de una única existencia, sino que implica una coexistencia e, incluso, una cooperación ya que ella califica la actitud espiritual de una persona ‘*vis à vis*’ de otra, lo cual lo lleva a firmar que la buena fe “se presente comme une notion active de création et de fonction sociale, qu’elle a une signification sociale intrinsèque, de sorte qu’on devra la définir: l’état d’esprit qui conforme la conduite sociale aux devoirs de réciprocité”. VOLANSKY, Alexandre Al. *Essai d’une définition expressive du Droit basée sur l’idée de bonne foi*, Librairie de Jurisprudence Ancienne & Moderne, Paris, 1930. pp. 164 y 165.

consecución de la finalidad contractual³⁹⁴. Así pues, en atención a esta renovada prospectiva, para que la actuación de los contratantes se adecue al adamantino postulado de la buena fe, no bastará con el leal y recto cumplimiento de la prestación que se encuentra a cargo de cada una de ellas, en fiel y estricto apego de la palabra que fue otorgada, sino que deberá ir más allá, requiriendo de una respetuosa y activa colaboración de las partes en procura de la satisfacción del interés ajeno, actuación que debe dirigirse hacia el recto cumplimiento las legítimas expectativas que pudieron haber surgido en la virtud de la relación negocial, ello en plena concordancia con la devota observancia de la fidelidad contractual (*fides*), concebida desde su dimensión más amplia y envolvente³⁹⁵.

Por tal virtud, y sin acudir a circunloquios, podemos afirmar que, de conformidad con esta renovada visión, en orden a que se logre satisfacer correctamente las exigencias que se desprenden de la buena fe en la esfera contractual, cada una de las partes deberá procurar por la satisfacción del interés de su co-contratante, debiendo evitar de este modo que este último pueda ser víctima de desagradables sorpresas que le resulten lesivas³⁹⁶. En efecto, puede decirse que, quien coopera haciendo propio el interés ajeno, ello con miras a la consecución más eficiente de los designios que han sido impresos en el contrato, no podrá llegar a pretender sorprender a su co-contratante, en franco desconocimiento del más puro de los preceptos de la principialística, tanto ética como moral (la regla de oro), pues bien sabe él que, por su parte, tampoco quisiera ser sorprendido, ya que ello solo llegaría a manchar y a entorpecer la relación contractual, pudiendo generar, por lo demás, un ostensible perjuicio.

Por tal motivo, sin mayores disquisiciones, se torna nítido que las actuaciones sorpresivas inicialmente serán antípodas y, por ende, opuestas a tal proceder recto y esperado que se desprende de los cánones de conducta antes mencionados, comoquiera que, de comportarse las partes de buena fe, la relación contractual seguirá inalterada desde su inicio hasta su fin, en particular sin dar lugar a cambios sorpresivos e inesperados y con ello a la evidente frustración de las expectativas lícitas de quien, confiado y de buena fe, contrató en su momento³⁹⁷.

En estricta consonancia con esta renovada cosmovisión de la buena fe, y poniendo en evidencia la desavenencia entre este áureo postulado y aquellas actuaciones sorpresivas que dan lugar a la frustración de legítimas expectativas, la H. Corte Suprema de Justicia colombiana

³⁹⁴ BENÍTEZ CAORSI, Juan. *Solidaridad contractual*, op.cit. p. 28.

³⁹⁵ LIMA MARQUES, Claudia & MIRAGEM, Bruno. *Nuevos principios del Derecho contractual y la reconstrucción de la autonomía privada*, op.cit. p. 247

³⁹⁶ Abordando la temática relativa a la coherencia contractual, el profesor colombiano, CARLOS IGNACIO JARAMILLO, ya habría dado muestras de la relación existente entre la cooperación y la solidaridad contractual, y el derecho de ‘no ser sorprendido’, al manifestar que “interpretar fielmente una melodía, en el caso que nos ocupa, ciñéndose a la partitura de la coherencia, construida a partir del pentagrama de los derechos ajenos, refractarios al egoísmo, a la ausencia de cooperación y solidaridad, aun en tratándose de co-contratantes, que no contrapartes, *quienes merecen no ser sorprendidos* o asaltados, todo en el marco de un deber ser fraternal, en el que impere la corrección y el respeto por los demás, así se estime esta visión de romántica, ilusoria o idílica” (se destaca). JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Interpretación, calificación e integración del contrato*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2014, pp. 143 y 144.

³⁹⁷ Al respecto, como bien lo ha indicado el profesor colombiano, JUAN PABLO CÁRDENAS, el principio de buena fe en la ejecución del contrato “se traduce en una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte (...)”. CÁRDENAS MEJIA, Juan Pablo. “Justicia y abuso contractual”, en *Los contratos en el derecho privado*, Legis, Bogotá, 2007. p. 706. siendo este un planteamiento que ha sido acogido plenamente, a punto tal que, en la actualidad, puede hablarse de un típico ‘deber de realizar la expectativa concreta’ derivado de la buena fe, en su vertiente objetiva. CUBIDES CAMACHO, Jorge. “Los deberes de la buena fe contractual”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, T IV, Temis, Bogotá, 2010. pp. 264-268.

ha señalado con buen criterio que, “El principio general de la buena fe está en indisociable conexión con la confianza legítima, legalidad y probidad de los ciudadanos, *protege de cambios sorpresivos e inesperados* que, aunque amparados en las reglas de derecho, *contradigan las serias expectativas gestadas* con la conducta anterior, en función de las cuales estructuran su programa de vida por la confianza inspirada en la seriedad, estabilidad, coherencia y plenitud del comportamiento futuro, tutelando su buena fe y convicción en la proyección de la situación anterior” (se destaca)³⁹⁸.

De esta forma, al tenor de lo expuesto hasta este punto, podemos afirmar que la sorpresa efectivamente encuentra una clara desavenencia con la gran mayoría de los perfiles conceptuales que se predicán de la buena fe, ya que, en resumen, esta se contrapone al fiel y leal cumplimiento de la palabra otorgada, al respeto de la confianza y de las expectativas que la otra parte pudo haberse legítimamente forjado, a los estándares conductuales que deben regir el comportamiento de los contratantes, y al propósito de cooperación que debe guiar el proceder de las partes, todo lo cual impele a que se llegue a la necesaria y concreta conclusión que, tal y como ha sido acervado por el profesor Emérito de la Universidad de Turín, RODOLFO SACCO, la buena fe “prohíbe de recurrir a la sorpresa”³⁹⁹.

4.1.3. *El ‘deber especial de no sorprender’ como particular manifestación de la buena fe objetiva*

Ahora bien, llegados a este punto cabe señalar que, una de las funciones más significativas que desempeña la buena fe desde su cosmovisión objetiva, es la de fungir como fuente generadora de especiales deberes conductuales los cuales tienen la virtualidad de llegar a integrar la relación contractual⁴⁰⁰, ensanchando así el contenido del programa negocial diseñado por los sujetos contratantes, al importar parámetros comportamentales que se encuentran delineados por mandamientos éticos y sociales que tienen como función enriquecer el contenido contractual⁴⁰¹.

Sobre el particular, es menester memorar que, la fundamentación normativa de estos deberes especiales tiene un claro abolengo que se origina en la proposición normativa de corte napoleónico que fue inspirada en su momento por las lúcidas lucubraciones de DOMAT (Código Civil francés de 1804, arts. 1134, y 1135), según la cual los contratos no solo obligarán a

³⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de febrero de 2012.

³⁹⁹ SACCO, Rodolfo. “La preparazione del contratto”, en *Trattato di diritto privato*, UTET, Torino, 1982. p. 364.

⁴⁰⁰ Sobre la relevancia que se imprime en la función integradora de la buena fe en el moderno derecho de contratos, el reconocido autor italiano, VINCENZO ROPPO, ha manifestado que “Oggi, a differenza che in passato, dottrina e giurisprudenza riconoscono nella buona fede (oggettiva) un’importantissima fonte d’integrazione del contratto. Non è azzardato dire che la scoperta e la valorizzazione di questo ruolo della buona fede costituisce una delle principali linee di sviluppo del diritto dei contratti del nostro tempo”. ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 2011. p. 465.

⁴⁰¹ Al respecto, tal y como atinadamente lo ha expresado el profesor colombiano ARTURO SOLARTE, en un escrito de su autoría dedicado al estudio de los precitados deberes, “cuando hablamos de integrar el contenido contractual, estamos haciendo referencia al proceso de ‘enriquecer’ el haz de derechos y deberes surgidos de la simple manifestación de los particulares, con aquéllos que la ley, la costumbre, la equidad natural o la buena fe han de incorporar al contrato, y estos deberes, a pesar de ‘activarse’ por dichas fuentes remotas, no dejan de ser derechos y deberes contractuales que surgen como consecuencia del citado ‘enriquecimiento contractual’”. SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, en *Vniversitas*, N° 108, Pontificia Universidad Javeriana, 2004. p. 302.

aquello que se haya sido objeto de acuerdo expreso, sino que, en virtud del mandato de ejecución del contrato conforme al postulado de la buena fe, también obligarán a todas las cosas que emanan de su propia naturaleza, formulación que, de una u otra forma, ha sido receptada en diversos sistemas jurídicos, siendo fiel ejemplo de ello los ordenamientos jurídicos, italiano (Código Civil art. 1135, y 1136), español (Código Civil, art. 1258) y colombiano (Código Civil, art. 1603 y 871 del Código de Comercio). En este punto, conviene anotar que, a pesar que estas pautas o parámetros comportamentales a los que venimos refiriendo, suelen conservar el calificativo de ‘deberes’, que no propiamente el de ‘obligaciones’, lo cierto es que, de ordinario, constituyen auténticos mandatos que impactan a lo largo de todo el *iter* negocial, los cuales resultan poseedores de una carácter vinculante que llega a asemejarse al de la misma obligación céntrica o prestacional, por manera que su cumplimiento no puede ser soslayado⁴⁰².

Ahora bien, retornando a la temática que nos corresponde, es menester señalar que, sin guardar pretensiones de desarrollar aquí un detenido estudio sobre cada uno de estos deberes, podemos anticipar que la sorpresa, en sí misma concebida, y tal como la hemos venido dimensionado, se contrapone de plano frente a un importante número de concretos deberes especiales de conducta que se derivan de la buena fe, siendo ejemplos fehacientes de ello, los deberes de: información, de cooperación, de claridad, de coherencia, de realizar la expectativa concreta, entre otros más que podrían llegar a hacer parte de este elenco.

No obstante lo anterior, en nuestra opinión, es de tal talante el elevado nivel de antagonismo que se predica de los pudorosos mandatos que irradian de la buena fe, de un lado, y los pérfidos efectos que se desprenden de la sorpresa, del otro, que consideramos plenamente factible, a su turno que necesario, proponer la existencia de un auténtico y autónomo imperativo conductual que debe verse reflejado en el marco de la relación contractual, cuyo postulado radica en la concreta formulación de un ‘deber de no sorprender’.

Así, teniendo en consideración todo lo expuesto hasta este punto, podemos ver que en la actualidad el rechazo a lo sorpresivo (sorpresa jurídicamente relevante) se materializa a partir de una formulación binomial, pues, por un lado, puede llegar a sostenerse la existencia de un derecho a no ser sorprendido, tal y como lo manifestamos en líneas precedentes, pero a su turno y como su contrapartida, del otro lado, igualmente se verifica la presencia de un concreto deber consistente en no sorprender al otro.

Al respecto, cabe destacar que, esta formulación propositiva de la existencia de un ‘naciente’ deber que emana de la buena fe como fuente integradora de la relación contractual, y cuyo fundamento estriba en la proscripción de comportamientos y actuaciones que den cabida a indeseadas sorpresas, halla un claro sustento en el hecho que los denominados ‘deberes especiales de conducta’ no se encuentran encasillados en un listado taxativo (*numerus clausus*), pues delimitarlos de manera restrictiva negaría su propia finalidad y esencia, a su vez que la misma razón de su existencia, pues lo que se pretende con ellos es una conveniente y equilibrada extensión prestacional en función de la buena fe a lo largo toda la relación contractual⁴⁰³. Este planteamiento encuentra un fundamento en la misma naturaleza dúctil que se le atribuye a la buena fe, la cual, tal como se expresó en precedencia, le brinda una función adaptativa la que le permite fungir como una válvula (concepto válvula) que abre el paso a un

⁴⁰² BOETSCH GILLET, Cristián. *La buena fe contractual*, op.cit. p. 116.

⁴⁰³ Según ha aseverado don LUIS DíEZ PICAZO, “establecer de antemano cuáles sean los deberes generados del principio general de la buena fe es imposible. Y tal imposibilidad forma parte de la propia esencia de la buena fe, puesto que una determinación *a priori* de deberes concretos iría en contra de algo fundamental que se persigue, con esta exigencia ética, y que cuadra perfectamente con su carácter de principio general del derecho”, DíEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. op.cit. 2007. p. 64.

canal de ventilación que oxigena al tráfico jurídico con mandatos de probidad, fidelidad, moralidad y de eticidad, el cual, a su turno, le permite respirar y adaptarse a los vientos, en ocasiones huracanados, que trae consigo la modernidad⁴⁰⁴, dando lugar con ello a que novedosas figuras, doctrinas, instituciones, o incluso, deberes particulares, tal como el que aquí venimos formulando, logren ingresar correctamente en los diversos ordenamientos en procura de favorecer la justicia a nivel contractual.

En este sentido, como consecuencia de la realidad que reina actualmente en las relaciones negociales, las cuales se ven caracterizadas, en la hora de ahora, por una celeridad indómita, una naturaleza frígida e impersonal, así como también por una laberíntica composición en donde la predisposición gobierna, se ha construido un escenario que resulta propicio para que la sorpresa, así como la trampa, los abusos y los engaños, se inmiscuyan con mayor facilidad, e incluso, en ocasiones, con una lamentable impunidad, carcomiendo así la lealtad y la confianza intersubjetiva, las cuales deben imperar de forma imperturbable en todo acuerdo contractual, para que de esta forma el tráfico jurídico pueda funcionar en modo adecuado y eficiente. Siendo este precisamente el motivo por el cual, cada vez resulta más apremiante la necesidad de paso a la edificación de un deber autonómico, poseedor de un propósito primordial que radica en una formulación negativa que se resume en evitar la presencia de efectos sorprendivos y desconcertantes, además de perniciosos, en el marco de una relación contractual, es decir un deber que se cristaliza en la exigencia ‘no sorprender’ al *alter*.

Por tal virtud, consideramos que es posible proponer la existencia de un nuevo deber que encarne la el postulado de ‘no sorprender al otro’, el cual posee un propósito evidente, pues en él radica un imperativo positivo que se endereza a prevenir de antemano el asomo de desagradables sorpresas⁴⁰⁵, consolidando la exigencia de un comportamiento cristalino, que no dé lugar a un ensordecimiento que permita que se oscurezcan los verdaderos propósitos perseguidos, el cual deberá encontrarse direccionado a favorecer el respeto y la consideración de las legítimas expectativas que el co-contratante razonablemente pudo haberse llegado a forjar.

De este modo, al hilo de lo expresado, puede considerarse que dentro de la misma esencia medular del concepto de la buena fe, se entraña un canon comportamental consistente en no sorprender al otro, por cuanto, como con acierto lo han manifestado los profesores franceses, PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNÈS, y PHILIPPE STOFFEL-MUNCK, “La buena fe, tanto en la ejecución como en la formación del contrato, consiste en que cada una de las partes *no sorprenda la confianza* que ha suscitado al momento de contratar; esta previsibilidad se encuentra en el corazón del contrato” (se destaca)⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ En opinión de la profesora peruana, ROXANA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, “los principios generales vienen a ser como la ‘bocanada de aire’ que requiere el sistema para poder conservar su validez y vigencia; hacen posible la flexibilización de este último”. JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “La unidad del principio general de la buena fe y su transcendencia en el Derecho moderno”, en *Contratación privada*, Jurista Editores, Lima, 2000. p. 75.

⁴⁰⁵ Sobre el particular, el autor brasileño, CARLOS EDUARDO IGLESIAS, expresamente identifica la prohibición de comportamientos sorprendivos como parte del significado mismo de la buena fe, pues, en sus precisas palabras la buena fe “*Exige comportamentos que não causem surpresa a outros e que não romпам presunções ou expectativas nascidas na mente de outro pelo seu próprio comportamento*, ou seja, proíbe comportamentos contraditórios”. IGLESIAS DINIZ, Carlos Eduardo. “A boa-fé objetiva no direito brasileiro e a proibição de comportamentos contraditórios”, en *Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13, 10 Anos do Código Civil*, Vol I, EMERJ, 2013. p. 63.

⁴⁰⁶ Traducción libre. MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent, & STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*, op.cit. p. 255.

Por consiguiente, puede indicarse que, la sorpresa, al menos cuando esta se configura como jurídicamente relevante, no puede encontrar concordia con la buena fe, especialmente a partir de su cosmovisión objetiva, pues no resulta acorde con un comportamiento leal, probo, transparente, correcto y honesto dar cabida a acciones u omisiones que, de manera clandestina o sorprendente, introducen a la relación contractual elementos inesperados que alteran abruptamente la percepción inicial que legítimamente había podido haber construido una de las partes, pues esta, amparada por el mismo canon de la buena fe, legítimamente podía confiar que su co-contratante se comportará según estrictos parámetros de lealtad, y que, su accionar seguirá la línea trazada por que resulta usual y por lo que razonablemente podría esperarse en el caso en particular, y que, en tal sentido, no lo sorprenderá defraudando su confianza y sus expectativas justificadas⁴⁰⁷.

Así pues, siguiendo esta línea de cosas, es posible afirmar que, al contraponerse la sorpresa a la buena fe, la primera estará atentando contra una de las bases genéticas y fundacionales del contrato, pues como con suma maestría puso de presente en su momento el autor del Proyecto de código civil español de 1851, Don FLORENCIO GARCÍA GOYENA, ‘la buena fe es alma de los contratos’⁴⁰⁸, y por tal motivo la presencia de lo sorprendente no puede llegar a ser tolerada por el ordenamiento jurídico, el cual debe procurar que las relaciones negociales que son entabladas los particulares, como también entre estos con los entes estatales, sigan con rigurosidad los lineamientos que se desprenden de este principio áureo que gobierna en la mayoría de los sistemas legal y constitucionalmente vigentes. Por tal virtud, mientras la buena fe rija, como esperamos que haga siempre, la sorpresa no podrá encontrar asilo alguno en la lógica jurídica, y, por tal manera, deberá ser ahuyentada de todas las relaciones contractuales, pues como acertadamente ya habría puesto de presente para la segunda mitad del siglo XVIII el jurista francés JEAN BAPTISTE DENISART ‘la buena fe excluye toda sorpresa entre los contratantes’⁴⁰⁹.

Ahora bien, ya para finalizar, debemos señalar que, no obstante lo novedosa que pueda resultar la formulación de este ‘deber de no sorprender’, debemos señalar que la existencia del mismo ya habría sido planteada por el profesor colombiano, CARLOS IGNACIO JARAMILLO, quien, con gran realismo y perspicacia observó que, “el acto sorprendente, el agazapado, el que se fragua con la complicidad de lo sórdido y con total menosprecio por el otro, por los otros en sede negocial, *entraña el quebranto de uno de los deberes de mayor prosapia en nuestra opinión: el ‘deber de no sorprender’*, diáfana emanación del deber superior de obrar de buena fe, con todo lo que significa en la hora de ahora, de lo que se colige que el acto sorprendente, en

⁴⁰⁷ Al respecto, el reconocido profesor argentino, GUILLERMO BORDA, ha indicado que, “el principio de buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales (...)”. BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho civil: parte general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996. p. 131.

⁴⁰⁸ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias y motivos y comentarios del Código Civil español*, T III, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852. pp. 9 y 10. En un sentido similar, con casi medio siglo de antelación, el italiano RICCARDO VANNUCCHI, habría aseverado que “la buona fede è l’anima dei Contratti, principio solemne, che si stacca dal diritto di natura, in forza di cui qualunque Uomo è astretto a soddisfare a creti altri doveri verso l’altro Uomo”. VANNUCCHI, Riccardo. *Saggio di osservazioni intorno alla giurisprudenza romana, ed all’origine degli statuti, e leggi municipali*, Stamperia di Antonio Brazzini, Firenze, 1804. p. 108.

⁴⁰⁹ Al respecto, habría señalado el jurista francés que: “que cette négociation, en la laissant subsister, seroit contraire à la bonne foi qui exclut toute surprise & toute erreur entre négocians”. DENISART, Jean-Baptiste. *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Chez la Ceuve Desaint, Paris, 1771. p. 283.

sí mismo considerado, no puede quedar impune, ni recibir tratamientos de favor por el ordenamiento jurídico” (se destaca)⁴¹⁰.

Así mismo, resulta imperativo poner de presente en este punto que, recientemente en el marco de nuestro vernáculo ordenamiento jurídico, el ‘deber de no sorprender’ sería recogido expresamente por parte del nuevo Proyecto de Código civil de Colombia, presentado conjuntamente por parte de la Universidad Nacional de Colombia y el Ministerio de Justicia en el año 2020, a propósito de la regulación que se hace del contrato de seguro, concretamente por parte del párrafo segundo del artículo 1417, en el cual se indica que, las autoridades deberá velar “por la observancia recíproca de los deberes de obrar de buena fe, de no abusar de los derechos propios y ajenos, de información razonable, de transparencia, de claridad, de cooperación o colaboración, *de no sorprender* y de coherencia y no contradicción, primordialmente” (se destaca)⁴¹¹, hecho este verdaderamente elocuente, pues permite avizorar la gran importancia que ha adquirido la idea rechazo por la sorpresividad en el ámbito de los nuevos modelos legislativos.

4.2. EL POSTULADO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA COMO FUNDAMENTO DEL RECHAZO A LO SORPRESIVO

4.2.1. *Breve aproximación en relación al contenido, relevancia y alcance del postulado de la confianza legítima en la esfera contractual.*

De la mano de la buena fe, y otros preceptos de prominente estirpe, a lo largo de la última centuria, se venido erigiendo un principio o postulado jurídico comúnmente descrito bajo la composición sintáctica de ‘confianza legítima’, cuyo fundamento primario es precisamente el de salvaguardar la confianza (*Vertrauensschutz*)⁴¹² que, bajo el amparo de la legitimidad y razonabilidad, ha sido engendrada, evitando que la misma pueda llegar a verse vulnerada posteriormente por comportamientos incoherentes, engañosos, o sorpresivos, todos ellos promotores de la incerteza y de la inseguridad. De esta forma, con el acogimiento de este precepto, la incertidumbre absoluta, tan adversa a la construcción de compromisos interrelacionales, se sustituye por la confianza que permite la introducción de un imperativo ético en el tráfico jurídico enderezado hacia la protección de las razonables expectativas que legítimamente pudieron haberse forjado los demás sujetos ‘receptores’⁴¹³, en virtud de un comportamiento, ora positivo u ora negativo, que el sujeto ‘productor’ de la confianza ha

⁴¹⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida & JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *El criterio de la razonabilidad en el derecho privado*, op.cit. p. 287. Cfr. JARAMILLO J. Carlos Ignacio. “La doctrina de los actos propios y su incidencia en el derecho procesal”, en *Memorias del XXXVIII Congreso colombiano de derecho procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2017. pp. 1119-1130.

⁴¹¹ *Proyecto de Código civil de Colombia, -primera versión*, Universidad Nacional de Colombia, 2020. p. 302.

⁴¹² Se alude a este vocablo germano, que puede traducirse como “protección a la confianza”, considerándose que de este se desprende el origen del principio de la ‘confianza legítima’. Se dice que “El principio de confianza legítima nace en el Derecho alemán de la posguerra. Conocido como *vertrauensschut*, bajo la noción de un tipo de protección frente a las expectativas legítimas de los administrados, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de *Karlsruhe* y la Corte Administrativa Federal desarrolló el tema. El origen se encuentra más concretamente en el conocido caso de ‘la viuda de Berlín’ ”. MESA VALENCIA, Andrés Fernando, *El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima*, Universidad de Antioquia, Medellín 2013. p. 31.

⁴¹³ GENICON, Thomas. “Contrat et protection de la confiance”, en *Revue des contrats*, 2013. p. 337.

llevado a cabo, brindándole de esta forma efectos jurídicos a tales expectativas y evitando así que las mismas puedan llegar a verse injustamente vulneradas⁴¹⁴.

Así, concebida de esta forma, la confianza legítima ostenta un papel primordial en el ámbito del Derecho contractual y obligacional, ya que en él se desenvuelve como el sustentáculo primario de la formación del vínculo jurídico⁴¹⁵, incorporándose de este modo como un elemento vital del contrato *in genere*⁴¹⁶, razón por la cual puede afirmarse que existe un fundamento común, independiente de la tipología o naturaleza contractual, que integra un mandato básico y primario enderezado hacia la protección de tal confianza⁴¹⁷. Todo lo anterior permite visualizar que la confianza legítima se entrelaza con el núcleo mismo de las relaciones negociales, siendo así un concepto que, como acertadamente ha señalado el renombrado profesor italiano GUIDO ALPA, representa un principio jurídico ‘fundamental para entender el contrato’⁴¹⁸.

No es de extrañar que este postulado al que venimos haciendo mención, el cual, como se expresó, representa un verdadero sustentáculo de la interrelación jurídica en general, asuma una relevancia superlativa en el campo concerniente al Derecho contractual, no en vano, se ha considera que la confianza otorgada en la palabra constituye el origen fundacional de las primeras vinculaciones obligacionales⁴¹⁹, razón por la que se ha llegado considerar como la ‘condición histórica del contrato’⁴²⁰, entendido este último como mecanismo de interrelación subjetiva y como instrumento de previsión que, fundamentándose en ella, pretende anticipar y ‘domesticar’ el futuro⁴²¹, siguiendo así las palabras del renombrado jurista *iuspublicista*, MAURICE HAURIUO, de conformidad con las cuales “El contrato representa la tentativa más

⁴¹⁴ Al abordar el principio de confianza legítima como una justificación en los eventos en que la voluntad del declarante se encuentre ausente o sea inefectiva, el ilustre jurista italiano, y profesor emérito de la Universidad de Milán, FRANCESCO MESSINEO, ha señalado que en tales situaciones el ordenamiento jurídico le otorga una validez a la declaración, poniéndose en un plano diverso que trasciende de la consideración exclusiva de la ‘verdadera voluntad’ y se inscribe en un escenario de naturaleza ético-social que impone a tener en consideración no solo el contenido de la declaración sino también la salvaguardia de una seguridad en las relaciones jurídicas, permitiendo así que el ordenamiento proteja a quien posea una expectativa legítima la cual fue suscitada razonablemente como resultado de una declaración, por medio del empleo de una ‘ficción’ que consiste en considerar la voluntad, no como realmente fue interiorizada por su declarante, sino conforme a la apariencia que la misma pudo haber generado, impidiendo con ello que dicha expectativa pueda llegar a verse frustrada. MESSINEO, Francesco. *Il contratto in generale*, T I, Dott A. Giuffrè, Milano, 1968. p. 376.

⁴¹⁵ Según expresó en su momento el jurista PAUL ROUBIER, “le rapport d’où naît la responsabilité est un rapport de confiance nécessaire (...) un rapport de confiance légitime, et c’est cela qui crée le droit: il en est ainsi en matière de délit comme en matière de contrat”. ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1951. p. 173 y 174.

⁴¹⁶ CORNU, Gerard. “Résolution de la vente pour retard de livraison dans un ‘contrat de confiance’”, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1978. p. 150.

⁴¹⁷ AYNÈS, Laurent. “Rapport de synthèse: la confiance en droit privé des contrats”, en *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Paris, 2008. pp. 157 y 158.

⁴¹⁸ ALPA, Guido. *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993. p. 298.

⁴¹⁹ Según ha expresado erudito profesor francés JEAN CARBONNIER, el contrato puede representarse como una ‘adhesión’, un ‘acto de fe’, un ‘acto de confianza’. CARBONNIER, Jean. *Flexible droit*, *op.cit.* p. 259.

⁴²⁰ Sobre la interrelación histórica entre la confianza y el fundamento histórico de las relaciones contractuales véase con interés, GJIDARA, Sophie. *L’endettement et le droit privé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1999. p. 49.

⁴²¹ AYNÈS, Laurent. *Rapport de synthèse: la confiance en droit privé des contrats*, *op.cit.* p. 153. Cfr. WEINGARTEN, Celia & GHERSI, Carlos A. “Los principios generales del Derecho y la contratación” en *Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2011. pp. 144 y 145.

audaz que puede concebirse para establecer el dominio de la voluntad humana sobre los hechos, integrándolos de antemano en un acto de previsión”⁴²².

Ahora bien, cabe señalar que, la relevancia que la confianza legítima ha ido adquiriendo en el marco del Derecho de contratos y obligaciones en los últimos lustros ha sido tan elevada que⁴²³, una corriente doctrinal -sustentada en las tempranas elucubraciones del jurista EMMANUEL LÉVY⁴²⁴, quien ha sido considerado como el principal exponente del ‘fideísmo’ francés⁴²⁵-, y abandonando o relativizando ciertos postulados clásicos que antes eran concebidos como absolutos, se ha inclinado por considerar que la fuerza obligatoria que se desprende de la relación contractual no se encuentra en la simple y llana declaración de una promesa que encuna la intención de quedar vinculado por un compromiso o acuerdo, sino que, en realidad, reside en la legítima confianza que dicha promesa pudo llegar a generar al momento de ser exteriorizada y receptada.

Postura esta última que ha sido igualmente sostenida por el afamado jurista francés JEAN CARBONNIER, quien, fundamentándose en la visión crítica frente al concepto de autonomía de la voluntad que en su momento habría desarrollado el profesor de la Universidad de Pavía, GINO GORLA⁴²⁶, indicaría que, “lo que hace que el contrato sea vinculante es la confianza del deudor en el acreedor”⁴²⁷, proposición que, con el tiempo, terminaría por acogida por un importante sector doctrinal, el cual cada vez parece hacerse más extenso⁴²⁸. Todo ello ha

⁴²² Traducción libre. HAURIOU, Maurice. *Principes de droit public*, Librairie de la Société de Recueil Sirey, Paris, 1916. p. 201.

⁴²³ Según han expresado los profesores franceses PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNÈS y PHILIPPE STOFFEL-MUNCK, el respeto a confianza que se suscita en otra persona, la denominada ‘*reliance*’ en el sistema jurídico del *common law*, “explique le développement contemporain de plusieurs institutions” MALAURIE, Philippe, & AYNÈS, Laurent, STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*, *op.cit.* p. 252.

⁴²⁴ Al respecto, LEVY para finales del siglo XIX ya había señalado que: “ce qui fait le lien contractuel, c'est la confiance qu'inspire au créancier la promesse du débiteur (...) S'il peut y avoir contrat par cela seul qu'il y a confiance nécessaire créée, c'est bien que la promesse n'est obligatoire que parce qu'elle fait naître cette confiance”. LÉVY, Emmanuel. *Responsabilité et contrat*, F. Pichon Successeur Éditeur, Paris, 1899. p. 28.

⁴²⁵ Para un estudio relativo al ‘*fidéisme*’ o ‘*philosophie de la croyance*’ puede consultarse ROUBIER, Paul. *Théorie générale du Droit*, *op.cit.* pp. 172-177.

⁴²⁶ En su reconocido estudio comparativo, el profesor italiano GINO GORLA, afirma que “Impegnare una persona verso qualcuno, per la parola, per la semplice *pollicitatio*, senza che questo qualcuno abbia mostrato, in qualche modo, di farvi affidamento, sembra quasi assurdo”, siendo este el motivo que lo llevaría posteriormente a concluir que “quest'essigenza dell'affidamento, quale pregiudizio subito più o meno a richiesta del promittente, opera nella *civil law*, come *vestmentum* o ragione di sanzione del patto nudo, piu di quanto non si creda”. GORLA, Gino. *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, T I, Dott. Antonio Giuffrè, Milano, 1954. pp. 195 y 196.

⁴²⁷ Traducción libre. El mencionado profesor francés resalta la dificultad de entender cómo una obligación, la cual puede percibirse que procede del exterior, pueda llegar a provenir de un fenómeno puramente interno, y, en tal sentido, se cuestiona si en realidad la fuerza vinculante de la obligación, más que fundamentarse en la palabra dada, se debe al hecho que las palabras que han sido exteriorizadas fueron receptadas por un interlocutor que se encuentra representado por la sociedad, la cual es ‘guardiana del Derecho’. En tal sentido, el autor señala que: “Si je dis «je promets de vous payer 500 F» je suis *ipso facto obligé*. Les mots sont *performatifs*. Mais n'est-ce pas parce qu'il y a un témoin pour m'entendre, c'est-à-dire la société, gardienne du droit?”. CARBONNIER, Jean. *Droit civil: les obligations*, *op.cit.* p. 54 y 55.

⁴²⁸ Entre algunos autores que de la doctrina francesa parecen haberse decantado por esta postura podemos resaltar a los siguientes: KENFACK, Hugues. “Le consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat?”, en *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Paris, 2008. p. 125 y ss; MAZEAUD, Denis. “La confiance légitime et l'estoppel”, en *Revue internationale de droit comparé*, Vol 58, 2006. p. 389; ALBARIAN, Alexis. *De la perte de la confiance légitime en droit contractuel*, mare & martin, Paris, 2012. p. 369; BERLIOZ, Georges. *Le contrat d'adhésion*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence,

terminado por desembocar en un riguroso cuestionamiento frente a uno de los aspectos más neurálgicos sobre el cual estriba toda la teoría obligacional, pues se ha verificado la intención por parte de algunos de instaurar ahora como punto céntrico del sistema gravitacional del Derecho de obligaciones y contratos, el respeto objetivo de las expectativas razonables, esto es, la necesaria protección de la confianza legítima⁴²⁹.

Desde esta perspectiva, es posible indicar que la confianza se erige en la actualidad no solamente como un postulado que reviste un carácter transversal, sino que, adicionalmente, goza de una superlativa relevancia y una proyección exponencial, particularmente en el ámbito del Derecho contractual, en el cual su papel ha trascendido hasta un punto tan elevado que se ha llegado a considerar que cuando dicha confianza injustamente desaparezca o se vea gravemente lesionada se puede dar a lugar a la resolución o desarticulación del vínculo contractual⁴³⁰, siendo un postulado que, por lo demás, adquiere una particular preponderancia en el escenario del Derecho del consumo, en el cual se ha entrelazado estrechamente con la idea de la protección de las legítimas expectativas que los consumidores razonablemente pudieron haberse forjado en el marco de las relaciones negociales que celebran⁴³¹, instituyéndose así como un elemento esencial para el correcto funcionamiento del comercio en la actualidad⁴³².

Una muestra fehaciente de la relevancia que ha adquirido este postulado en el ámbito del Derecho contractual postmoderno puede ser hallada en el hecho que, en el marco de nuevos instrumentos de armonización internacional, la confianza y las expectativas razonables se han perfilado como factores de primordial relevancia para la determinación de la naturaleza esencial del incumplimiento que legitima a resolver el vínculo contractual (artículo 25 de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 7.3.1 de los Principios Unidroit, artículo 8:103 de los Principios Europeos del Derecho de contratos, artículo III-3:502 del Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo, y artículo 87 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos).

Paris, 1973. p. 172; MORIN, Gaston. “La désagrégation de la théorie contractuelle du Code”, en *Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique*, Sirey, 1940. p. 20; EDEL, Vincent. “Table ronde: Faut-il introduire un principe de confiance dans le Livre III du Code civil?” en *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Paris, 2008. p. 142; y STOFFEL-MUNCK. *L’abus dans le contrat. Essai d’une théorie*, LGDJ, 2000. p. 474.

⁴²⁹ Dentro de los autores latinoamericanos que se han afiliado con esta corriente tendencial que opta por posicionar la confianza como el punto céntrico de la contractualidad, se encuentran: CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Contratos: notas de clase*, Legis, Bogotá, 2021. p. 6; y ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena fe contractual*, *op.cit.* p. 594.

⁴³⁰ Para un profundo estudio de la procedencia de una posible terminación del vínculo contractual a raíz de la pérdida de la confianza, véase con interés el extenso estudio monográfico dedicado por entero al asunto en cuestión: ALBARIAN, Alexis. *De la perte de la confiance légitime en droit contractuel*, *op.cit.*

⁴³¹ Al respecto, la profesora de la universidad de Luxemburgo, ÉLISE POILLOT, ha indicado que, en lo que respecta al ámbito del Derecho del consumo, el postulado de la confianza legítima puede ser definido como “celui dont le but serait d’assurer la protection de la confiance que la loi -élément objectif- permet au consommateur de placer dans le professionnel lorsque celui-ci succède chez le premier des attentes -éléments subjectifs”. POILLOT, Élise. *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, Paris, 2006. p. 457.

⁴³² Para un estudio más detenido en torno al papel que desempeña el postulado de la confianza legítima en sede del Derecho del consumo, y de la relevancia que el mismo assume en tal ámbito desde una perspectiva económica, véase con interés SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha. “La confiance dans les contrats de consommation”, en *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Paris, 2008. pp. 51 y ss.

4.2.2. *La confianza legítima y su incidencia respecto a la sorpresa jurídicamente relevante.*

Ahora bien, habiendo delineado brevemente la naturaleza y la acentuada relevancia que reviste la confianza legítima en el campo jurídico en general, y más particularmente en el ámbito del Derecho contractual, podemos ahora indicar que, recurriendo a un juego de palabras, no debería resultar en lo absoluto sorprendente la afirmación según la cual: la sorpresa jurídicamente relevante, tal como la hemos delineado previamente, conserva una relación de discordia y oposición con este precepto transversal, razón por la cual -tampoco debe sorprendernos-, por esta vía igualmente se verifica un claro fundamento para justificar la proscripción de la primera⁴³³, ello bajo el entendido que, a fin de cuentas, se torna más razonable y justificado que el ordenamiento jurídico, en procura de resolver un punto conflictual entre dos sujetos, favorezca y tutele a aquel que, sustentado en una base razonable y objetivada, confió y luego vio sorprendida y, por contera, lesionada, dicha confianza, y no a quien, valiéndose de forma censurable de la sorpresa, vulnera las legítimas expectativas que el primero razonable pudo haber forjado⁴³⁴.

En efecto, es claro que lo sorpresivo se contrapone a lo que por confianza legítima se entiende, por cuanto, quien parte de la base de este precepto puede esperar que no será engañado, traicionado o sorprendido por actuaciones injustificadas y carentes de legitimidad, ya que confía en encontrar una conducta recta y honesta, además que habitual y por tanto carente de sorpresas que puedan llegar a defraudar tal confianza, dejándolo en un verdadero estado de vulnerabilidad⁴³⁵. Al respecto, no debe olvidarse que al hablar de confianza nos remontamos, tras la realización de un barrido etimológico, a la expresión ‘fe’ (*fides*), la cual está igualmente presente en la buena fe o *bona fides*, y que, en términos jurídicos, puede ser concebida como la entrega confiada a la conducta leal del otro⁴³⁶, esperando no ser traicionado,

⁴³³ Al respecto de la clara contraposición de la sorpresa frente al postulado de la confianza legítima, conviene aludir a un pronunciamiento arbitral que se llevó en sede de la Cámara de Comercio de Bogotá, y que fue proferido en el año 2009, en el cual se puso de presente que: “no se tolera que se erosione la confianza legítima irradiada en un contratante; que se estimule la *sorpresa ajena*, o que se torne impune la ausencia de coherencia negocial (...) el derecho en general, y el de obligaciones y contratos, en particular, *es refractario a los cambios de conducta sorpresivos* en cabeza de uno de los contratantes (...) No es pues un problema de presencia o convergencia de *animus nocendi*, sino de la floración de una conducta que, por contradictoria, a las claras, vulnera la creencia y confianza suscitada con anterioridad, hasta el punto que genere *sorpresa* y perplejidad extremas” (se destaca). Laudo Arbitral: Beneficencia del Valle del Cauca E.I.C.E. vs. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, marzo 5 de 2009.

⁴³⁴ Realizando una analogía similar con relación a la confianza legítima en general, véase: LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica. “La confianza razonable y su relevancia como criterio fundante de la tutela de ciertas anomalías o disconformidades acaecidas durante el *iter* contractual: una aproximación desde la doctrina y la jurisprudencia chilenas”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 36, 2019.pp. 136-138.

⁴³⁵ En relación con la potencialidad con la que cuenta el elemento sorpresa para defraudar la confianza legítima, el profesor colombiano GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ ha señalado que, en el marco de la contratación administrativa -lo cual no implica que sus palabras no puedan ser extendidas al régimen de las relaciones entre particulares-, para que se materialice tal defraudación “es indispensable que las autoridades rompan una promesa o un ofrecimiento formalmente efectuado; que actúen en contravía de lo planeado, variando súbitamente el rumbo de la acción estatal; que desconozcan la estabilidad de determinadas situaciones jurídicas, alterando, desarticulando o *desconociendo por sorpresa las esperanzas y las previsiones razonables del particular* (...)” (se destaca). VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. *La defraudación de la confianza legítima*, *op.cit.* p. 176.

⁴³⁶ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena fe contractual*, *op.cit.* p. 129.

afectado o sorprendido, interiorizando así un postulado axiomático de una extensa proyección histórica y que se ha representado como patrimonio común a todas las naciones y civilizaciones⁴³⁷.

De este modo, fundamentándonos en todo lo anteriormente dicho, podemos afirmar que la confianza legítima representa, sin lugar a dudas, otro broquel conceptual que puede ser empleado para proscribir la materialización de una sorpresa jurídicamente relevante, bajo el entendido que, cuando esta última se materializa, porta consigo una sensación negativa de desasosiego, que se manifiesta como el resultado de la brusca alteración de las expectativas legítimas con las que el sujeto podía contar, las cuales se ven frustradas por la verificación de un evento o por el desarrollo de una conducta que, siendo razonablemente imprevista y por lo tanto sorpresiva, las contraría y vulnera, infringiendo con ello la esencia misma que se desprende del propósito tutelar de este postulado fundamental, es decir, de la protección de la confianza que el ordenamiento adorna con el velo de la legitimidad.

En efecto, es tal la contraposición existente entre la confianza legítima y la sorpresa que la misma no ha pasado desapercibida por parte de la doctrina ni a la jurisprudencia, a fe de ello, la profesora italiana MARIA GIGANTE, en su obra intitulada '*Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*', describe a la primera como "un instrumento de tutela de las situaciones subjetivas encaminado a impedir que los sujetos interesados *puedan ser tomados por sorpresa (...)*" (se destaca)⁴³⁸. Por su parte, en el ámbito jurisprudencial, el más alto tribunal en materia constitucional en Colombia ha delineado el concepto de confianza legítima como un principio de raigambre constitucional que "garantiza a las personas que ni el Estado ni los particulares van a *sorprenderlos* con actuaciones que analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas resulten contradictorias"⁴³⁹, por cuanto este representa un instrumento jurídico que impide la adopción de conductas "abruptas y *sorpresivas* que afecten situaciones jurídicas particulares"⁴⁴⁰, evidenciando así con adamantina claridad que "la jurisprudencia constitucional ha concluido en aplicación del principio de confianza legítima que la Administración no podría actuar de manera *sorpresiva* e intempestiva"⁴⁴¹, razón por la cual ha llegado a afirmar, de forma concluyente, terminante, y generalizada que "está prohibido al sujeto que ha despertado en otro confianza con su

⁴³⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*, T III, Establecimiento tipográfico 'Sucesores de Rivadeneyra', Madrid, 1888-89. p. 147.

⁴³⁸ GIGANTE, Marina. *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Giuffrè Editore, 2008. p. 101. En un mismo sentido, y en otro de sus escritos, la profesora MARINA GIGANTE, poniendo de presente el respeto de la jurisprudencia europea por el principio de la confianza, señaló que: "Più specificamente, quando l'affidamento è correlato ad un atto normativo, l'accento è posto con particolare vigore sulla prevedibilità della modifica, tanto che la relativa tutela tende a configurarsi (...) soprattutto come strumento *ad impedire che i soggetti interessati possano essere colti di sorpresa*, a posteriori, da provvedimenti i cui effetti negativi peggiorino il loro status precedente (...)" (se destaca). GIGANTE, Marina. "Il principio di tutela del legittimo affidamento", en *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè Editore, 2011. p. 140.

⁴³⁹ Corte Constitucional colombiana, sentencia C-836/01, del 9 de agosto de 2001. Han sido reiteradas las veces en las que la Corte Constitucional ha puesto en evidencia la contradicción que existe entre las actuaciones que entrañan la sorpresa y el principio de la confianza legítima, siendo un claro ejemplo de ello las sentencias: T-580/19 del 2 de diciembre de 2019; T-342/15, del 3 de junio de 2015; T-053/08, del 24 de enero de 2008; T-034/04 del 22 de enero de 2004; T-660/02, del 15 de agosto de 2002; y T-084/00 del 1 de febrero de 2000; SU-360/99, del 19 de mayo de 1999.

⁴⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-355/03, del 6 de mayo de 2003.

⁴⁴¹ Corte Constitucional, sentencia T-424/17 del 4 de julio de 2017.

actuación[.] *sorprender* a la otra parte con un cambio intempestivo que defrauda lo que legítimamente se esperaba” (se destaca)⁴⁴².

De forma análoga, partiendo de estudio comparativo, puede corroborarse que otros ordenamientos, e incluso sistemas jurídicos -como es el caso del *common law*-⁴⁴³, han concebido igualmente que las actuaciones o comportamientos sorpresivos contravienen la naturaleza misma que se desprende de la confianza legítima, siendo un claro ejemplo de ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, el que, en reiteradas oportunidad, ha puesto de manifiesto la relación antitética que se desprende de la conjugación de los dos conceptos en cuestión⁴⁴⁴, tal y como puede corroborarse de una reciente pronunciamiento proferido en el 2019 el cual aseveraría que la confianza que se edifica bajo el sustento de los comportamientos de la administración “no puede ser defraudada mediante una actuación *sorprendente e inesperada*” (se destaca)⁴⁴⁵.

Ahora bien, antes de finalizar es necesario señalar que, de la articulación misma que conforma el sintagma ‘confianza legítima’ permite anticipar que no será cualquier confianza la que se torne merecedora de una especial protección por parte del ordenamiento, y por tal vía, en un sentido análogo, no toda sorpresa que vulnere una expectativa en particular, o la confianza, en general, indefectiblemente dará lugar a la aplicación del mecanismo tutelar que se desprende de este precepto, pues de lo contrario se estaría abriendo paso a que la inseguridad jurídica pueda materializarse. Por este motivo, para que una confianza logre ostentar una relevancia jurídica que le permita tornarse acreedora de una indefectible tutela se requerirá, por un lado, que la misma se haya forjado bajo el amparo de un comportamiento honesto y diligente delineado así por la buena fe⁴⁴⁶, y que, por el otro lado, se edifique sobre una base objetiva cimentada por la razonabilidad, y no sobre quiméricas expectativas, fruto exclusivo de la ingenuidad, temeridad o de la fantasía⁴⁴⁷. Bajo tal premisa, se torna evidente que no cualquier sorpresa contará con la virtualidad de este precepto primario, sino que, con base en la descripción que realizamos precedentemente del concepto, únicamente aquella sorpresa que se

⁴⁴² Corte Constitucional, sentencia T-736/15, del 30 de noviembre de 2015.

⁴⁴³ En el marco del sistema jurídico estadounidense se ha dado un desarrollo jurisprudencial el cual, partiendo de un claro sustento constitucional que se fundamenta en la denominada la ‘*Contract Clause*’, propugna por proteger a los particulares de determinadas intromisiones del gobierno, tutelando así las legítimas expectativas que estos últimos pudieron haberse forjado frente a la materialización de una sorpresa injusta (*unfair surprise*) que pueda llegar a frustrarlas, siendo ejemplo de ello los eventos en los que determinadas leyes puedan llegar a afectar de forma retroactiva e inesperada las relaciones contractuales privadas que, sustentadas en la buena fe, se formaron previamente a su entrada en vigencia de las mismas. Sobre el particular véase con interés GRAHAM, Robert A. “The Constitution, the Legislature, and Unfair Surprise”, en *Michigan Law Review*, 398, 1993. pp. 402 y ss.

⁴⁴⁴ Así, en uno de los primeros pronunciamientos en los cuales habría hecho una alusión expresa al principio de confianza legítima, el Tribunal Supremo español, habría determinado que “lo que rotundamente no puede aceptarse es que una norma, ni reglamentaria ni legal, produzca una brusca alteración en una situación regularmente constituida al amparo de una legislación anterior, *desarticulando por sorpresa* una situación en cuya perdurabilidad podía legítimamente confiarse” (se destaca). Tribunal Supremo español, STS del 27 de enero de 1990.

⁴⁴⁵ Tribunal Supremo español, STS del 6 de octubre de 2019.

⁴⁴⁶ CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, op.cit. pp. 240-245.

⁴⁴⁷ VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. *La defraudación de la confianza legítima*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008. pp. 19 y 20.

materialice como 'jurídicamente relevante', contará con la potencialidad suficiente para dar lugar a una clara vulneración de la confianza legítima y razonable⁴⁴⁸.

4.3. EL POSTULADO DE LA TRANSPARENCIA CONTRACTUAL COMO FUNDAMENTO DEL RECHAZO A LO SORPRESIVO

4.3.1. *Breve aproximación en relación al contenido, relevancia y alcance del postulado de la transparencia en la esfera contractual.*

A diferencia de los preceptos anteriormente reseñados, a los cuales puede atribuírsele una extensa longevidad, la transparencia es un concepto más 'joven' en el ámbito jurídico, pues si bien su esencia puede reconducirse a figuras y conceptos que otrora eran conocidos por el Derecho, como el de la buena fe o algunos de los vicios de la voluntad⁴⁴⁹, no sería sino a partir de las últimas décadas con las que cerraría el 'milenio que nos antecede, que el mismo, propiamente concebido, comenzaría a captar, con cierto ímpetu, el interés del auditorio jurídico⁴⁵⁰, principalmente en el escenario geográfico de la llamada 'Europa continental' para inicios de los años ochenta, como resultado del complejo escenario que se desprende de la regulación de condiciones generales de la contratación, la idea de transparencia comenzó a permear en el Derecho privado, en el cual se desempeñaría, en su fase embrionaria o gestacional, como un instrumento enderezado a proteger el consentimiento en el plano negocial, introduciendo así obligaciones de naturaleza formal cuyo propósito sería el de asegurar la 'cognoscibilidad' del documento contractual⁴⁵¹, siendo acogido entonces como un instrumento que, tal como en su momento lo habría puesto de presente el reconocido jurista italiano y Profesor emérito de la Universidad de *La Sapienza*, PIETRO RESCIGNO, cuenta con la "capacidad de intervenir e iluminar sectores que parecían connotados por la impenetrabilidad y el misterio"⁴⁵², y a través del cual se pretendería alcanzar la ulterior consecución de una pluralidad de prístinos valores y objetivos que el ordenamiento jurídico busca proteger⁴⁵³.

⁴⁴⁸ Al respecto, el Consejo de Estado español ha indicado que si bien la confianza legítima "No es, desde luego, un principio de valor absoluto capaz de bloquear todo intento de modificación o reforma; *pero sí protege eficazmente frente al cambio brusco y por sorpresa*, frente a la alteración sensible de una situación en cuya durabilidad podía legítimamente confiarse (...)" (se destaca). Citado por GARCÍA, Ricardo Alonso. "Treinta años de *ius publicum commune* europeo en España", en *Revista de Administración Pública*, Nº 200, Madrid, 2016. pp. 348 y 349.

⁴⁴⁹ RIZZO, Vito. "Principio di trasparenza e tutela del «contraente debole» (con particolare riguardo al settore assicurativo -e finanziario-)", en *La banca-assicurazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. p. 48.

⁴⁵⁰ Según ha expresado recientemente el profesor de la Universidad de Toulouse, JÉRÔME JULIEN, la transparencia representa en la actualidad un concepto que definitivamente se encuentra 'a la moda', y el cual es integrado por medio de numerosas leyes en diferentes ámbitos y escenarios. JULIEN, Jérôme. *Droit de la cosommatation*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2019. p. 286.

⁴⁵¹ RIZZO, Vito. *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997. p. 19.

⁴⁵² Traducción libre. RESCIGNO, Pietro. " "Trasparenza" bancaria e diritto "comune" dei contratti", en *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Giuffrè Editore, Milano, I, 1990. pp. 297 y 298.

⁴⁵³ Usualmente se suele concebir a la transparencia no como un fin en sí misma sino como un mecanismo instrumental para la consecución de ulteriores objetivos. En este sentido: RIZZO, Vito. *Principio di trasparenza e tutela del «contraente debole» (con particolare riguardo al settore assicurativo -e finanziario-)*, *op.cit.* pp. 71 y 72, y MINERVINI, Enrico. "La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)", en *Banca Borsa Titoli di Credito*, I, 1997. p. 101, y ELISA, Bordini. "Dal dovere

Así las cosas, a pesar de que en un inicio su naturaleza no habría resultado del todo diáfana, y que su campo aplicativo se habría limitado a concretas áreas de la contratación, lo cierto es que con el tiempo una nueva y revolucionaria⁴⁵⁴ esfinge conceptual comenzaría a erigirse con miras más generales y en un plano más comprensivo, asistiendo de este modo a la evolución de la teoría general del contrato, o, cuanto menos, a la evolución en la esfera de la contratación predispuesta⁴⁵⁵, adquiriendo con así unos contornos más claros que le atribuyen un carácter propio y autonómico en el ámbito jurídico, abriéndose con ello la puerta para un posible redimensionamiento exponencial de su escancia y de sus alcances, llegando a concebirse, tal como en su momento expresaría el profesor alemán, JOHANNES KÖNDGEN, como una suerte de ‘fórmula mágica’ poseedora de un poder expansivo impredecible⁴⁵⁶, lo que le permitiría constituirse, siguiendo las precisas palabras del ilustre profesor italiano VITO RIZZO -uno de los pioneros a nivel internacional en brindarle un tratamiento profundo y sistemático a la materia-, como una de las “ideas fuentes de la época contemporánea”, la cual “tiende cada vez más a asumir la vestidura de «principio»”⁴⁵⁷, configurándose de tal modo como una figura o concepto con un enorme virtualidad expansiva en el ámbito jurídico en la contemporaneidad particularmente en sede del moderno derecho de contratos⁴⁵⁸.

Este último sería un vaticinio que parecería haber encontrado un acogimiento en la actualidad, puesto que, si bien no puede desconocerse que la cuestión ha dado lugar a una cierta resistencia⁴⁵⁹, lo cierto es que la idea de que la transparencia pueda configurarse como un principio en materia contractual ha encontrado un sólido reconocimiento en los últimos años, ello tanto a nivel doctrinal⁴⁶⁰ como jurisprudencial, particularmente en el ámbito del Derecho

di far conoscere al dovere di far «comprendere»: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori”, en *Banca Borsa Titoli di Credito*, Giuffrè Editore, II, 2011. p. 250.

⁴⁵⁴ SCALISI, Vincenzo. “Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare”, en *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, Padova, II, 1994. p. 178.

⁴⁵⁵ GAGGERO, Paolo. “Trasparenza del contratto e remedi di autotutela”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N° 2, 2013. pp. 465, 468 y 469.

⁴⁵⁶ KÖNDGEN, Johannes. “Grund und Grenzen des Transparenzgebots in AGB-Recht”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, I, 1989 p. 944.

⁴⁵⁷ RIZZO, Vito. *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, op.cit. pp. 9, 19 y 20. De igual forma, el reconocido profesor italiano ha reiterado recientemente tal postura, expresando que “La trasparenza tende, così, oggi, ad assurgere sempre più a vero proprio «valore» che permea di sé vari aspetti della vita e dell'attività dell'uomo e a configurarsi come «principio» assolutamente diffuso in questi contesti”. RIZZO, Vito. “Itinerario e nuove vicende della trasparenza (con particolare riguardo ai contratti del consumatore)”, en *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, Aranzadi, Navarra, 2018.p. 229. Cfr. BUONOCORE, Vincenzo. “Contratti del consumatore e contratti d'impresa”, en *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, Padova, I, 1995. p. 25.

⁴⁵⁸ Poniendo de manifiesto la gran trascendencia que ha venido adquiriendo en la actualidad este nuevo concepto en el panorama jurídico, *in genere*, el profesor de la Universidad de Tolouse, JÉRÔME JULIEN, “La transparence est une notion assurément à la mode, et de nombreuses règles tentent de l'imposer dans tous les secteurs”. JULIEN, Jérôme. *Droit de la consommation*, LGDJ, 2019. p. 286.

⁴⁵⁹ El profesor MARCO FRANCESCO CAMPAGNA, quien al respecto ha puesto de presente que, al presentarse la regla de la transparencia como una norma de estructura condicional, resulta dudoso que pueda asignarle el rango de ‘principio’, sin embargo, afirma que dicha regla es poseedora de una “logica deontica ed una natura imperativa”. CAMPAGNA, Marco Francesco. “Note sulla trasparenza del contratto”, en *Contratto e impresa*, Vol 31, N° 4-5, 2015. p. 1071.

⁴⁶⁰ Así, ALPA, Guido. “Quando il segno diventa comando: la «trasparenza» dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria”, en *I mobili confini dell'autonomia privata*, Giuffrè Editore, 2005. pp. 480 y 481. Cfr. DI DONNA, Luca. *Obblighi informativi precontrattuali*, Giuffrè Editore, Milano, 2008. p. 46; SENIGAGLIA, Roberto. *Accesso alle informazioni e trasparenza*, CEDAM, Padova, 2007. p. 189; PAGLIANTINI, Stefano. v. “Trasparenza contrattuale”, en *Enciclopedia del Diritto*, Annali V, Giuffrè,

del consumo, en donde se ha erigido como un principio ‘fundador’ y ‘omnipresente’⁴⁶¹, así como también en sede de la contratación sujeta a condiciones generales, tal como se ha evidenciado en el caso del ordenamiento jurídico alemán en el cual se daría lugar a la construcción por parte del Tribunal Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*) del denominado ‘*Transparenzprinzip*’ (principio de transparencia), y del más comúnmente conocido ‘*Transparenzgebot*’, siendo este último una figura conceptual con una clara e indiscutida relevancia actual en la regulación de las condiciones generales en el sistema germano, a punto tal que ha llegado a ser considerado como un principio básico o fundamental de la misma⁴⁶².

Ahora bien, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, y sin pretender desconocer la naturaleza multiforme y polivalente que puede predicarse de la transparencia, puede decirse que de cada una de sus manifestaciones se desprende un común denominador que permite divisar, en líneas generales, a la transparencia como una noción antagónica a la oscuridad contractual, enderezada hacia la erradicación en tráfico jurídico del empleo de los reprochables medios del engaño, la falsedad y de la sorpresividad⁴⁶³, favoreciendo con ello un comportamiento probo, leal, direccionado hacia el enaltecimiento del reinado del conocimiento en las relaciones negociales⁴⁶⁴, y así, imponiendo el descorrimiento del velo que trae consigo el ‘oscurantismo contractual’⁴⁶⁵.

Así las cosas, con el tendencial acogimiento de este nuevo postulado por parte del Derecho del consumo, así como también, desde un plano más general, por parte del Derecho contractual contemporáneo, se introduce un imperativo el cual impele a que las partes deban comportarse en forma diáfana y adamantina, sin enmascaramientos ni encubrimientos, teniendo que hablar y relacionarse con refinada claridad (*clare loqui*), lo que implica que deberán ‘jugar con todas las cartas sobre la mesa’, y sin recurrir a la reprochable conservación de ‘ases bajo la manga’ que luego lleguen a revelar de forma inesperada amén que sorpresiva, reduciendo así el campo al secretismo y al solapamiento, todo ello en procura de asegurar que la relación contractual resulte vítrea para los sujetos que planean vincularse por la misma.

De este modo, la vinculación existente entre la sorpresa y la transparencia resulta incuestionable, puesto que, en línea de principio general, cuando la segunda haga presencia el riesgo de la primera se verá sustancialmente reducido, lo que permite corroborar que existe una clara relación inversamente proporcional que se predica de la conjunción de las dos figuras, por manera que, entre más elevado sea el grado de transparencia que se imprima en la relación

Milano, 2012. pp. 1318 y 1319; y BARENGHI, Andrea. “I contratti dei consumatori”, en *Diritto civile: obbligazioni*, Vol III, *Il contratto in generale*, T II, Giuffrè Editore, 2009. p. 121.

⁴⁶¹ POILLOT, Élise. *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op.cit. p. 215.

⁴⁶² KÖNDGEN, Johannes. *Grund und Grenzen des Transparenzgebots in AGB-Recht*, op.cit. p. 946. Para un estudio más detallado, véase: KREIENBAUM, Birgit. *Transparenz und AGB-Gesetz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998. pp. 203 y ss.

⁴⁶³ La transparencia, en líneas generales, determina “l’aspirazione a mezzi di comunicazione sociale sempre più efficaci, alla precisione dell’informazione, alla eliminazione, nel linguaggio, di falsità ed inganno”. QUADRI, G. “Intervento”, in *Trasparenza e legittimità contrattuale delle condizioni generali di contratto*, Napoli, 1992. p. 112.

⁴⁶⁴ En un sentido similar, el Profesor Emérito de la Universidad de *La Sapienza*, GUIDO ALPA, ha puesto de presente que, a pesar de la dificultad que se desprende de la naturaleza misma del concepto, puede concebirse que la ‘transparencia contractual’ o la ‘transparencia del contrato’, “implica pertanto chiarezza, contrapposta ad opacità, correttezza contrapposta a slealtà, rivelazione contrapposta a celamento, informazione contrapposta ad ignoranza, e così via”. ALPA, Guido. *Quando il segno diventa comando: la «trasparenza» dei contratti bancari, assicurativi e dell’intermediazione finanziaria*, op.cit. p. 477.

⁴⁶⁵ GAGGERO, Paolo. *Trasparenza del contratto e remedi di autotutela*, op.cit. p. 461.

contractual menor será la posibilidad de que una sorpresa, jurídicamente relevante, se pueda llegar a materializar, de este modo parece factible hacer extensible aquel postulado según el cual “la transparencia ahuyenta el dolo y el error”⁴⁶⁶ en modo tal que pueda afirmarse que la transparencia igualmente será útil para ahuyentar la sorpresa.

4.3.2. *La composición binomial conformada por la transparencia y la información contractual. La sorpresa y su interrelación con la problemática que integra la existencia de las asimetrías informativas.*

La cuestión relativa a la información en materia contractual, atiende a una temática de cardinal relevancia, la cual cada vez adquiere una mayor relevancia en la disciplina jurídica particularmente en el ámbito contractual, por manera que se encuentra en un proceso de permanente expansión (*in crescendo*)⁴⁶⁷, a punto tal que, en la actualidad, llega a permear toda la esfera que comprende el Derecho de contratos⁴⁶⁸, lo que le permite instituirse, por lo demás, como una de las temáticas de mayor relevancia y trascendencia en el marco de la política jurídica contemporánea⁴⁶⁹. En tal sentido, nos encontramos ante una materia que, naturalmente, sobrepasa con creces el propósito del estudio que pretendemos desarrollar en la presente sección, motivo por el cual, consideramos necesario limitarnos a realizar una tangencial referencia en relación al vínculo de afinidad que se predica de los conceptos de información y de transparencia en el ámbito contractual, así como también, del papel que estos desempeñan, tanto desde el perfil positivo de su acatamiento, como del perfil negativo de su incumplimiento, con relación a la sorpresa.

Así las cosas, consideramos pertinente iniciar señalando que, en lo que respecta a la temática de la información, resulta evidente la estrecha conexión que esta última posee con relación a la figura conceptual de la transparencia contractual, siendo un ligamen que, sin desconocer la naturaleza, de suyo más amplia y general, que en el marco del Derecho positivo suele atribuírsele al deber de información, desde un plano teleológico puede ser concebida como una vinculación que se desempeña bajo una relación de medio a fin, siendo la segunda la razón que justifica y sobre la cual se fundamenta la primera⁴⁷⁰.

De este modo, lo que se pretende con el empleo de la formulación binomial ‘transparencia-información’, es que exista una mayor circulación de información en el tráfico jurídico, pero

⁴⁶⁶ POILLOT, Élise. *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, *op.cit.* p. 224.

⁴⁶⁷ GALLO, Paolo. *Il contratto*, *op.cit.* p. 290.

⁴⁶⁸ Acogiendo una visión expansiva del deber de información, la cual desde hace tiempo ha sido registrada por la doctrina, el analítico profesor colombiano ERNESTO RENGIFO GARCÍA, de forma contundente ha señalado que, “el deber precontractual de información debe tener carácter general y, por tanto, operar en cualquier tipo de contrato”. RENGIFO GARCÍA, Ernesto. “El deber precontractual de información”, en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*, T IV, Vol 1, Temis, Bogotá, 2010. p. 131.

⁴⁶⁹ Así puede evidenciarse particularmente en el escenario del Derecho del consumo, tal como lo han evidenciado los profesores franceses JEAN CALAIS-AULOY y HENRI TEMPLE, quienes sobre el particular han indicado que: “Le droit à la information est devenu, a juste titre, l’un des thèmes majeurs de tute politique de défense des consommateurs”. CALAIS-AULOY, Jean & TEMPLE, Henri. *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2010. p. 55.

⁴⁷⁰ SCALISI, Vincenzo. *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, *op.cit.* p. 169; SENIGAGLIA, Roberto. *Accesso alle informazioni e trasparenza*, *op.cit.* p. 113; BOITI, Cristiana. *Trasparenza e contratti del turismo organizzato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019. pp. 48 y 49.

que, al mismo tiempo, se asegure la intangibilidad de la misma⁴⁷¹, todo lo cual responde a un elevado propósito que es el de favorecer el dominio del conocimiento en el campo de la interrelación jurídica, siendo este uno de los nuevos ‘mandamientos’ que gobiernan el nuevo Derecho contractual, particularmente en el ámbito del Derecho del consumo, en donde el mismo adquiere una relevancia cardinal. No en balde se ha llegado a señalar que si el siglo XIX fue esencialmente el ‘siglo de la voluntad’, en la hora de ahora parece preponderar el conocimiento el cual se instituye como un ‘principio axial’⁴⁷².

Por tal virtud, es menester señalar que, en la hora de ahora, la tutela del conocimiento se configura como un propósito de cardinal trascendencia y relevancia en todo sistema jurídico, lo cual adquiere una particular relevancia teniendo en consideración del hecho que en la actualmente nos encontramos frente a un mercado caracterizado por una celeridad sin precedentes, a su turno que, por una marcada tendencia a que en él circulen productos y servicios cada vez más complejos, a lo que debe sumársele el creciente empleo de documentos contractuales de suyo más sofisticados e intrincados, así como la presencia de una oferta publicitaria que resulta cada vez más incisiva, todo lo cual ha generado como resultado que se configure la existencia de acentuadas ‘asimetrías informativas’ en el marco del tráfico jurídico, las cuales suelen dar lugar al surgimiento de claros desequilibrios que impactan negativamente en el plano contractual⁴⁷³, al posicionar a una de las partes de la relación en una situación de ‘debilidad cognitiva’⁴⁷⁴, lo que, en últimas, termina por potencializar el riesgo de que los contratantes desinformados sean más propensos a: sufrir un abuso, caer en un engaño, incurrir en un error, o, a ser tomados por sorpresa.

De este modo, bajo la sombra de este complejo panorama, se comprueba la existencia de un terreno sumamente fértil para el cultivo, no solamente de engaños y falacias, sino también de desdeñosas sorpresas, las cuales, sustentándose en la existencia de un claro desequilibrio informativo, podrán brotar y afectar las expectativas y la confianza legítima del contratante que se halla en una situación de particular debilidad.

El problema en cuestión no resulta en lo absoluto banal o intrascendente, pues el fenómeno de la asimetría informativa, en general, y el de la sorpresa, en particular, repercute principalmente en dos aspectos de vital relevancia para todo acuerdo negocial, pues sus secuelas puede llegar a proyectarse tanto en relación con el correcto dimensionamiento de las características y la naturaleza que conforman el objeto mismo de la relación contractual, como también, en lo que concierne a la individualización de la reglamentación, tanto económica como normativa, que gobernará el contrato en particular⁴⁷⁵.

Al respecto, miradas bien las cosas, puede llegar a considerarse que, gran parte de la problemática que interioriza la cuestión concerniente a la asimetría de la información puede

⁴⁷¹ SENIGAGLIA, Roberto. *Accesso alle informazioni e trasparenza*, op.cit. pp. 114 y 115.

⁴⁷² SCALISI, Vincenzo. *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, op.cit. pp. 176 y 177. Cfr. DI GIOVANNI, Francesco. *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998. p. 3.

⁴⁷³ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Los límites del deber precontractual de información*, Civitas, Pamplona, 2010. pp. 113; y CALAIS-AULOY, Jean & TEMPLE, Henri. *Droit de la consommation*, op.cit. p. 55.

⁴⁷⁴ En relación con la vinculación de las normas que buscan garantizar la transparencia con la tendencia dirigida a la protección del contratante débil, véase con interés RESCIGNO, Pietro. *"Trasparenza" bancaria e diritto "comune" dei contratti*, op.cit. pp. 301 y 302, y RUSSO, Claudio. *Trasparenza ed informazione nel contratto di assicurazione le prospettive dell'analisi economica del diritto*, CEDAM, 2001. p. 36.

⁴⁷⁵ GUERINONI, Ezio. *I contratti del consumatore: principi e regole*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011. p. 250.

ser entendida de mejor forma por medio de la figura de la sorpresa. En efecto, cuando una de las partes de la relación negocial no cuenta con determinada información que resulta relevante para la decisión de contratar, siendo información que, por el contrario, el otro sujeto de la relación conoce perfectamente, puede acontecer que, una vez perfeccionado el acuerdo la parte inicialmente desinformada se vea negativamente sorprendida al descubrir algún elemento o característica del producto o servicio que habría adquirido, o del contrato que celebró, el cual no podría razonablemente esperar debido a la ignorancia que tenía al respecto del mismo, y que, por lo demás, se encuentra en clara contravía de sus legítimos intereses.

Desde esta perspectiva, puede visualizarse que será el ingreso sorpresivo de estos elementos, que originariamente eran desconocidos, en el marco de la relación contractual, lo que terminará dando lugar a una sensación de frustración la que podrá llegar a desembocar en la materialización de un perjuicio en cabeza del sujeto que se ha visto sorprendido. Desde esta perspectiva, en este tipo de supuestos nos encontraremos frente a una falla del mercado la cual, si bien siguiendo la gráfica descripción del afamado economista y ganador del Premio Nobel, GEORGES AKERLOF, puede ser representada refiriendo a un ‘mercado de limones’ (*‘market for lemons’*)⁴⁷⁶, siguiendo el razonamiento que previamente expusimos, creemos que igualmente puede ser entendida como un ‘mercado de sorpresas’.

Así las cosas, será por motivo de todo lo anteriormente expuesto que, la necesidad de tender por una proscripción de la sorpresa en el campo contractual debe considerarse redimensionada, o robustecida, en todos aquellos eventos en los que se compruebe la existencia de asimetrías informativas, ya en que en ellos la sorpresividad, cual espada de DAMOCLES, se instaurará como un riesgo constante que de manera amenazante pende sobre la cabeza de un sujeto que, debido al hecho que carece de un conocimiento adecuado respecto a determinados aspectos o elementos que se tornan especialmente relevantes para el acuerdo contractual, se encuentra en una situación de particular vulnerabilidad la cual le impide que, por sí mismo, pueda ponerse al reparo de perjudiciales sorpresas que se puedan llegar a inmiscuirse en el acuerdo negocial⁴⁷⁷.

De este modo, puede corroborarse, y conviene que seamos cada vez más conscientes de ello, que, al momento de adscribirse a una política enderezada hacia una franca lid en contra de la presencia de asimetrías informativas en el mercado, propugnando así por asegurar una transparencia contractual, no solo resulta necesaria la imposición de deberes de información, en un sentido positivo, al igual que la simple proscripción de conductas engañosas o insidiosas, en sentido negativo, sino que, en adición, se torna indispensable la erradicación del dominio de la sorpresa en las relaciones contractuales⁴⁷⁸, por manera que, bien examinadas las cosas, debe

⁴⁷⁶ AKEROLF, George A. “The market for ‘lemons’: quality uncertainty and the market mechanism”, en *The Quarterly Journal of Economics*, Vol 84, 1970. pp. 488 y ss.

⁴⁷⁷ La existencia de asimetrías informativas impide que la valoración del elemento sorpresa sea equivalente a aquella que pudiese efectuarse en escenarios donde este fenómeno desestabilizador no se encuentra presente, pues bien, el juicio de la sorpresividad que debe desarrollarse, tal como acertadamente ha puesto de presente el doctrinante italiano FLAVIO LAPETOSA, deberá ser diferente en los eventos en los que la “sorpresa è, con valutazione legale tipica, sottesa logicamente a fattispecie contrattuali caratterizzate da squilibri informativi e da situazioni oggettive che vedono una parte in grado di offrire un minuzioso programma negoziale sul quale l'altra parte rischia di prestare un'adesione non sufficientemente meditata e consapevole e perciò suscettibile di generare angosciosi ripensamenti”. LAPERTOSA, Flavio. *La sorpresa nel rapporto obbligatorio*, op.cit. p. 664.

⁴⁷⁸ Esta proposición puede encontrar un claro respaldo en las precisas palabras del analítico profesor italiano LORENZO MEZZASOMA, de conformidad con las cuales, en la actualidad se requiere de la “creazione di una disciplina trasparente relativa a tutte quelle condotte che”, como la sorpresa -agregamos nosotros-,

concebirse que: la lucha por parte del ordenamiento jurídico en contra de la presencia de asimetrías informativas, representa igualmente una lucha directa en contra de la sorpresividad⁴⁷⁹.

Ahora bien, cabe señalar que, en aras de asegurar que el ordenamiento pueda combatir de forma eficiente la asimetría en el tráfico jurídico, buscando con ello consolidar la tutela efectiva de un conocimiento real respecto al objeto y al reglamento que se desprenden del acuerdo contractual, y, evitando que se configuren indeseadas sorpresas, se ha dado paso a una visión renovada y evolutiva de la transparencia, la cual no se delimita a instaurar exigencias informativas dentro de una categoría llanamente formal que restringe su alcance a la determinación de la forma en que las disposiciones son comunicadas, sino que se proyecta también como exigencia de naturaleza sustancial⁴⁸⁰, que se direcciona hacia la consolidación de un conocimiento efectivo del contenido del contrato *in toto*⁴⁸¹, esto es, una comprensión real que supera la simple ‘cognoscibilidad’, eliminando residuos o máculas que oscurezcan la posibilidad de interiorizar la reglamentación que regirá el acuerdo negocial⁴⁸², y que invitan a la duda, confusión, sorpresividad, o, incluso, a la frustración en el terreno contractual.

En tal virtud, el propósito que se persigue es el de garantizar que el contratante que se encuentra en una posición de debilidad informativa logre aprehender, antes de la suscripción del documento contractual (*ex ante*), el cuadro global que se desprende de la relación negocial, permitiéndole con ello tener consciencia de las ventajas y desventajas que trae consigo el contrato que está por celebrar⁴⁸³, y que, de este modo, no se lleve desagradables sorpresas que surjan con posterioridad al perfeccionado el acuerdo, ello como consecuencia de una incorrecta interiorización del contenido integral del documento contractual (*ex post*). En otras palabras,

“caratterizzate da un certo grado di opacità, permetterebbero all’intermediario- se non correttamente regolate- di perpetrare comportamenti dannosi per il cliente”. MEZZASOMA, Lorenzo. *Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari*, *op.cit.* pp. 190-194.

⁴⁷⁹ En lo tocante a la relación que se debe predicar entre los supuestos de asimetrías informativas y la necesidad de rechazar la sorpresa, sumamente llamativas resultan las palabras del profesor italiano, ALBERTO GIANOLA, de conformidad con las cuales: “La lotta contro i deficit informativo, lungo le due traiettorie delle ricostruzione dell’omissione informativa come dolo fonte di annullabilità e della previsione di specifici obblighi informativi posti a favore principalmente del consumatore ma non solo, *si risolve dunque anche in lotta contro la sorpresa*” (se destaca). GIANOLA, Alberto. *Sorpresa*, *op.cit.* p. 514.

⁴⁸⁰ En este sentido, el afamado profesor de la Universidad de Perugia, LORENZO MEZZASOMA, ha sido claro al manifestar que, en la actualidad es posible corroborar una transición de la idea meramente formal que circunscribía los alcances de la transparencia a una proyección sustancial de esta que le permite ser concebida como un “strumento necesario al fine di permettere al cliente di scegliere consapevolmente i prodotti e i servizi dei quali ha bisogno” MEZZASOMA, Lorenzo. “Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari”, en *Banca Borsa e Titoli di Credito*, N° 2, 2018. pp. 190 y 191. Sobre la tendencia expansiva de la transparencia que le permite adoptar una proyección que supera su cosmovisión simplemente formalista, véase igualmente con particular interés RIZZO, Vito. *Intinerario e nuove vicende della trasparenza (con particolare riguardo ai contratti del consumatore)*, *op.cit.* p. 232. Cfr. BOITI, Cristiana. *Trasparenza e contratti del turismo organizzato*, *op.cit.* p. 47.

⁴⁸¹ Con base en esta proyección de la transparencia se da paso a una transición de una exigencia de una claridad y comprensibilidad de determinadas cláusulas contractuales, percibidas de forma individual, a un requisito de claridad y comprensión del contrato globalmente considerado CAMPAGNA, Marco Francesco. *Note sulla trasparenza del contratto*, *op.cit.* p. 1037.

⁴⁸² Al respecto, VINCENZO SCALISI expresa que en materia de la obligación informativa se debe hablar de ‘conocimiento’ y no simplemente ‘congoscibilidad’ pues lo que se busca con ella es la directa consecución, sin residuo alguno, del interés tutelado del conocimiento. SCALISI, Vincenzo. *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, *op.cit.* p. 178.

⁴⁸³ GUERINONI, Ezio. *I contratti del consumatore: principi e regole*, *op.cit.* p. 262.

la finalidad es la de asegurar la realización de elecciones racionales fundamentadas en aquel conocimiento, y que, de tal manera, quien desee contratar pueda tener plena consciencia de lo que se está consintiendo, al igual que de aquello a lo que se está comprometiendo, brindando así una legítima tutela al co-contratante que se encuentra en una situación de ‘debilidad cognitiva’, todo lo que, en últimas, termina por favorecer a una justicia contractual, a su turno que a la certidumbre en la relación negocial⁴⁸⁴.

4.3.3. *La información transparente como mecanismo de carácter preventivo y remedial respecto a la sorpresa jurídicamente relevante.*

Llegados a este punto, podemos verificar que la transparencia representa un pilar adicional para el rechazo de lo sorpresivo, por cuanto, si se concibe a esta última como una suerte de rodela cuya función es la de garantizar y tutelar el conocimiento frente a todas aquellas circunstancias que tengan la potencialidad de frustrarlo o de ensombrecerlo, y que, para la consecución de tal finalidad, la misma cuenta con un extenso catálogo de mecanismos por medio de los cuales busca esclarecer la relación negocial, expulsando así toda oscuridad que pueda afectarla⁴⁸⁵, no parece difícil concebir que la sorpresa, interiorizada como una anomalía que vulnera o enflaquece el verdadero conocimiento, resulte antagónica a la idea que se desprende de la ‘transparencia contractual’, y que, por esta vía, pueda igualmente hallarse un fundamento para la proscripción de la primera con fundamento en la segunda.

En efecto, la ‘transparencia contractual’, *in genere*, así como las diversas manifestaciones y requerimientos que de ella se desprenden, *in concreto*, tienen la virtualidad para fungir como mecanismos de naturaleza preventiva que, de ser acatados, invitan al reinado del conocimiento, de la claridad, de la limpidez, abriendo paso a una suerte de ‘asepsia’ contractual, y que, por tal virtud, evitan que desagradables sorpresas se enseñoreen del contrato, pudiéndose afirmar en tal sentido que: allí donde halla transparencia, la cual comulgue necesariamente con las exigencias que se derivan de la buena fe, no podrá haber sorpresa, o cuanto menos una sorpresa que resulte jurídicamente relevante. En este sentido, el doctrinante italiano, ENZO GUERINONI, al abordar algunos de los específicos requerimientos normativos que buscan garantizar la transparencia, pone de presente que: “la normativa se asegura que cliente pueda tener un conocimiento completo del contrato que va a celebrar, *sin el peligro de eventuales futuras sorpresas*” (se destaca)⁴⁸⁶.

Es por virtud de lo anteriormente expuesto, que la transparencia ha terminado por redimensionar la forma de concebir el problema que trae consigo la existencia de asimetrías informativas en la esfera contractual, pues, a la luz de su visión más novedosa, ha incorporado un mandato de protección de la confianza de las legítimas expectativas que el co-contratante pudo haberse llegado a formar, extendiendo el alcance de su velo protector para justificar el rechazo de aquellas estipulaciones contractuales que pudiesen resultar razonablemente

⁴⁸⁴ DE POLI, Matteo. “La trasparenza delle operazioni bancarie secondo il testo unico: primi appunti”, en *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, Padova, I, 1994. p. 524.

⁴⁸⁵ En este sentido, ROBERTO SENIGAGLIA, evidencia que: “In definitiva, se con il principio di trasparenza si vuole garantire l'obiettività del percorso valutativo del soggetto interessato, occorrerà apprestare tutti i congegni idonei a rimuovere ogni oscurità, rendendo così effettiva la conoscibilità dei contenuti del relativo atto e degli ulteriori aspetti ad esso sottesi”. SENIGAGLIA, Roberto. *Accesso alle informazioni e trasparenza*, op.cit. p. 187. Cfr. CAMPAGNA, Marco Francesco. *Note sulla trasparenza del contratto*, op.cit. p. 1037.

⁴⁸⁶ GUERINONI, Ezio. *I contratti del consumatore: principi e regole*, op.cit. p. 272.

inesperadas, y, por lo tanto, sorpresivas⁴⁸⁷. Así, como muestra de ello, el destacado profesor de la Universidad de Siena, STEFANO PAGLIANTINI, ha puesto de presente que la transparencia, a partir de su segunda y más novedosa formulación, la cual le permite estructurarse como un requisito autonómico de ‘vinculatoriedad’, encuna una “*standard* informativo que soporta (o responde a) la confianza previsible (...)”, lo que necesariamente implica “un modo diverso de entender la transparencia”, el cual permite que esta última sea concebida como una “técnica en contra de la sorpresa”⁴⁸⁸, a su vez que, como un “instrumento que contrasta una sorpresa en el vínculo o en el contenido [del contrato]”, configurándose así como un “regla de protección de la confianza”⁴⁸⁹.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho en precedencia, la transparencia contractual, y, más particularmente el correcto suministro de ‘información transparente’, puede concebirse como un mecanismo adecuado para la prevención de la sorpresa. En este sentido, creemos que aquella famosa proposición realizada por el profesor de la Universidad de Yale, ANTHONY T. KORTMAN, según la cual “La información es el antídoto del error”⁴⁹⁰, puede ser extendida al punto de entender igualmente que la información, siempre que la misma comulgue con los cánones delineados por la transparencia contractual, puede representar igualmente un posible ‘antídoto para la sorpresa’, o, más precisamente, un ‘antídoto para prevenir la sorpresa’, o, empleando una terminología más próxima al desalentador escenario que vivimos en la actualidad, una ‘vacuna para evitar la sorpresa’.

En estricta consonancia con lo anterior, el renombrado jurista italiano, GIORGIO DE NOVA, en uno de sus interesantes escritos, el cual se intitula ‘*Informazione e contratto*’, ha puesto de presente que “La tradición quiere tutelar al contratante respecto al error en el cual puede caer y a los engaños de los cuales puede ser víctima, y ya, sobre estos perfiles, la información constituye un importante remedio. Sin embargo, emerge un perfil más específico que atiende a la información, el cual es: aquel de la sorpresa”, idea que lo lleva a concluir que, con fundamento en relación existente entre información y el reglamento contractual, la cual trae consigo un imperativo de iluminar por intermedio de la información el contenido del contrato, cualquier “tentativa de tomar por sorpresa al otro contratante no podrá tener éxito”⁴⁹¹.

Esta nueva prospectiva que reconduce los alcances del deber de información sobre los canales rectamente direccionados hacia la prevención de la sorpresa en el campo contractual, a lo largo de los últimos años ha sido objeto de un claro acogimiento en el panorama legislativo internacional, especialmente en tratándose de la regulación de la contratación predispuesta y de la contratación que se desenvuelve por medio de canales ‘no tradicionales’, como es el caso de los contratos celebrados a distancia o fuera de los establecimientos comerciales, lo que se ha visto justificado por el hecho que estos últimos constituyen escenarios sumamente proclives para el surgimiento de desagradables sorpresas, requiriendo así de un reforzamiento del

⁴⁸⁷ Sobre el particular, el profesor ANDREA BARENGHI, ha manifestado que: “La trasparenza contrattuale serve dal punto di vista del singolo rapporto a ridimensionare la asimmetria informativa (e quin di il potere contrattuale), nonché a tutelare l'aderente da clausole e condizioni comunque non conosciute”. BARENGHI, Andrea. *I contratti dei consumatori*, *op.cit.* p. 121.

⁴⁸⁸ PAGLIANTINI, Stefano. *v. Trasparenza contrattuale*, *op.cit.* pp. 1306-1307.

⁴⁸⁹ PAGLIANTINI, Stefano. *v. Trasparenza contrattuale*, *op.cit.* p. 1302.

⁴⁹⁰ Traducción libre. KRONMAN, Anthony. *Mistake, disclosure, information, and the law of contracts*, 7 *Journal of Legal Studies* 1, 1978 p. 4.

⁴⁹¹ Traducción libre. DE NOVA, Giorgio. “Informazione e contratto: il regolamento contrattuale”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1993 pp. 708 y 718.

mencionado deber de información en procura de obtener una reducción considerable del riesgo de la proliferación de tales sorpresas⁴⁹².

En consideración de todo lo anteriormente señalado podemos afirmar que, si las partes contratantes cuentan con una información transparente en relación con los aspectos y circunstancias que resulten relevantes al momento de contratar, en modo tal de que puedan ser consientes tanto de las ventajas como desventajas que se pueden desprender del acuerdo, excluyendo con ello la existencia de asimetrías informativas, podrá considerarse que ello, en línea de principio general -pues sabemos que incluso en presencia de un conocimiento perfecto puede haber abuso-, servirá como una garantía para la formación de vínculos contractuales más equilibrados y libres de sorpresas⁴⁹³, ya que, tal y como lo habrían manifestado en su momento y con suma maestría los egregios juristas españoles FLORENCIO GARCÍA GOYENA “Si las partes conociesen su situación respectiva, ni obtendr[ía] la una mas de lo que mereciese, ni la otra conceder[ía] sino lo que pudiere conceder sin peligro, y en ninguna de ellas se encontrar[ía], ni reserva importuna, ni sorpresa incómoda”⁴⁹⁴.

⁴⁹² La temática relativa a la información en el caso de los contratos celebrados por medio de canales no tradicionales será abordada de forma más detenida en el capítulo tercero del presente trabajo. Sin perjuicio de ello, consideramos conveniente en este punto poner de presente que, en materia del reforzamiento de las obligaciones informativas en los casos de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, el profesor italiano LUCA DI DONNA, recuenta como en materia legislativa se ha propuesto “riequilibrare il rapporto asimmetrico che, a causa del predetto «effetto sorpresa», si instaura tra le parti” a través de la integración de “una serie di interventi della Comunità europea volti a garantire una maggiore e più efficace tutela dei consumatori”, por medio de los cuales se han incorporado acentuados deberes informativos en cabeza de los comerciantes “al fine di evitare che l’effetto sorpresa, caratterizzante questa tipologia contrattuale, possa indurre il consumatore a concludere contratti che determinano, a suo danno, un significativo squilibrio di diritti e di obblighi”. DI DONNA, Luca. *Obblighi informativi precontrattuali*, op.cit. pp. 50-52.

⁴⁹³ Al respecto cabe señalar que doctrinalmente se ha llegado a considerar la transparencia como “uno de los instrumentos más idóneos para garantizar relaciones contractuales más equilibradas y correctas”, y, en un sentido análogo, se ha catalogado la información como “el mejor medio a través del cual se puede evadir [una] situación de debilidad”, a su turno que “la principal arma” con la cual dispone el contratante débil “para hacer frente a las inevitables agresiones del comercio moderno”. Al respecto, véase respectivamente: MINERVINI, Enrico. “Trasparenza ed equilibrio delle condizione contrattuali nel Testo unico bancario”, en *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002. p. 19; NIGRO, A. *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, Diritto della Banca e del Mercato Finanziario, II, 1992. p. 422; BONJEAN, Bernard. “Le droit à l’information des consommateurs”, en *L’information en Droit privé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1978. p. 354; y LLOBETI AGUADO, Josep. *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996. p. 41.

⁴⁹⁴ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo*, T IV, op.cit. p. 247.

CAPÍTULO III

LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE Y SU RELACIÓN CON LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD. EL REDIMENSIONAMIENTO DE LA SORPRESA EN EL MARCO DE LA TEORÍA CLÁSICA Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

1. LA SORPRESA Y SU INCIDENCIA EN LA TEORÍA DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD.

Si bien la temática relativa a la figura de la sorpresa y su proyección histórica en el escenario de los vicios del consentimiento ya fue introducida brevemente por nosotros en su momento, en esta primera sección del presente capítulo, nuestro propósito es el de entrar a realizar un estudio de la proyección de figura de la sorpresa jurídicamente relevante en el ámbito de la protección de la sanidad del consentimiento negocial, concretamente en el escenario de la disciplina de los vicios de la voluntad, siendo esta una de las manifestaciones de mayor relevancia de la sorpresa, no en balde, tal y como lo podremos corroborar, la misma ha llegado a cautivar la atención de algunas de las mentes más brillantes del *Ius privatum* tanto a nivel histórico como internacional.

En efecto, no cabe duda que nos encontramos ante una cuestión de una importancia cardinal para el Derecho contractual, ampliamente concebido, pues encarnar una problemática que se interrelaciona estrechamente con la materia concerniente al consentimiento negocial y, por lo tanto, incide en el contenido nuclear de la teoría del negocio jurídico y del contrato, pues, como bien lo ha puesto de presente el afamado jurista alemán REINHARD ZIMMERMANN que “el consentimiento forma las bases del Derecho contractual moderno”⁴⁹⁵.

De este modo, en un primer estadio, entraremos a analizar el expreso y concreto acogimiento -ya previamente abordado por nosotros- de la figura de la ‘sorpresa’ (*surprise*) por el cual habrían optado los redactores del histórico Código civil francés del año 1804, a través de su artículo 1255 al momento de disciplinar al instituto de la imputación del pago, concretamente la hipótesis de la imputación que es realizada por parte del acreedor, siendo este un precedente normativo que, en razón de la incuestionable influencia, autoridad y relevancia que se predicaría, y que se sigue predicado, del ‘Code’ de napoleón, representa una gran trascendencia para el objeto de nuestra investigación, ya que sería gracias a esta importante incorporación normativa que, la naturaleza jurígena de la sorpresa, al menos en un primer estadio de la denominada ‘edad contemporánea’, se habría visto sustancialmente potencializada a los ojos del auditorio jurídico, el cual llegó a brindarle una especial atención -aunque no tan amplia o sustanciosa como podría desearse- a esta figura, particularmente a lo largo de los siglos XIX y XX.

1.1. EL EXAMEN DE LA SORPRESA EN EL ÁMBITO DE LA IMPUTACIÓN DEL PAGO REALIZADA POR PARTE DEL ACREEDOR.

Aunque nuestra intención no es la de detenernos a desarrollar un detenido y profundo estudio en relación con la temática concerniente al instituto de la imputación del pago, ya

⁴⁹⁵ ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations, op.cit.* p. 559.

que ello saldría del objeto de nuestra investigación, consideramos que, en orden a poder lograr descifrar la verdadera *natura* que en el marco legislativo se le habría llegado a asignar a la figura de la sorpresa, debemos realizar primero una somera contextualización del escenario en el que esta habría sido incorporada.

Así para tal propósito, y en líneas muy generales, podemos señalar que, la cuestión relativa a la imputación del pago, particularmente aquella que respecta al acreedor⁴⁹⁶, se plantea en el escenario en el cual, existiendo simultáneamente una pluralidad de deudas homogéneas y todas ellas exigibles, las cuales gravitan en cabeza de un solo deudor y que a su turno se articulan en favor de un único acreedor, el *solvens* realiza un pago que resulta insuficiente para dar lugar a la íntegra satisfacción de aquel cúmulo de deudas, sin que para ello hubiese determinado sobre cuál de todas ellas prefiere que sea asignado el referido pago. En estos supuestos, siguiendo la tradición que ha prevalecido en el marco de los sistemas jurídicos de corte romano germánico, en ausencia del ejercicio del derecho que la ley -en virtud del postulado del *favor debitoris*- le ha ofrendado al deudor, le corresponderá al acreedor la facultad de elegir el débito sobre el cual tendrá que atribuirse el pago realizado por el *solvens*⁴⁹⁷, sin embargo, el acreedor solo podrá hacerlo en tanto y en cuanto haya emitido un recibo (*quittance*) que funja como comprobante del mencionado pago, y que a su turno haya sido aceptado por parte del deudor⁴⁹⁸.

De este modo, a la luz de tales circunstancias, el deudor no podrá pretender posteriormente que se realice una imputación distinta a aquella que figure en el mencionado recibo, a menos que -eh aquí el punto que se torna particularmente relevante para objeto de nuestra investigación-, en el caso en cuestión hubiese habido “dolo o sorpresa” por parte del acreedor, ello conforme a la originaria formulación que habría acogido el legislador francés, la cual, tal y como evidenciaremos, sería exportada a un importante número de ordenamientos jurídicos.

Desde esta perspectiva, el legislador decimonónico francés, habría integrado una concreta y explícita referencia a la sorpresa a la cual habría parecido otorgarle una *natura* semejante a la de los vicios del consentimiento, pues la articularía de la mano del *dolus*, ampliamente conocido y reconocido como paradigma de un imperfecto de la voluntad, pareciendo sugerir que nos encontramos ante dos tipologías de anomalías diferentes que pertenecen a un mismo género o que, cuanto menos, comparten un tronco común.

Ahora bien, para lograr descifrar las motivaciones que llevarían a que los redactores del *Code* napoleónico optasen por incorporar la ‘sorpresa’ en el marco del artículo 1255, consideramos necesario realizar un breve estudio de algunas de las fuentes históricas que habrían antecedido y sobre las cuales se sustentaría la lógica sobre la cual se fundamentó la fórmula previamente descrita.

⁴⁹⁶ Para un estudio más detenido en relación con la disciplina del supuesto de la imputación que es realizada por parte del acreedor, véase con interés: BELLELLI, Alessandra. *L'imputazione volontaria del pagamento*, CEDAM, Padova, 1989; RODEGHIERO, Andrea. *L'imputazione del pagamento: fondamenti e disciplina, op.cit.*, 2005. pp. 108 y ss; CAMILLERI, Enrico. *Imputazione di pagamento, datio in solutum, quietanza*, Giuffrè, 2017. pp. 41 y ss.

⁴⁹⁷ CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral*, T III, Reus, Madrid, 1974. pp. 345-347; LÓPEZ MESA, Marcelo. *Derecho de las obligaciones*, T I, *op.cit.* pp. 309, y ss; y FLOUR, Jaques, AUBERT, Jean-Luc & SAVAUX, Éric. *Les obligations: 3. Le rapport d'obligation*, Sirey, Paris, 2011. pp. 116 y 117.

⁴⁹⁸ DI MAJO, Adolfo. "Pagamento (dir. priv.)" en *Enciclopedia del diritto*, Vol XXXI, 1981. p. 565.

En este sentido, es posible verificar que, los albores de la regla que gobernaría el escenario de la imputación del pago por parte del acreedor, pueden ser rastreados hasta un interesante pasaje del jurisconsulto ULPiano inscrito en el Digesto (D. XLVI, III, I)⁴⁹⁹, en el cual, *grosso modo*, expresaría que, en aquellos supuestos en los que exista una pluralidad de deudas, el *solvens* contará con la posibilidad de elegir a cual de ellas imputará el pago que realiza, sin embargo, en los eventos en los que este último guarde silencio al respecto de la deuda a la cual desea atribuir el pago, la elección recaerá en cabeza del acreedor, pero en orden a lograr proceder de tal modo este último deberá guiar su elección acogiendo los intereses del deudor como si fuesen los suyos propios, es decir, para efectos prácticos, deberá imputar el pago a la deuda que resulte más onerosa⁵⁰⁰. Siendo esta una interpretación que, con varios siglos de posterioridad, sería recogida por el celeberrimo jurisconsulto francés, JEAN DOMAT, el que, favoreciendo la visión equitativa que habría sido herencia del Derecho romano, manifestó que “si el acreedor realiza la imputación, solo podrá hacerla sobre aquellas deudas que él mismo hubiese querido saldar si las debiese. Porque corresponde a la equidad que él realice los negocios de su deudor como si fuesen los suyos propios”⁵⁰¹.

Al respecto, una tesis diferente en relación al modo de concebir la imputación del pago por parte del acreedor, sería propugnada por parte del reputado jurista germano REINER BACHOFF VON ECHT, al cual, de ordinario, suele referirse bajo el seudónimo latinizado de BACHOVIVUS, el que, distanciándose de la lectura moral romanista, habría manifestado que, si bien el deudor tiene la posibilidad de rechazar la imputación que es realizada por parte del acreedor, siempre que al primero todavía no se le hubiese hecho entrega del recibo contentivo de la misma, pudiendo pretender así que se realice una imputación más favorable o equitativa,

⁴⁹⁹ El pasaje en cuestión reza de la siguiente forma: “Quotiens quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere, quòd potius debitum voluerit solutum, & quod dixerit, id erit solutum Possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus. Quotiens verò non dicimus in quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat, dummodo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset soluturus quoque debito se exoneraturus esset, si deberet, id est in id debitum, quod non est in controversia, aut in illud, quod pro alio quis fideiusserat, aut cuius dies nondum venerat: aequissimum enim visum est creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret. Permittitur ergo creditor constituere, in quod velit solutum, dummodo sic constituamus, ut in re sua constitueret, sed constituere in re praesenti, hoc est statim atque solutum est”. GOTHOPREDO, Dionysio. *Corpus Iuris Civilis, in III partes distinctum*, Sumptibus Ioannis Vignon, Avreliopoli, 1604. col. 1651.

⁵⁰⁰ Evidenciado la lectura romana -más inclinada hacia la equidad- de la imputación realizada por parte del acreedor, el romanista holandés del siglo XVII, JOHANNES VOET, en sus comentarios a las Pandectas (*Commentarius ad Pandectas*), expresa que, cuando la elección recae en cabeza del acreedor, debe hacerla tal como la haría si fuese él sobre quien recayesen las deudas. Al respecto, expresa en su obra que: “Quod si is, qui solvit, pluribus ex causis debitor sit, eligere potest, ex quâ causâ ipse solutum velit; eo vero non eligente, creditor id statuit, dummodo ita statuatur, uti statueret, si ipse solvisset, adeoque non in id, quod controversum erat, aut quod in diem demum, aut naturaliet tantum debitum est”. VOET, Johannis. *Commentarius ad Pandectas*, T II, Abrahamum de Hondt, Hagae-Comitum, 1704. p. 976, (*Lib. XLVI, Tit. III. 16*). Igualmente puede consultarse la traducción de la obra a la lengua italiana realizada por ANTONIO BAZZARINI: VOET, Giovanni. *Commento alle pandette*, T V, Coi Tipi di Antonio Bazzarini, Venezia, 1839. p. 1101. A su turno, puede consultarse: MOLITOR, Jean Philippe. *Les obligations en droit romain*, T III, L. Hebbelynck, Gand, 1853, Gand. p. 216 y 217; DIDIER PALIHÉ, Henri Emmanuel. *Cours élémentaire de droit romain*, T II, L. Larose Et Forcel, Paris, 1887. p. 277; ACCARIAS, Calixte. *Précis de droit romain*, Librairie Cotillon, Paris, 1891. pp. 535 nota 1, y 536. RONGA, Giovanni. *Elementi di diritto romano*, T II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1871. pp. 339 y 340; POCHINTESTA, Felice. *Il Codice Civile italiano*, Libreria Brero Succ. P. Marietti, Torni, 1874. pp. 334 y 335, nota 5; y VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de Derecho privado romano*, Editorial Civitas, Madrid, 1986. p. 599.

⁵⁰¹ Traducción libre. DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, T I, *op.cit.* p. 304.

en el momento en el que el deudor haya receptado dicho recibo, habrá aceptado la imputación, y en tal escenario no podrá contradecir u oponerse a la misma, incluso si llegase a resultarle perjudicial -en el evento en el que no fuese aplicada a la deuda que más lo favoreciese-⁵⁰², sustentándose así en el brocado latino ‘*volenti non fit iniuria*’ (cuando existe consentimiento no puede haber injuria)⁵⁰³. En adición a ello, el jurista alemán esgrimiría un segundo argumento, podría de presente que, de aceptarse la idea que el acreedor solo puede realizar una imputación a la deuda sobre la cual el deudor tuviese un mayor interés en saldar, se llegaría al mismo resultado en que en el evento que se presentase un silencio mutuo, por lo que, en caso que así fuese, la facultad de realizar la imputación que recae en cabeza del acreedor sería banal e infructuosa⁵⁰⁴.

La cuestión sería retomada para mediados del siglo XVIII por parte del afamado jurista orleanés, ROBERT JOSEPH POTHIER, quien, a pesar de haber rebatido la segunda de las conclusiones a las que habría arribado BACHOFF, concordaría con su razonamiento inicial, esto es, con la idea que el deudor, al momento de aceptar el recibo contentivo de la imputación, estará brindando su consentimiento sobre la misma, y que, en tal virtud, no tendrá derecho a contrariarla posteriormente, con independencia de los intereses que pudiese poseer respecto al pago de una u otra deuda. sin embargo, POTHIER no entendió que tal razonamiento representase una regla rígida o absoluta, pues consideró que al mismo pueden llegar a atribuírsele excepciones: es aquí donde aflora la afamada cuestión relativa a la sorpresa en el marco de la imputación del pago.

Desde esta perspectiva, de la conjunción que se materializa en la expresa consagración de la imputación realizada por el acreedor en el recibo que se le suministra al deudor, por un lado, y del silencio concluyente de este último, el cual puede ser interpretado como una aceptación, del otro lado, es posible corroborar que en tal evento no nos encontraríamos ante

⁵⁰² BACHOVII ECHTIL, Reinhardi. *Notarum et animadversionum ad disputationes Hieronymi Treutleri I. C.*, T II, Apud Andream Bingium Bibliopolam, Coloniae Agrippinae, 1653. pp. 494-495, (*Volum II, Disputatio III, Thesis V. Lit. c*). A tal entendimiento se sumó expresamente el jurista francés JOSEPH NICOLAS GUYOT, el cual, distanciándose de la visión de POTHIER, afirmó que “mais je crois avec Bachovius, qu'aussi-tôt que le débiteur a consenti à l'Imputation en recevant la quittance qui la renferme, il ne peut plus être admis à contredire cette Imputation, quoiqu'elle ne soit point appliquée à la dette qu'il lui importoit le plus d'acquitter”. GUYOT, Joseph Nicolas. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle canonique et bénéficiale*, T IX, Chez Visse, Paris, 1784. p. 91. Tal postura sería asumida igualmente por el jurista PHILIPPE ANTOINE MERLIN, quien, sobre el particular, se limitó simplemente a reproducir textualmente las palabras de GUYOT. MERLIN, Philippe Antoine. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, T XIV, H. Tarlier, Bruxelles, 1826. pp. 196 y 197.

⁵⁰³ Si bien, por lo menos hasta donde hemos podido verificar de la lectura de la sección precedentemente citada perteneciente a la obra de REINER BACHOFF, este último no acude expresamente a la máxima en cuestión, POTHIER le atribuye tal sustentáculo a la argumentación realizada por aquel al abordar la temática de la imputación del pago. Al respecto memora POTHIER que “Mais lorsque le débiteur a consenti l'imputation, en recevant la quittance qui la renferme, il ne peut pas, selon Bachovius, contredire cette imputation, puisqu'elle soit faite sur la dette qu'il avoit le moins d'intérêt d'acquitter: parce que *volenti non fit injuria* (...)”. POTHIER, Robert Joseph. *Traité sur différentes matières de droit civil*, T I, Chez Jean Deure, Paris, 1773. p. 281.

⁵⁰⁴ Concuerdá plenamente con tal razonamiento el afamado jurista francés ALEXANDRE DURANTON, quien, sobre el particular, expresa “Mais il est clair, ainsi que l'a remarqué Bachovius (i), que l'obligation imposée au créancier par le premier de ces textes, de faire l'imputation (lorsque le débiteur lui-même ne la dicte pas) sur la dette qu'il aurait voulu acquitter, s'il eût été lui-même débiteur, doit s'entendre des cas où le débiteur n'a pas encore accepté une quittance qui la renferme; autrement le droit qu'on reconnaît au créancier de la faire serait nul et insignifiant, puisque la loi la ferait, à son défaut, de la même manière” (se destaca)”. DURANTON, Alexandre. *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*, T XII, Alex-Gobelet, Paris, 1834. p. 319.

una imputación unilateral sino que, muy por el contrario, aquella se materializaría en un acuerdo que se cristaliza por medio de una tácita manifestación de la voluntad, otorgándole así el carácter de convencional, y, por tal virtud, conforme a los lineamientos que indiscutidamente se promulgaban para la época, la misma se configuraría como *lex contractus* y resultaría plenamente vinculante para el deudor, incluso en el evento en el que la misma representase una clara desventaja o llegase a materializar un perjuicio para aquel, ello siempre y cuando hubiese intercedido una voluntad sana y libre de imperfectos⁵⁰⁵.

Sería sustentándose en lo anterior que POTHIER llegó a manifestar que, en el evento en el que el deudor sea una persona que no supiese leer (*personne qui ne fait pas lire*) o sea una persona simple y ‘rústica’ (*personne simple & rustique*), si el pago es igual o superior al valor que le corresponde a la deuda respecto a la cual este último tuviese un mayor o particular interés en satisfacer, la imputación que realiza el acreedor no puede resultar perjudicial para aquel.

En tal sentido, para esclarecer lo expresado, suministraría un ejemplo conforme al cual: un campesino adeuda en favor de un ‘*procureur*’ la suma correspondiente a trecientas libras en razón de unas tierras que le habría vendido, débito al cual debía adicionársele el monto correspondiente a un año de intereses aproximadamente y una suma que oscilaba entre quinientas y seiscientas libras por concepto de salarios. Bajo tal premisa fáctica, el jurisconsulto francés manifestó que, si el campesino le entrega a su acreedor la suma de cuatrocientas libras, y este último llega a brindarle un recibo por tal monto con una inscripción que indique que la suma en cuestión se imputaría al valor correspondiente a título de salario, resultaría “evidente que tal imputación que se realiza sobre los salarios, es *una sorpresa* que se hace al deudor”⁵⁰⁶ (se destaca), razón por la cual, manifestó que, este último tendrá el derecho a exigir que, sin perjuicio de lo que pueda constar en el recibo, el pago sea imputado a las trescientas libras que adeudaba por concepto del precio del terreno adquirido, y que se declare la cesación de los intereses a partir de la fecha que figura en el recibo.

Siguiendo esta línea argumentativa, y sustentándose en una lectura más decantada de las fuentes romanas, se consideró que, en orden a que el deudor pueda proceder en contra de la imputación que fue realizada por el acreedor, no sería suficiente la simple verificación de un elemento objetivo consistente en la desventaja que porta consigo dicha imputación, sino que, en adición, se requeriría de un elemento de naturaleza subjetiva, el cual se verifica con el acaecimiento de un imperfecto o vicio que -tal y como acontece con la sorpresa a la que

⁵⁰⁵ En este sentido se pronunció en su momento el renombrado jurista francés, perteneciente a la escuela de la exégesis, y al cual se le ha otorgado el título de ‘príncipe’ de la misma (*‘prince de l’exégèse’*), CHARLES DEMOLOMBRE, quien, rechazando la visión más equitativa que habría sido asumida por TOULLIER, afirma que el deudor “d’après le texte de la loi, il ne peut demander une autre imputation, quelque préjudiciable que soit pour lui l’imputation, qui a été faite par le créancier (...) Le consentement donné par le débiteur à l’imputation faite par le créancier forme, avons-nous dit, entre eux un véritable contrat. Or, les contrats sont la loi commune des parties; et ils ne peuvent pas être rescindés sur la demande seulement de l’une d’elles, même por cause de lésion (art. 1134, 1118)”. DEMOLOMBRE, Charles. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en general*, T V, Imprimerie Générale, Paris, 1875. pp. 36 y 37. Por su parte, el memorado jurista italiano, GIORGIO GIORGI, ha señalado de forma categórica que, basándose en la lectura del artículo 1255 del Código francés y del 1257 del Código italiano, aunque la imputación resulte para el deudor ‘lo más dañosa que pueda imaginarse’, si no existe dolo o sorpresa, el deudor que guardó silencio deberá someterse a ella. GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, T VII, Eugenio e Filippo Cammelli, Firenze, 1887. p. 163.

⁵⁰⁶ Traducción libre. POTHIER, Robert Joseph. *Traité sur différentes matieres de droit civil*, T I, *op.cit.* p. 282.

habría aludido POTHIER en su ejemplo-, afecta la voluntad del deudor, y en tal sentido, impide que pueda llegar a verificarse un consentimiento idóneo para lograr vincular a las partes.

Esta última, en términos generales, sería la visión que acogió en el año 1804 el legislador francés, el cual dispuso en el artículo 1255 del Código Civil napoleónico que, “Quien, teniendo diversas deudas, acepta un recibo en el cual el acreedor ha declarado que imputa el pago a una de aquellas deudas especialmente, el deudor no podrá pretender una imputación sobre una deuda diferente, a menos que haya habido dolo *o sorpresa* por parte del acreedor”, siendo esta una disposición que, como natural consecuencia de la marcada influencia que se predicaría del Código Civil francés en el marco del movimiento codificador decimonónico, de una u otra manera, sería reproducida en un importante número de cuerpos legislativos, los cuales, ora de forma expresa, ora de forma implícita, encunarian la llamativa alusión a la sorpresa como una suerte de vicio de la voluntad consagrado para un evento específico, siendo disposiciones que, en su mayoría, se encuentran actualmente vigentes en el panorama jurídico internacional, de este modo se dio lugar a una suerte de exportación normativa de la figura de la sorpresa, la cual contaría con un gran espectro a nivel internacional.

Así, por vía de ejemplificación, dentro del listado de disposiciones que explícitamente han acogido tal referencia a la sorpresa en el escenario en particular de la imputación del pago, pueden destacarse las siguientes: artículo 1257 del Código Civil del -entonces denominado- Reino de Italia, hoy artículo 1195 del Código vigente; artículo 1440 (hoy 1479) del Código Civil de Uruguay; artículo 775 del pasado Código Civil de Argentina; artículo 1304 del Código Civil de Venezuela; artículo 1255 del Código Civil de la República Dominicana; artículo 318 del Código Civil de Bolivia; entre otros más. Por su parte, un considerable número de codificaciones, a pesar de no acudir expresamente a la sorpresa como figura invalidante de la imputación del pago, emplean formulas lo suficientemente abiertas como para permitir el acogimiento de esta última, tal como acontece con el artículo 1172 del Código Civil español el cual expresa que, el deudor no podrá reclamar la imputación hecha por el acreedor “a menos que hubiera mediado causa que invalide el contrato”⁵⁰⁷, siendo esta una solución que ha sido igualmente acogida por otras disposiciones a nivel internacional entre las cuales pueden mencionarse las siguientes: artículo 1059 del Código Civil de Panamá; artículo 1126 del Código Civil de Puerto Rico; artículo 1258 del Código Civil de Perú; el artículo 593 del Código Civil de Paraguay; y, artículo 1571 del Código Civil de Quebec.

De igual forma, cabe destacar que, en razón de la naturaleza lesiva de la sorpresa frente a la voluntad, y de la discordancia que se predica de esta con relación a la buena fe, que, algún sector ha llegado a concebir que, incluso en aquellos ordenamientos en los cuales, tal y como es el caso del colombiano, se comprueba una falta de estipulación por parte del legislador la cual expresamente tipifique la figura, el reclamo frente a una imputación que resulte sorpresiva igualmente puede llegar a tener cabida, lo que no obsta, incluso, para hacer extensiva dicha observación a los actos y negocios jurídicos, en general⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ El jurista español FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, al comentar el artículo 1104 del proyecto de Código Civil de 1851, el cual regula la temática de la imputación del pago, daría cuenta de que, en el entorno ‘pre-legislativo’ español, la idea la sorpresa ya habría sido tenida en consideración en este concreto escenario, pues señaló que, “Si aceptare del deudor un recibo en que se hiciere la aplicación del pago, no podrá reclamar contra ella, á menos que hubiere mediado dolo, violencia *ó sorpresa* de parte de aquél” (se destaca). SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*, T III, *op.cit.* p. 266.

⁵⁰⁸ Así lo manifestó el ilustre profesor chileno LUIS CLARO SOLAR al indicar que, “Nuestro Código se limita a declarar el carácter definitivo de la imputación que aparece en la carta de pago entregada por el acreedor

En este punto, es necesario destacar que, a pesar de haber sido el Código francés la fuente legislativa de la cual se derivó una masiva exportación jurídica de la sorpresa a nivel internacional, lo cierto es que, con la reciente reforma que en materia de obligaciones y contratos que se realizó llevó a cabo de dicho cuerpo legislativo, el artículo 1255, así como el resto que regulaban la temática concerniente a la imputación del pago, formalmente desapareció y con él la expresa mención a la figura en referencia, siendo una disposición que sería remplazada por parte del artículo 1342-10, el cual, sin embargo, se limita a determinar que, a falta de indicación por parte del deudor en relación con la deuda sobre la cual quiere que recaiga el pago, la imputación deberá realizarse, primero sobre las deudas que se encuentran vencidas, y respecto de estas, se preferirán aquellas en relación con las cuales el deudor tenía un mayor interés en pagar, mientras que, en los eventos en los que haya un mismo interés, la imputación deberá hacerse sobre la deuda que resulte más antigua, y, en caso tal de que las condiciones sean iguales entre las deudas, el pago se realizará proporcionalmente⁵⁰⁹.

De este modo, a la luz de la nueva regulación que acogería la legislación francesa, el supuesto de la imputación realizada por parte del acreedor sería eliminado de la ecuación en lo que respecta a la regulación de este modo particular para realizar el pago, razón por la cual la antigua disposición que aludía a la sorpresa en este concreto escenario deja de tener cabida a la luz de la nueva regulación, la cual, no obstante, aún permanece en un importante número de legislaciones, tal y como se anotó.

Ahora bien, habiendo reseñado los antecedentes que sirvieron de fundamento para la inscripción de la sorpresa como una suerte de ‘vicio particular’ en el campo de la imputación del pago, aflora un natural cuestionamiento relativo al papel que puede llegar a asignársele a la sorpresa en el escenario general de los vicios del consentimiento, pudiéndose cuestionar si esta última tiene la virtualidad para representar una anomalía que puede llegar a afectar todo acto volitivo, o sí, por el contrario, su espectro se encuentra confinado a un único y concreto escenario, esto es, del evento relativo a la imputación del pago realizada parte del acreedor.

1.2. APROXIMACIÓN A LA TEORÍA CLÁSICA DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD. LA TIPIFICACIÓN DE LOS TRES PARADIGMAS HISTÓRICOS DE VICIOS DE LA VOLUNTAD Y SU CONCOMITANCIA CON LA SORPRESA.

Sea lo primero señalar, *ab initio*, que, nuestro propósito en este punto no es el de pretender adentrarnos *in extenso* en la temática atinente a la disciplina o la teoría de los ‘vicios de la voluntad’, también denominados frecuentemente como ‘vicios del consentimiento’, o, inclusive, ‘vicios de las convenciones’, ya que, al ser esta una temática medular y de una

al deudor; pero esto evidentemente no significa que si el deudor ha sido víctima del dolo del acreedor o de un error procedente de una sorpresa o engaño de su acreedor, que ha abusado de su buena fe, no pueda en la liquidación definitiva de sus deudas plantear su reclamo contra esa imputación dolosa o sorpresiva”. CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Vol VI, T XII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979. p. 169.

⁵⁰⁹ La antigua norma, así como el resto que regulaban la misma temática, fueron remplazadas por el artículo 1342-10, el cual se limita a otorga unas reglas de cómo deberá proceder cuando existan varias deudas y el deudor no haya indicado a cuál de ellas le imputa el pago. Bien puede consultarse la traducción al castellano de la reforma realizada por BARRERA TAPIAS, Carlos Darío & CÉSPEDES RÍOS, Helena Lucía. *La reforma al derecho de los contratos, al régimen general de las obligaciones y su prueba en el derecho civil francés*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2016. pp. 69-71.

vasta proyección en sede del estudio del negocio jurídico, en general, seríamos necios al intentar de ofrendar un completo desarrollo de la misma, ya que ello, sin lugar a dudas, excedería con creces los alcances del presente escrito. Es por tal razón que, nuestra intención en este punto es mucho más modesta, y es simplemente la de poner de presentes algunos de los lineamientos esenciales y generales que se desprenden de la visión más tradicional de esta teoría, para así poder entrar a analizar, en un segundo plano, el papel que puede llegar a desempeñar la sorpresa en los fondos conceptuales que pertenecen a la teoría en cuestión.

Así las cosas, debemos manifestar en un primer término que, siguiendo la lectura más tradicional, para que un negocio jurídico, en general, así como un contrato, en particular, pueda llegar a gozar de una validez jurídica, además de exigirse que exista capacidad (*potestas*) por parte de los sujetos que en él intervienen, se requiere que el mismo sea el fruto fidedigno de un consentimiento, pero no cualquier tipo de consentimiento, sino uno que sea libremente determinado, antecedido por la inteligencia⁵¹⁰ y forjado por una voluntad con conocimiento de causa⁵¹¹ (*nihil volitum nisi praecognitum*), la cual a su turno debe ser racional, verídica, espontánea, al igual que diáfana y cristalina⁵¹², esto es, una *voluntas* que se encuentre libre de imperfectos que le generen algún tipo de padecimiento⁵¹³.

En este sentido, en orden a que logre existir un consentimiento que pueda fungir como una auténtica y legítima antesala para la configuración de un vínculo contractual, resulta indispensable que la voluntad de las partes sea sana y no una voluntad defectuosa, adulterada, imperfecta o viciada⁵¹⁴. De este modo, lo que se pretende con estos lineamientos es asegurar que los sujetos que tengan la intención de vincularse contractualmente puedan determinar conjuntamente, de manera libre y consciente, los derechos que adquirirán y la extensión que sus compromisos podrán alcanzar⁵¹⁵, pues bien, a fin de cuentas, el consentimiento implica

⁵¹⁰ Al respecto, según ha puesto de presente el profesor español, EUGENIO LLAMAS POMBO, para que el “el consentimiento válido implica inteligencia y voluntad, o conocimiento y libertad, si se quiere. Y precisamente los atentados contra cualquiera de estos dos presupuestos vienen a constituir los vicios del consentimiento”. LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988. p. 161.

⁵¹¹ GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*, op.cit. p. 56, y TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, & CHÉNEDÉ, François. *Droit civil: les obligations*, op.cit. p. 306.

⁵¹² La doctrina francesa suele señalar que el acuerdo debe consistir en un acuerdo de voluntades suficientemente “*éclairées*”, cosa que, se considera, no se verificará cuando concurra algún vicio que pueda afectar dicha voluntad. GHESTIN, Jaques. *Traité de droit civil, la formation du contrat*, LGDJ, Paris, 1993. p. 447.

⁵¹³ Siguiendo la lúcida descripción del recordado profesor español, LUIS DIEZ PICAZO, “Para que exista contrato, debe existir un consentimiento, que ha de ser serio, espontáneo y libre. Cuando alguna de estas cualidades o condiciones del consentimiento no se da, se dice que el consentimiento se encuentra viciado, de suerte que en el contrato existe una irregularidad que ha de determinar, o al menos permitir, su invalidación”. DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol I, op.cit. p. 158.

⁵¹⁴ Así lo ha observado el ilustre jurista colombiano, GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, quien ha señalado que, “Para la existencia de un acto jurídico es necesaria la manifestación de la voluntad del agente o agentes que intervienen en su celebración; pero, además, es indispensable para la validez del mismo acto que dicha voluntad sea sana, es decir que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye la libertad y la consciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas”. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, & OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Temis, Bogotá, 1980. p. 185.

⁵¹⁵ En palabras del profesor emérito de la Universidad de *Panthéon-Assas*, CHRISTIAN LARROUMET, “Ainsi chaque partie au contrat doit être en mesure de déterminer la nature, le contenu et la portée de son engagement et de sens droits contre l’autre partie. Dans le cas contraire, on doit considérer que le consentement

una armónica yuxtaposición entre voluntades límpidas, es decir, una recta conjunción de diversas intenciones que, a pesar de originarse en fuentes distintas, terminan por entretorse en un solo y único entendimiento⁵¹⁶. Al respecto, no debe olvidarse que, a partir de un rastreo etimológico, puede evidenciarse que el término ‘consentimiento’ se deriva de la conjunción de los vocablos latinos *cum* (compañía) y *sentiré* (sentimiento), queriendo referir entonces a la existencia de un ‘sentimiento común’⁵¹⁷.

Así las cosas, puede comprobarse que, la tutela de la sanidad o incolumidad de la voluntad, y con ella la del consentimiento, la cual suelen brindar los ordenamientos legales y constitucionalmente vigentes, se desenvuelve en diferentes estadios del *iter* contractual, principalmente en dos escenarios: el primero se desenvuelve durante el periodo que antecede a la celebración del contrato, siendo concebido como una etapa ‘preventiva’, la cual, mediante el empleo de imperativos y cargas de información y transparencia, se busca asegurar la lucidez de voluntad que se otorga, evitando así que posibles imperfectos puedan llegar a frustrarla o a alterarla -siendo esta una temática que ya se abordó en precedencia-, mientras que, por su parte, el segundo de los escenarios, de suyo más tradicional, se presenta al momento de la celebración del contrato y se caracteriza por su naturaleza ‘curativa’ y ‘correctiva’, pues aquí más que prevenir lo que se busca expeler los posibles vicios que habrían afectado la voluntad⁵¹⁸.

En efecto, en este punto pretendemos referir a aquellas anomalías o imperfectos que, de llegar a verificarse, cuentan con la virtualidad para llegar a arrebatar o desvirtuar la naturaleza acendrada de la voluntad, dando pie con ello a que se produzca una defectuosa e imperfecta formación de la misma, lo que indefectiblemente generará como consecuencia que el consentimiento que de ella se desprende no pueda contar con la validez deseada, siendo este un escenario que debe ser diferenciado de aquel en el que la voluntad resulta inexistente, pues en el primer caso, no podrá concluirse que habrá lugar a una nulidad inexorable, ya que, en línea de principio general, es posible predicar que existió una voluntad, la que, aunque viciada, es voluntad a fin de cuentas, y, es precisamente por tal virtud que, en este escenario el arbitrio discrecional relativo al devenir del contrato recaerá en cabeza del sujeto que se ha visto perjudicado, pues será él quien podrá requerir la nulidad del acuerdo o convalidar su firmeza y con ello la producción de sus connaturales efectos⁵¹⁹.

a été vicé (...)”. LARROUMET, Christian, & BROS, Sarah. *Traité de droit civil, les obligations le contrat*, T III, *op.cit.* p. 270.

⁵¹⁶ En palabras del acreditado profesor italiano, ROBERTO DE RUGGIERO, por consentimiento se entiende el “l’incontro di due dichiarazioni di volontà, che partendo da due subbietti diversi si diriggonno ad un fine comune e s’uniscono”. DE RUGGIERO, Roberto & MAROI, Fulvio. *Instituzioni di diritto civile*, Officine Grafiche Principato, Milano, 1961. p. 173.

⁵¹⁷ BARCIA, Roque. *Primer diccionario general etimológico de la lengua española*, T I, Seix-Editor, Barcelona, 1880. p. 1010.

⁵¹⁸ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, T II, *op.cit.* p. 918.

⁵¹⁹ En este sentido se ha pronunciado el profesor de la Universidad de Pavía, GIUSEPPE STOLFI, quien sobre el particular ha puesto de manifiesto que: “si sono conciliate le esigenze della logica con quelle della pratica, insistendo nella soluzione tradizionale di lasciare l’interessato, arbitro di dedclere sul destino dell’atto. Egli ha manifestalo una volonta diversa da quella che avrebbe avutta e quindi il negozio non si, puo dire valido seza rimedio. Ma nel tempo stesso non lo si puo ritenere senz’altro nullo perche la parte, che poteva non volere, ha pur sempre voluto : l’interessato infatti non e incorso ad es. in quell’errore che si dice ostatico per che impedisce sfoanche la formazione del consenso, ma è caduto nel c.d. errore vizio il quale determina la volonla ma in maniera diversu du quella che si sarebbe formata”. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1947. p. 133.

Ahora bien, es menester señalar que, no toda alteración, turbamiento, o, inclusive, afectación, que recaiga sobre la voluntad necesariamente dará lugar a la activación de los mecanismos remediales que suministra el ordenamiento por vía de la teoría de los vicios del consentimiento, pues de lo contrario se estaría vulnerando otros intereses jurídicos como lo son el de la confianza legítima y la seguridad jurídica, entre otros más. Por tal motivo, siguiendo la interpretación más tradicional, se ha seguido una sistematización de aquellos imperfectos o vicios que, bajo el estricto y previo cumplimiento de ciertos requerimientos, tienen la virtualidad suficiente y necesaria para generar una afectación trascendente de la voluntad, la cual los reduce, por lo menos en principio, y sin perjuicio de ser cierto que esta es una cuestión que no se encuentra exenta de cierta discusión, a un catálogo tríptico, recogido fielmente por la parte de la mayoría de códigos civiles, el cual se encuentra conformado por el error, el dolo y la violencia.

En efecto, como resultado del dogmatismo voluntarista, y de la restringida concepción personalista, los cuales contaron con una cierta preponderancia durante el periodo de la codificación decimonónica, se dio lugar a que el concepto de ‘voluntad’ se acentuase como el elemento basilar, ‘la pieza maestra’ del Derecho contractual que rigió para la época⁵²⁰ - aunque sea cierto que el verdadero auge de la misma tuvo lugar con varios años de posterioridad-, lo cual generó como consecuencia que proliferase una visión enderezada a entronizar el dominio tal concepto, y que, consecuentemente, se restringiesen los supuestos o escenarios en los que el mismo podía llegar a ser desvirtuado. Por tal virtud, más que decantarse por acoger una ‘monolítica categoría dogmática’ de la teoría de los vicios de la voluntad, se terminó optando por la adopción de una suerte ‘casuismo dogmatizado’⁵²¹ en el que prevaleció la tipificación de tres epifanías ‘únicas’ (error, dolo y violencia) -sustentadas en las bases romanistas posteriormente desarrolladas por la escuela iusnaturalista- de un mismo postulado, de suyo más amplio y generalizado, el cual se encuentra enderezado a garantizar la sanidad del consentimiento ante posibles anomalías que pudiesen desencadenar la voluntad sobre la que este último se erige y encuentra su connatural fundamento.

Sería por motivo de lo anterior que, el legislador francés de 1804 decidió delimitar la posibilidad de intervención del juez, cuyo papel se vio subyugado al respeto -casi irrestricto- del acuerdo de los particulares, siendo representado como un simple ‘ministro de la voluntad de las partes’⁵²², por lo cual la posibilidad de llegar a invalidar los acuerdos celebrados por

⁵²⁰ RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Presses Universitaires de France, Paris, 1980. p. 139, y MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent, & STOFFEL-MUNCK, PHILIPPE. *Droit des obligations*, op.cit, p. 252.

⁵²¹ DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, T I, op.cit. pp. 159 y 160.

⁵²² En este sentido, los profesores franceses TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE y CHÉNEDÉ, memoran como, para el periodo en el cual reinaba el voluntarismo y el individualismo, así como el acuerdo de voluntades era obligatorio para las partes “la convention l'est aussi pour le juge. Elle s'impose à lui. Il doit la respecter et la faire respecter. «Ministre de la volonté des parties», le juge doit être un serviteur respectueux du contrat. S'il lui est demandé de l'interpréter, il recherchera quelle a été la commune intention des parties. S'il lui est demandé de le modifier, de le réviser, il s'y refusera, et cela alors même qu'un changement imprévisible du contexte économique, social ou politique en aurait déséquilibré l'écono mie. En cas de défaillance d'une des parties, il peut la contraindre à exécuter ses obligations”, TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, & CHÉNEDÉ, François. *Droit civil: les obligations*, op.cit. p. 35. En un sentido similar, el analítico profesor colombiano JUAN PABLO CÁRDENAS, en su reciente obra, relata cómo, a lo largo del siglo XIX e inicios del XX, “el papel de juez era limitado en materia de contratos. Su función era, ante todo, hacer cumplir la voluntad de los contratantes”. CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *El contrato*, op.cit. p. 4 y 5.

las partes se redujo a unos supuestos concretos y determinados, por lo que se dejó por fuera del espectro tutelar que se le ofrendó a la voluntad y al consentimiento negocial, la regulación de otras figuras diferentes al error la fuerza y el dolo, que, en igual medida, podrían llegar a poner en tela de juicio la pureza y sanidad del consentimiento que se requiere para efectos de dar lugar a la adecuada construcción de una vinculación contractual.

Sobre este particular, y poniendo en evidencia su desacuerdo con la limitativa inclinación que fue acogida por los legisladores del siglo XIX en relación con la protección de la voluntad, los egregios juristas franceses, HENRI MAZEAUD y LEÓN MAZEAUD, con gran determinación y contundencia, afirmaron que, “Al adoptar el sistema de la autonomía de la voluntad, los redactores del Código civil *deberían haber tenido en cuenta toda alteración de la voluntad cuando esa alteración haya determinado el consentimiento*. Durante los trabajos preparatorios, indicaron claramente su intención de ampliar la teoría romana. Sin embargo, su terminología no se aleja de la de los juristas romanos; tal vez temían que, al afirmar rotundamente la protección de la voluntad, darle al juez poderes demasiado amplios y perjudicar a la seguridad del contrato” (se destaca)⁵²³.

Ahora bien, cabe señalar que, a pesar de la rigurosa mirada que rigió en el ámbito de la codificación decimonónica, lo cierto es que, en el mismo marco histórico y coyuntural en el cual se forjó el Código napoleónico de 1804, la consideración respecto a otra anomalía o vicio de la voluntad (la sorpresa) diferente a los tres clásicos o canónicos, llegó a contar con un cierto acogimiento en el marco del referido código. En este sentido, resulta verdaderamente llamativo el hecho que, dentro de la ‘Tabla alfabética de las materias contenidas en el Código civil’, la cual fue publicada de la mano del documento ‘original y oficial’ del Código Civil de Napoleón, expresamente se hubiese incorporado el término ‘sorpresa’ en el elenco de conceptos jurídicos relacionados con dicho cuerpo legislativo.

Así, en la mencionada tabla alfabética al inscribirse la voz ‘*surprise*’ se indicó, “Sorpresa (causas y efectos de) sobre el consentimiento otorgado a los convenciones y obligaciones, 1109 y siguientes”⁵²⁴. Al respecto, es necesario llamar la atención en el hecho que, en tal referencia que se hizo a la sorpresa en este importante documento que acompañó al Código francés, la remisión que se hizo a esta figura no es al artículo 1255, concerniente al supuesto de la imputación del pago, en donde la misma fue acogida expresamente, sino al artículo 1109 en el cual se incorpora y perfila la teoría general de los vicios de la voluntad en el marco de dicho cuerpo legislativo, lo cual permite evidenciar que, en la cabeza de los redactores del *Code* existió alguna idea, así no fuese del todo clara, en relación con el potencial lesivo que se predica de la sorpresa en el marco de la formación de la voluntad negocial en general.

Lo anterior adquiere un mayor realce si se tiene en consideración que en la originaria formulación del precitado artículo 1109 se hizo una expresa alusión -la cual, inexplicablemente, ha pasado inadvertida a los ojos de la gran parte de la doctrina- a la sorpresa, pues siguiendo el tenor literal de lo dispuesto en el mismo, el consentimiento no será válido cuando aquel hubiese sido “dado sólo por error, extorsionado por violencia, o *sorprendido* por dolo”⁵²⁵, expresión esta última que, a todas luces, resulta reveladora y elocuente, pues la misma, al menos a primera vista, permite evidenciar que la figura de la

⁵²³ MAZEAUD, Herni & MAZEAUD, León. *Leçons de droit civil*, T II, Montchrestien, Paris, 1955. p. 132.

⁵²⁴ Traducción libre. “Table alphabétique des matières des trois livres d Code Civil des francais”, en *Códe Napoleón: édition originale et seule officielle*, Imprimerie de la République, Paris, 1804. p. 213.

⁵²⁵ Véase *infra* nota 649.

sorpresa, incorporada bajo la formulación léxica del verbo transitivo ‘sorprender’, se encuentra impresa en esta disposición normativa. Sin embargo, no resulta del todo claro el papel y el alcance que se buscó atribuirle a la sorpresa en el referido artículo, particularmente teniendo en consideración la evidente conexión que existe entre esta y el dolo, siendo esta una cuestión al que le daremos tratamiento más adelante, aunque nos permitimos anticipar que, no consideramos que la alusión en cuestión hubiese llegado a figurar simplemente como un mero ornamento introducido en orden a enriquecer la elegancia gramatical del mencionado artículo y que, por lo tanto, se encontrase priva de alguna motivación de fondo⁵²⁶.

Así las cosas, teniendo en consideración estos indicios, parece legítimo considerar que, contrario a lo que podría pensarse, la sorpresa no resultó del todo extraña para el codificador francés al momento de tipificar la teoría general de los vicios de la voluntad, siendo esta una conjetura que igualmente puede encontrar un sustento paladino en el hecho que, tal y como pudimos señalar precedentemente, en el mencionado Código se llegó a incorporar una disposición (imputación del pago realizada por parte del acreedor) en la cual, de forma expresa y autónoma, se contempló la sorpresa como un supuesto que tiene la virtualidad para alterar el consentimiento en la órbita negocial, al punto de tornarlo en un consentimiento imperfecto o defectuoso, pareciendo perfilarlo así como una especie de *quartum genus* de vicio de la voluntad, el cual, sin embargo, no contó acogimiento en la regulación general que se le ofrendó a este tipo de imperfectos en sede legislativa.

1.3. EL PAPEL DE LA SORPRESA FRENTE A LA CONCEPCIÓN FUNDACIONAL DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD.

Habiendo delineado, *grosso modo*, los aspectos más generales en torno a la teoría de los vicios de la voluntad, así como también habiendo puesto de presente la relación que tuvo la sorpresa en el escenario de la tipificación de dicha teoría en el marco de la codificación decimonónica, debemos señalar que dicha relación no resultó en lo absoluto fortuita, pues bien, tal y como hemos podido anticipar, la sorpresa no resultó en lo absoluto ajena o extraña a los juristas que antecedieron al Código de 1804, pues, muy por el contrario, como podremos corroborar a continuación, esta figura fue tenida en consideración por un importante número de ellos, algunos de los cuales, receptando algunas de las enseñanzas del Derecho romano, determinarían las bases teóricas de la disciplina de los vicios de la voluntad.

Así las cosas, debemos señalar en un primer término que, si bien la esencia de la teoría de los vicios de la voluntad se puede llegar a abstraer de las elucubraciones de los juristas pertenecientes al periodo del medioevo, lo cierto es que no sería sino hasta los siglos XVI y XVII que con la pluma de la escuela iusnaturalista, guiada por la formulación axiomática de la voluntad, la cual sería concebida como ‘el alma de los contratos’ (*Cum anima contractuum & pactorum in voluntate consistat*)⁵²⁷, y bajo la influencia de un estudio del Derecho en

⁵²⁶ Según han expresado los profesores franceses OLIVER DESHAYES, THOMAS GENICON, e YVES-MARIE LAITHIER, el artículo 1109 habría sido “unánimement saluée pour l’élégance de sa langue”. DESHAYES, Oliver, GENICON, Thomas & LAITHIER, Yves-Marie. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Lexis Nexis, Paris, 2018. p. 206.

⁵²⁷ Así lo ha manifestado el jurista alemán HEINRICH VON COCCEJI en sus comentarios a la obra ‘*Iure belli et pacis*’ de HUGO GROCIUS. COCCEJI, Heinrich. *Grotius, illustratus seu commentarii ad Hugonis Grotii, de iure belli et pacis, libros tres*, T II, Ioannis Iacobi Korn, Wrataviae, 1756. p. 103 (CIII). En un sentido similar, un siglo más tarde, el autor francés, CHARLES MORTET, expresó que: “Le consentement est l’âme du contrat qui, sans lui, ne saurait exister”. MORTET, Charles. *Étude sur la nullité des contrats dans le droit*

donde los fundamentos psicológicos y morales adquirirían un mayor realce⁵²⁸, se trazarían los lineamientos esenciales de una teoría en torno a lo que se conocería posteriormente como los ‘vicios de la voluntad’ (*vices des conventions*)⁵²⁹.

En efecto, sería a partir del estudio de las obras de renombrados juristas naturalistas como GROCIO, PUFENDORF, y, más particularmente, DOMAT y POTHIER, que se dio lugar a un desarrollo sustancial y sistemático de la materia relativa a los vicios de la voluntad, el que, posteriormente terminó por desembocar en la tradicional categorización tripartita acogida por la mayoría de las codificaciones que los subsiguieron, siendo un claro ejemplo de ello el influyente *Code* de Napoleón.

Al respecto, huelga memorar en este punto que, ya en la traducción realizada en 1687 del latín al francés de la legendaria obra ‘*De iure belli ac pacis*’ del ilustre jurista neerlandés, y uno de los mayores exponentes de esta corriente doctrinal (iusnaturalismo), HUGO GROCIO, se indicó que, de la naturaleza que resulta inherente a todos los contratos se desprende un auténtico derecho a ‘no ser sorprendido’, razón por la cual, se llegó a enlistar a la sorpresa, de la mano a la violencia, como dos de los supuestos que, en caso de llegar a materializarse, darán lugar a una restitución en favor de quien los ha padecido. Así, con claridad adamantina, se expresó que, “quien ha dado lugar a un contrato o promesa *por sorpresa*, por fuerza, o por temor injusto, está obligado a restituir integralmente a la persona con la que ha tratado; pues aquella *tenía derecho a no ser sorprendido*, ni forzado; este primer derecho proviene de la naturaleza del contrato, y el otro de la libertad natural”⁵³⁰ (se destaca).

De igual forma, puede verificarse que, en la misma traducción de la referida obra se reivindicó la necesidad de revisar las manifestaciones de la voluntad que son afectadas por la sorpresa, pues al darse tratamiento a la materia relativa a los juramentos (*jureiurando*), se indicó que, “debe juzgarse de un juramento que ha sido extraído por sorpresa; pues si es cierto que el que ha jurado ha supuesto algún hecho que en realidad puede no ser tal como lo ha supuesto, y si resulta que no ha jurado, si no hubiera creído que era tal, entonces el juramento no será obligatorio; pero si se duda de que incluso sin esto hubiera dejado de jurar y prometer, entonces debe mantener su palabra, porque la esencia del juramento demanda una completa simplicidad”⁵³¹.

Una interpretación similar en relación con la sorpresa, puede abstraerse de la lectura de la versión francesa de la obra ‘*De iure naturae et gentium*’ de autoría del renombrado jurista iusnaturalista alemán, SAMUEL FREIHERR VON PUFENDORF, en la cual se calificó como un

romain l’ancien droit français et le Code Civil, Typographie Lahure, Paris, 1878. p. 62. Por su parte, en el panorama jurídico español, el renombrado jurista, JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, se pronunció afirmando que “El elemento más sustancial y que constituye el alma del contrato es, sin duda, el consentimiento” CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral*, T III, Reus, Madrid, 1974. p. 449.

⁵²⁸ Esta sería la visión que prevaleció posteriormente en el movimiento codificador decimonónico, pues como bien lo han puesto de presente los profesores franceses PHILIPPE MALINVAUD, MUSTAPHA MEKKI y JEAN-BAPTISTE SEUBE, el sistema jurídico francés, apartándose de una visión netamente formalista o voluntarista, se inclinó por adoptar una concepción mixta de la teoría de los vicios de la voluntad, por virtud de la cual, los aspectos psicológicos predominan en la determinación del error, mientras que, en el caso del dolo y la violencia, la cuestión moral adquiere un mayor realce. MALINVAUD, Philippe, MEKKI, Mustapha, SEUBE, & Jean-Baptiste. *Droit des obligations*, LexisNexis, Paris, 2019. p. 160.

⁵²⁹ Sobre el particular véase DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho civil de España*, Vol III, Thomson, Navarra, 2008. p. 93; e GHESTIN, Jaques. *Traité de droit civil, la formation du contrat, op.cit.* p. 450.

⁵³⁰ GROTIUS, Hugo. *Le droit de la guerre et de la paix*, T I, *op.cit.* p. 440.

⁵³¹ GROTIUS, Hugo. *Le droit de la guerre et de la paix*, T I, *op.cit.* p. 360.

“defecto de la convención” aquel evento en el que, intermediando “temor o sorpresa”, se celebre un “contrato que resulta perjudicial”⁵³².

En un sentido análogo, durante los primeros lustros del siglo XVII, el jurista JULIEN BRODEAU anticipó el papel antitético que representa una voluntad sorprendida frente a aquella voluntad que debe ser requerida, pues bien, al aludir al supuesto particular de los testamentos -siendo este un escenario en el cual, según expresó el referido autor, resulta más fácil practicar una sorpresa en razón de la condición de enfermedad en la que suele encontrarse los testadores -, llegó a observar que, en tales contextos es necesario “asegurarse de que la voluntad del testador, sea franca, libre, no forzada, ni sorprendida y *circonvenue*”⁵³³.

Siguiendo con esta serie de referencias, imperiosa mención debe hacerse a la segunda edición de la obra intitulada ‘*L’art de proceder en justice*’ de autoría del jurista LOUIS LASSERÉ, la cual fue publicada en el año de 1680 (antecediendo por lo tanto a la obra de DOMAT), ya que en ella se logra abstraer, aún con mayor claridad y contundencia que en las obras precedentes, la relación de la sorpresa con los que serían reconocidos posteriormente como ‘vicios de la voluntad’, pues en dicha obra se habría manifestado que, “*El Contrato es viciado por un defecto de la voluntad, cuando no hemos tenido la libertad de elegir, lo que puede suceder por cuatro formas diferentes: por necesidad, por la violencia, por seducción & por sorpresa*”⁵³⁴ (se destaca).

Al respecto, cabe señalar que LASSERÉ, con la intención de profundizar más en el campo de la sorpresa, se dio a la tarea de desarrollar un supuesto fáctico destinado a ejemplificar tal figura, el cual, en nuestra opinión, permite divisar una distinción clara de la misma, al menos con el dolo, sin perjuicio que, es cierto que pareciera asimilarse al error, así: “Por sorpresa de hecho el Contrato se vuelve vicioso, cuando sobre la confianza que tenemos en alguien, ya sea un Notario, o un Agente de negocios, hemos firmado un Acta por otro, como pensando en firmar el Arrendamiento de una casa, él se encuentra que hemos firmado un contrato de empréstito o de donación”⁵³⁵.

⁵³² Así lo manifiesta al cuestionar si, teniendo el soberano la facultad de restituir en entero a sus súbditos cuando ellos se han visto perjudicados por un contrato, así como también, de absolverlos de sus juramentos cuando intermedie una causa justa, tendrá también la potestad de favorecerse en caso que, por algún temor o sorpresa, celebra un contrato que le resulte perjudicial. PUFENDORF, Samuel. *Le droit de la nature et des gens*, T II, Chez Pierre de Coup, Amsterdam, 1712. p. 492.

⁵³³ Sobre el particular cabe destacar que BRODEAU, con relación a los comentarios de un ‘*arrest*’ del 1 de febrero de 1597, indicaría que: “Or si lon considere la raison & la fin pour laquelle la coutume a prescript les solemnitez du testament, il n’y a personne qui ne juge, que c’est pour eviter aux surprises, captations, inductions, & suggestions, aux suppositions & faussetez qui ne sont que trop frequentes & ordinaires és testamens, & qu’il est facile de practiquer à l’endroit d’une personne malade saisie des viues & affreuses apprehensionis de la mort, & faire en sorte que la volonté de celuy qui teste, soit franche, libre, non forcé, ny surprise & circonvenue”. BRODEAU, Julian. *Recueil d’aucuns notables arrests donnez en la Cour de Parlement de Paris*, Chez Abel L’angelier, Paris, 1616. p. 982.

⁵³⁴ LASSERÉ, Louis. *L’art de proceder en justice, ou la science des regles judiciaires*, Chez Philippe Huberson, Paris, 1698. p. 255. Resulta ciertamente llamativo el hecho que en la primera edición de la obra ‘*L’art de proceder en justice*’ al momento de enlistar los vicios de la voluntad no se hace mención alguna a la sorpresa, es más LASSERÉ señala que son solo tres, y años más tarde con la publicación de la siguiente edición en 1698 habla de cuatro supuestos de vicios, entendidos como defectos de la voluntad, dentro de los cuales la sorpresa figura como una ‘novedosa’ adición. LASSERÉ, Louis. *L’art de proceder en justice, ou la science des moyens judiciaires*, Chez Michel Bobin, Paris, 1676.

⁵³⁵ LASSERÉ, Louis. *L’art de proceder en justice, ou la science des regles judiciaires, op.cit*, 1698. p. 258.

Ahora bien, sin desconocer la insoslayable relevancia de las precedentes obras, no sería sino hasta que la bienaventurada pluma del inclino jurista francés JEAN DOMAT le diese vida a la legendaria obra '*Les loix civiles dans leur ordre naturel*', que se abriría paso a un auténtico tratamiento sistemático, uniforme, a su turno que general, de los denominados vicios de las convenciones, en el cual, es menester señalar, la sorpresa, de igual manera, tendría un determinado y especial acogimiento.

Así, en el introito al estudio de la materia DOMAT llegó a poner de manifiesto que, deberán entenderse por 'vicios de las convenciones' aquellos imperfectos que "lesiona[n] su naturaleza y sus características", y prosigue catalogándolos preliminarmente en: i) la carencia del conocimiento, queriendo referir con ello a la ignorancia y al error; ii) la coerción que obliga a una parte a celebrar un acuerdo suprimiendo la libertad, siendo este el evento que se desprende de la violencia; iii) el engaño que, defraudando la sinceridad y fidelidad que requieren los acuerdos, se realiza "mediante algún *dolo o sorpresa*"; iv) los comportamientos que, por ser contrarios a las leyes y buenas costumbres, resultan ilícitos o deshonestos; y, por último; v) la incapacidad de una parte que desvirtúa la posibilidad de la celebración de un acuerdo⁵³⁶.

De conformidad con lo expuesto, puede evidenciarse que, en un principio, DOMAT visualizó la sorpresa, al menos cuando aquella resulta engañosa -relacionándola así con el concepto de dolo-, como un imperfecto que atenta contra una de las características esenciales de los acuerdos que se ve representada por la sinceridad y la fidelidad, representado así un elemento que puede tener la virtualidad de viciar las convenciones. Sin embargo, llama fuertemente la atención que, subsiguientemente, cuando DOMAT se dio a la tarea de abordar cada uno de los mencionados vicios no le otorgó un tratamiento autónomo a la sorpresa, pareciendo que simplemente la inscribió en sede del dolo.

No obstante lo anterior, lo cierto es que, sería en el momento en que este histórico jurista entraría a abordar la temática de la rescisión y la restitución por entero que se logra evidenciar de mejor forma el papel que este le llegó a atribuir a la sorpresa, al incorporarla de la mano de los demás vicios de la voluntad, permitiendo a su turno visualizar su naturaleza autónoma amén que independiente en relación con estos últimos.

Al respecto, DOMAT expresó que "Estas palabras de Rescisión y Restitución por entero, significan propiamente la misma cosa, que es el beneficio que las Leyes otorgan a aquellos que se quejan de algún dolo, de algún error, de *alguna sorpresa*, respecto de Actos en donde fueron partes, para devolverlos al mismo estado en el que se encontraban antes de los Actos"; a lo que posteriormente adicionaría que, "La Rescisión se basa en hechos y circunstancias, como si hubiera dolo de la parte, una violencia ejercida sobre el que desea ser relevado, algún error, *alguna sorpresa*, u otra causa que pueda dar lugar a ello"; y, posteriormente, reivindicando aún más la independencia de la figura, con ocasión del estudio del supuesto de

⁵³⁶ Traducción libre. DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, T II, *op.cit.* p. 313, 314 y 316. Estas palabras de DOMAT, seguramente influirían directamente en el jurista francés MATTHIEU AUROUX DES POMMIERS, quien, comentando el artículo XIX de las '*Coutumes*' del ducado de Borbonés, relativo a las acciones de rescisión en los contratos afirmaría que "Quoique le mot de *rescission* le rapporte particulièrement à l'acte qui est cassé & annullé pour quelque vice, comme si c'est une obligation consentie par forcé, ou par quelqu'erreur & quelque surprise qui puisse l'annuller", a lo cual adicionaría posteriormente que "La *rescision* ou *restitution en entier*, est un benéfica que les Loix accordent à ceux qui se plaignent de quelque lesion, dol, erreur, surprise dans les actes (...)". AUROUX DES POMMIERS, Matthieu. *Coutumes generales et locales du país et duché de Bourbonnois*, T I, Chez Le Breton Fils, Paris, 1732. p. 30.

restitución en caso de un menor de edad, acervó que “si se hubiese usado en su contra *alguna sorpresa*, la Restitución también se concede con el efecto que debe tener” (se destaca)⁵³⁷.

Por último, y ya para cerrar este elenco de citas, consideramos que una última mención debe hacerse a las palabras de este ilustre jurisconsulto, a través de las cuales expresamente le otorgó a la sorpresa el rótulo de ‘vicio’, y con las cuales llegó a manifestar que “la palabra Rescisión se refiere particularmente al Acto que se rescinde y anula por algún *otro vicio*, como con una obligación consentida por fuerza, o por algún error y *alguna sorpresa* que pudiese anularla” (se destaca)⁵³⁸. En estricta consonancia con ello, cabe destacar que, en lo que a la rescisión respecta, y en particular al carácter tutelar y remedial de esta frente a los vicios de la voluntad, puede corroborarse que, a lo largo del siglo XVII y XVIII la sorpresa fue entendida como un ‘medio para dar lugar a la rescisión’⁵³⁹, llegándose a afirmar que esta acción “presta una mano amiga contra el dolo, la violencia, el fraude, la sorpresa, y otras causas legítimas de restitución”⁵⁴⁰.

Ahora bien, a pesar de que podríamos continuar con este elenco de ilustres juristas que pertenecerían a estos periodos en donde se forjarían gran parte de las bases de la disciplina de los vicios de la voluntad, creemos que, entre todos ellos, tal vez uno de los exponentes más importantes a los que podríamos aludir, de la mano de DOMAT, es a ROBERT JOSEPH POTHIER, quien, como tuvimos la oportunidad de anticiparlo (capítulo I), también habría llegado a ocuparse de la figura de la sorpresa y lo habría hecho igualmente desde una perspectiva más amplia y general, contrario a lo que suele pensarse, tal y como se esbozó en su momento.

Llegados a este punto, y respaldándonos en este amplio elenco de fuentes a las cuales hemos venido refiriendo, creemos que es posible corroborar que, con antelación a que se diese lugar a la tipificación del error, la fuerza y el error como los principales paladines del consentimiento negocial por parte del legislador francés en 1804, la sorpresa representó una figura que, con cierta frecuencia, llegó a ser concebida como una especie de vicio o imperfecto que puede adulterar una convención, por parte de un importante número de prestigiosos juristas, pertenecientes todos ellos a aquel periodo en el cual, en rigor, se habrían sentado las bases más próximas de la teoría de los vicios de la voluntad, de los cuales, es menester recordar que, las obras de algunos de ellos fungieron como base indiscutida (DOMAT y POTHIER) del Código de Napoleón.

⁵³⁷ Traducción libre. DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, T II, *op.cit.* p. 313.

⁵³⁸ Traducción libre. DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, T II, *op.cit.* p. 313.

⁵³⁹ Así se habría manifestado FRANÇOIS JOSEPH MAMERT, quien habría indicado que “La Restitution, ou rescision est un moyen de se faire rétablir contre un engagement injuste. La violence, la surprise sont des moyens de rescision”. MAMERT DE JUSSIEU DE MONTLUÉL, François Joseph. *Instruction facile sur les conventions, ou notions simples sur les divers engagements qu'on peut prendre dans la Société, & sur leurs suites*, Chez Le Clerc, Paris, 1760. p. 302. Al respecto, debe señalarse que tales palabras serían reproducidas con cierta literalidad en diversas obras de distintas épocas, siendo ejemplo de ello el *Manuel historique, géographique et politique, des négocians, ou encyclopédie portative de la théorie et de la pratique du commerce*, T III, Chez Jean-Marie Bruyset, Lyon, 1762. pp. 118 y 119. Cfr. *Déffinitions ou explications des termes du Droit consacrés à la Pratique du Pais de Vaud*, Chés Samuel Chr, Berne, 1750. p. 75, en donde se indicaría “Des Rescisions. La Rescision est la nullite d'un acte, d'une Convention passée par erreur, ou par forcé, ou par crainte, ou par surprise, souvent elle est confondue avec la restitution en entier”. *Déffinitions ou explications des termes du Droit consacrés à la Pratique du Pais de Vaud*, Chés Samuel Chr, Berne, 1750. p. 75.

⁵⁴⁰ Así se habría puesto de presente en los comentarios realizados al reglamento de la Corte del Parlamento de la región de Provenza para finales del siglo XVII. *Commentaire sur le réglement de la Cour de Parlement de Provence de 1672*, T I, Chez André Adibert, Aix, 1780. p. 321.

2. LA SORPRESA CONCEBIDA COMO UN VICIO DE LA VOLUNTAD.

2.1. LA POTENCIALIDAD DE LA SORPRESA PARA DESDIBUJAR LA VOLUNTAD.

Ahora bien, habiendo reseñado algunos de los deslumbrantes antecedentes que permiten corroborar que la sorpresa habría tenido un importante reconocimiento histórico a lo largo del periodo en el que se establecieron los cimientos sobre los cuales se edificaría la teoría clásica de los vicios de la voluntad, la que, posteriormente, llegó a ser encunada por parte de codificaciones decimonónicas, es menester que ahora nos demos a la tarea de realizar un estudio de la naturaleza jurídica que puede llegar a asignársele, desde una perspectiva teórica, a la sorpresa concebida como un imperfecto o anomalía que tiene la potencialidad para perturbar la sanidad del consentimiento que el sistema jurídico pretende que preceda a todo tipo de acuerdo negocial.

Para tales efectos, pretendemos realizar un breve aproximación a la naturaleza de la sorpresa y su incidencia en la esfera de la formación de la voluntad, instituyéndose así como una temática que guarda una estrecha relación con la disciplina de los vicios del consentimiento, para así darnos paso posteriormente a desarrollar un breve y esquemático estudio del heterogéneo elenco de tesituras que han sido acogidas y esgrimidas a lo largo de los años por parte de la doctrina a nivel internacional, en relación al contenido y a la significación jurídica que puede o debe serle atribuida a la ‘sorpresa’ que habría sido empleada en algunas legislaciones.

Todo lo anterior nos permitirá posteriormente lograr determinar si nos encontramos ante una figura cuya dimensionamiento y campo de aplicación, tal y como ha sido entendido por parte de la doctrina más tradicional y mayoritaria, se encuentra confinado intramuros de un escenario concreto y particular como viene a ser el de la imputación del pago, o si, por el contrario, la sorpresa en realidad constituye una anomalía que puede llegar desarticular el consentimiento *in genere*, y que, por lo tanto, resulta poseedora de una especie de *natura* ecuménica que le permitiría explayarse a lo largo y ancho de la teoría del negocio jurídico en general, siendo esta una visión que parecería compaginar con algunas de las opiniones de algunos renombrados jurisconsultos pertenecientes a la denominada ‘edad moderna’.

Siguiendo esta línea de ideas, en orden a poder dar lugar al estudio de la sorpresa y su particular proyección en la esfera del consentimiento negocial, especialmente en sede de la teoría de los vicios de la voluntad, lo primero que cabría cuestionarse sería si, fenomenológicamente hablando, esta última puede contar con la virtualidad para llegar a trastocar las capacidades y facultades de los individuos que les permiten discernir, con libertad y autonomía, sobre aquello que desean o pretenden realizar u obtener. Al respecto, cabe recordar que, tal como lo delineamos al momento de abordar la sorpresa en el campo de la psicología (capítulo I), esta última puede ser concebida, en líneas generales, como el súbito e intempestivo estímulo que se entraña en lo más íntimo de la persona (*in interiore hominis*) hasta el punto de producir una alteración del espíritu, la cual da paso a un estado de perplejidad, confusión, irresolución, e incerteza y que genera como consecuencia un ofuscamiento del intelecto así como también una desorganización de las ideas en cabeza del sujeto sobre quien recae, esto es, del sorprendido.

De este modo, ateniéndonos a esta descripción es posible anticipar que, al menos desde un plano psicológico, la sorpresa revela una *natura* que permite que la misma sea concebida

como una irregularidad que puede alterar la *voluntas* de un individuo, llegando a asemejarse de este modo a la idea de un imperfecto o vicio de la voluntad⁵⁴¹, sin embargo, lo que cabría cuestionarse es si, desde una perspectiva de la técnica jurídica, puede llegarse a la misma conclusión, esto es, si en *strictu sensu* nos encontramos ante un vicio del consentimiento, pues es claro que no toda alteración que desde el plano concerniente al mundo de las emociones y sensaciones, genere una afectación del intelecto, resultará relevante para el Derecho o ameritará de una efectiva tacha o proscripción.

Ahora bien, al margen de lo señalado, podemos anticipar indicado que, de la entidad propia que se desprende de la sorpresa entendida como emoción humana, así como el potencial desestabilizador que de ella se deriva en este campo, constituyen claros indicios de que, cuando la misma logre trascender al escenario de las relaciones jurídicas, alterando o afectando la voluntad sobre la cual estas últimas se encuentran cimentadas, los ordenamientos jurídicos deberán acentuar su interés en ella y brindar algún tipo de solución o respuesta en orden a lograr remediar los efectos desestabilizadores que se derivan de su presencia⁵⁴².

En este sentido, podemos observar que, siguiendo la visión clásica que comprende la libertad y el intelecto como los dos pilares fundamentales que soportan la integridad misma del consentimiento, la teoría de los vicios de la voluntad se ha estructurado desde dos perspectivas fenomenológicas diversas que atienden a la protección de cada uno de estos pilares esenciales. De este modo, se ha concebido que los vicios del ‘dolo’ y del ‘error’ encarnan una afectación directa al intelecto, pues lo afectan a punto tal de tornarlo en anómalo, mientras que la ‘violencia’ representa un vicio que repercute en el elemento libertad, al negarlo o erradicarlo⁵⁴³, sin perjuicio de ello, sea que se afecte la libertad o que se altere el intelecto, en cualquier caso, nos encontraremos frente a un consentimiento imperfecto y por lo tanto ‘viciado’.

Vistas así las cosas, la sorpresa, entendida como una alteración psico-cognitiva que estremece o desarticula las ideas y/o representaciones que un sujeto tenía antes de que se materializase un evento inesperado amén que sorpresivo, el cual resulta portador de un desequilibrio cognoscitivo que da lugar a la verificación de un estado de perplejidad, dubitación o incertidumbre, representa así una clara alteración del intelecto, pues de ella se genera como consecuencia una disminución del potencial cognoscitivo que impide que se manifieste una voluntad, reflexiva, meditada y razonada, pudiendo ser concebida de este modo como un imperfecto que se articula en un auténtico vicio de la voluntad, ya que, al afectar el intelecto, desvirtúa la esencia misma de la voluntad.

En tal sentido, no debe olvidarse que, ya en su momento, la escolástica -tal y como lo habría sentenciado el mismo Santo TOMÁS DE AQUINO-, llegó a concebir que todo aquello

⁵⁴¹ En este sentido, le autora argentina LILIANA NOEMÍ VANNI, en su estudio monográfico dedicado exclusivamente al estudio de la sorpresa como vicio de la voluntad, desarrolla un detallado y acucioso estudio científico de la sorpresa, fuertemente inclinado hacia el análisis de las neurociencias, el cual concluye afirmando que “la ‘sorpresa’ encuentra apoyatura en el análisis científico para ser considerada un vicio de la voluntad”. VANNI, Liliana Noemí. *La sorpresa como vicio de la voluntad*, *op.cit.* p. 81.

⁵⁴² El autor italiano FAVIO LAPERTOSA, señala que, la sorpresa en el ámbito del Derecho privado (*sorpresa privatistica*), al contar con la potencialidad de reducir las ‘defensas psicológicas’ que se tornan necesarias al momento de tomar alguna decisión que sustente la formación de un compromiso, no puede dejar de ser tenida en consideración por este último como consecuencia de la negativa repercusión que aquella tiene sobre la libertad del consentimiento y por el peligro que de que el contratante se encuentre en una condición de defensa reducida sea abrumado. LAPERTOSA, Flavio. *La sorpresa nel rapporto obbligatorio*, *op.cit.* p. 656.

⁵⁴³ FLOUR, Jaques, AUBERT, Jean-Luc & SAUVAUX, Éric. *Les obligations: I. L’acte juridique*, *op.cit.* p. 188.

que no sea comprendido en el intelecto, no podrá predicarse como fruto de voluntad alguna (*voluntas non est nisi alicuius boni intellecti: illud igitur quod non cadit in intellectu, non potest cadere in voluntatem*)⁵⁴⁴.

Esta interpretación que enaltece el intelecto como la base del consentimiento, y con ello, del acuerdo contractual, llevaría a que, otrora, se llegase a entender que, el acaecimiento de determinadas circunstancias, tales como, la presencia de un error, de un dolo o de la sorpresa -todas las cuales cuentan la virtualidad de adulterar o de falsear el elemento intelectual-, producirían como resultado que, a pesar de que en tales escenarios pueda llegar a seguir existiendo una voluntad -algo ilusoria-, la misma deberá ser concebida como imperfecta, es decir, una ‘voluntad viciada’, y, por lo tanto, la ley, o -desde una proyección más general- el ordenamiento jurídico, deberá brindar una respuesta de naturaleza remedial ante el advenimiento de tales circunstancias.

Al respecto, baste recordar que para la segunda mitad del siglo XVIII, el jurista tolosano, JEAN-BAPTISTE FURGOLE, con gran criterio y elocuencia puso de presente que “La voluntad mixta es aquella por virtud de la cual queremos una cosa con base en motivos y consideraciones que nos determinan, sin los cuales no habríamos querido”, descripción esta última que interioriza una indiscutible coincidencia con la idea más elaborada que engloba la categoría de ‘voluntad viciada’, lo que resulta ciertamente revelador, ya que, de forma subsiguiente expresó que, “Podemos colocar en esta categoría todo lo que es forzado por la violencia, todo lo que es efecto del dolo, de la *sorpresa*, del engaño y del error. Hay en estos casos una voluntad forzada, *sorprendida*, engañada o equivocada; pero esta voluntad no es pura, pues impresiones extrañas la han producido y determinado, es una especie de involuntariedad (...)” (se destaca)⁵⁴⁵.

Ahora bien, debemos destacar en este punto que, a pesar de la falta de un acogimiento expreso de la sorpresa en la taxativa y tripartita formulación de los vicios de la voluntad en el marco de la legislación decimonónica, la doctrina siguió siendo plenamente consciente de la naturaleza disconforme, amén que nociva y perjudicial, que se predica de esta anomalía frente al ideario de una impoluta voluntad negocial. Así, como muestra fehaciente de lo anterior, cabe memorar que uno de los más destacados exponentes de la escuela de la exégesis, CHARLES BONAVENTURE MARIE TOULLIER, en el mismo introito al estudio que daría a la materia relativa a los vicios del consentimiento, llegó a manifestar que: “No basta, para la validez de los contratos, que el consentimiento sea manifiesto, que sea recíproco y que se dé sobre la misma cosa, *in idem placitum*; es necesario, además, que se dé de forma reflexiva y consciente, libremente sin coacción y *sin sorpresa*” (se destaca)⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ AQUINATIS, Thomae. *Summa contra gentiles*, Ad Salamandreae, Lugduni, 1567. p. 86 (*L I, C. 84*, 3).

⁵⁴⁵ Traducción libre. En un sentido similar, reivindicando nuevamente la idea que una voluntad sorprendida debe considerarse como una ‘voluntad mixta’, FURGOLE posteriormente señaló que: “Il n'y a donc que les voies que l'on prend pour inspirer & pour persuader, qui puissent rendre l'action involontaire; si l'on est persuadé par des raison insidieuses, ou par des artifices capables de surprendre, alors il n'y a point de volonté libre qui puisse servir de fondement à la disposition, & c'est le cas de l'involontaire mixte”. FURGOLE, Jean-Baptiste. *Traité des testaments, codiciles, donations a cause de mort et autres dispositions de dernier volonté*, Paris, Chez Jean de Nully, 1745. p. 227 y 259.

⁵⁴⁶ Traducción libre. TOULLIER, Charles Bonaventure Marie. *Le droit civil français*, T VI, Chez Cousin-Denelle, Rennes, 1814. p. 44. En un sentido similar, al abordar el estudio concerniente a las declaraciones testamentarias TOULLIER pone en evidencia la potencialidad perniciosa de la sorpresa frente al consentimiento, pues señala que, teniendo en consideración que los testamentos suelen realizarse en momentos en los que el testador, sea por su edad o sea por su estado de salud, padece de una disminución de su fuerza

De igual modo, otra muestra patente que permite poner en evidencia la consciencia que para tal época (siglo XIX) se tenía de la virtualidad negativa que se reputa de la sorpresa frente al consentimiento, y, más ampliamente a la esencia misma del acuerdo contractual, puede ser hallada en las dicientes palabras de otro de los grandes e ilustres juristas franceses que siguieron con religiosidad los lineamientos dictaminados por parte de la codificación napoleónica, pues sería el mismo LÉOBON LAROMBIÈRE quien, al entrar a abordar las cualidades que requiere el consentimiento para efectos de lograr ser considerado como válido y funcional, con diafanidad absoluta afirmó que, este “debe ser espontáneo, es decir, *libre de sorpresas*, otorgado por una voluntad que se pertenece enteramente a sí misma, por una inteligencia que no se ha dejado atrapar ni engañar por pérfidas maquinaciones y maniobras fraudulentas” (se destaca)⁵⁴⁷, y que, de forma aún más contundente, al dar tratamiento a la esencialidad de la concordancia de voluntades para la formación de las convenciones, sentenció que “si hubiese habido un error, una sorpresa o un desacuerdo formal, no habrá contrato”⁵⁴⁸.

En este sentido, de la lectura de ciertos segmentos de las obras de estos históricos juristas a los que hemos venido refiriendo, es posible llegar a evidenciar que algunos de ellos parecerían haber individuado en la sorpresa un elemento con una proyección y significación más amplia de aquella que se predica de una anomalía que vicia el consentimiento, ya que refieren a ella como una especie de elemento cuya ausencia se estructura como un requisito de indefectible cumplimiento en orden a que el consentimiento, globalmente concebido, pueda llegar a gozar de una validez en la esfera jurídica.

Al respecto, cabe destacar que, una visión similar llegaría a tener un expreso acogimiento en sede pre-legislativa, tal y como puede corroborarse con la lectura del Proyecto de Código Civil para el Estado oriental de Uruguay del año 1852, que sería presentado por el reconocido jurisconsulto uruguayo, EDUARDO ACEVEDO MATORANA, ya que en el mismo se le habría ofrendado una dimensión más amplia y general de la figura de la sorpresa, al determinar en su artículo 1299 -guardando cierta simetría con las palabras que ya habría pronunciado TOULLIER- que, “Para la validez de las convenciones se requiere que el consentimiento sea manifiesto, recíproco, dado sobre la misma cosa, con reflexión, libremente y sin sorpresa”⁵⁴⁹.

Tomado como fundamento todo lo expresado en pretendencia, creemos que es posible concluir que, la sorpresa, al menos cuando esta resulte jurídicamente relevante -con todo lo que ello implica-, tiene la potencialidad suficiente para afectar el intelecto de los individuos, y con ello, trastocar la sanidad que se debe predicar de la voluntad para efectos de dar lugar a un consentimiento que pueda legitimar la celebración de acuerdos negociales, y, por tal virtud, esta última, al menos virtualmente, puede ser concebida como un vicio de la voluntad desde una perspectiva teórico-jurídica.

2.2. APROXIMACIÓN A LAS DIFERENTES VISIONES EN RELACIÓN CON LA NATURALEZA CONCEPTUAL DE LA SORPRESA Y SU VINCULACIÓN CON LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD.

física y anímica, este será más propenso a ser “sorprendido o intimidado”, razón por la cual expresa que, tales circunstancias deberán valorados al momento de evaluar la posible anulación del testamento. TOULLIER, Charles Bonaventure Marie. *Le droit civil français*, T V, *op.cit.* p. 701.

⁵⁴⁷ Traducción libre. LAROMBIÈRE, Léobon. *Théorie & pratique des obligations*, T I, A. Durand, Paris, 1857. p. 40.

⁵⁴⁸ Traducción libre. LAROMBIÈRE, Léobon. *Théorie & pratique des obligations*, T I, *op.cit.* p. 18.

⁵⁴⁹ *Proyecto de un Código Civil para el Estado oriental del Uruguay*, Imprenta de la “constitución”, Montevideo, 1852. p. 290.

Ahora bien, no obstante todo lo que señalamos precedentemente, la sorpresa, tal y como hemos indicado, solo llegó a encontrar un acogimiento expreso y autónomo, dentro de un importante número de las codificaciones civiles a nivel internacional, en el concreto y particular escenario de la regulación de la imputación del pago que es realizada por parte del acreedor, lo que daría lugar a que esta última fuese concebida como una suerte de vicio de la voluntad que podría encontrar aplicación, cuanto menos, en el ámbito de un supuesto particular de la contratación. Sería en razón de la verificación de este hecho normativo que la doctrina mayoritaria que precedería a la codificación decimonónica, particularmente a partir del siglo XX, limitaría el estudio del espectro de la sorpresa únicamente al evento de la imputación del pago hecha por parte del acreedor, y, con ello, al tratamiento que POTHIER le habría brindado a la figura en este supuesto, desconociendo su verdadera dimensión, así como también su auténtico abolengo y ser jurídico, lo que generó como consecuencia que la construcción conceptual de la sorpresa no resultase clara en lo absoluto, y mucho menos uniforme.

En tal sentido, sería precisamente por virtud de la ausencia de una cosmovisión propia, autónoma y homogénea de la morfología conceptual que se desprende de la sorpresa, que se habría dado paso a la gestación de un abanico variopinto de tesis las cuales, auxiliándose en otras figuras e institutos más conocidos y reconocidos en el entorno jurídico, buscarían otorgarle una forma y significación jurídica a la sorpresa en el marco de la formación del consentimiento contractual. De este modo, consideramos necesario en este punto darnos a la tarea de abordar algunas de las tesis más relevantes que, a lo largo de los dos últimos siglos, la doctrina ha desarrollado en orden a lograr esclarecer y dilucidar la naturaleza y la entidad jurídica que se puede predicar de la sorpresa.

Así pues, siguiendo esta línea de ideas, puede identificarse un primer grupo de autores los cuales han considerado que, cuando se alude a la sorpresa, en realidad lo que se encuentra en el fondo es la configuración de un supuesto de un aprovechamiento injusto. De este modo, quienes se han inclinado por esta visión conciben que la sorpresa se materializará cuando uno de los sujetos se vale de ella para obtener un beneficio o una utilidad, generando como consecuencia una situación desventajosa en perjuicio de quien es víctima del inesperado acontecimiento, soliendo aludir así a aquellos supuestos uno de los sujetos se aprovecha⁵⁵⁰

⁵⁵⁰ Según observa el profesor de la Universidad de Cagliari, CORRADO CHESSA, la doctrina italiana más autorizada se ha hallado en la ausencia de comportamientos engañosos los rasgos que caracterizan a la figura de la sorpresa, concibiendo que la misma puede configurarse incluso en el caso en el cual únicamente se corrobore “una semplice volontà di approfittamento”. CHESSA, Corrado. *L'Adempimento*, Giuffrè Editore, Milano, 1996. p. 135.

de una desatención o descuido⁵⁵¹, de la confianza⁵⁵², de la ignorancia o desconocimiento⁵⁵³, de la inexperiencia o simplicidad⁵⁵⁴, o en general, de cualesquiera circunstancias de naturaleza subjetiva⁵⁵⁵, como también objetivas, concernientes al modo, tiempo o lugar⁵⁵⁶, que hayan podido contribuir a que el otro sujeto hubiese sido víctima de una sorpresa que le resulta perjudicial.

En el mismo sentido, compaginado con esta postura, hay quienes han vinculado la sorpresa con la ventaja que se obtiene como fruto de un error en el que incurre quien ha sido sorprendido⁵⁵⁷, o, inclusive, del beneficio que pudiese llegarse a adquirir como resultado de una simple conducta omisiva⁵⁵⁸.

Otros autores, por su parte, más allá de identificar la existencia de un simple aprovechamiento injusto, individualizarían en la sorpresa la presencia de una especie de abuso, de suyo más reprochable y perjudicial, sea que este último llegue a recaer sobre la buena fe

⁵⁵¹ En este sentido se ha pronunciado el famoso autor italiano GIORGIO GIORGI, quien considera que, de la lectura del ejemplo que suministró POTHIER se puede evidenciar que “per annullare la imputazione non si richieda la vera frode del creditore, ma basti il fatto, che il creditore abbia profittato della disattenzione del debitore per dirigere l'imputazione sul debito, che più gli talentava di estinguere a danno del debitore”. GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Vol VII, *op.cit.* p. 162. Una lectura similar puede comprobarse en RODEGHIERO, Andrea. *L'imputazione del pagamento*, *op.cit.* pp. 116 y 117, y GAMBINO, Francesco. *Le obbligazioni: il rapporto obbligatorio*, UTET, Padova, 2015. p. 352. Por su parte, el profesor de la Universidad de Catania, ROSARIO NICOLÒ, parecería entender que la sorpresa a la que refiere el artículo 1195 del Código Civil italiano se explica en el caso en el que el acreedor, más que limitarse a aprovecharse de la desatención o del descuido del *solvens*, ha sido él quien la ha producido como consecuencia de su acotación o comportamiento, el cual, sin embargo, no logra configurar un supuesto doloso. NICOLÒ, Rosario. “Adempimento”, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol I, 1958. p. 563.

⁵⁵² NATOLI, Ugo. *L'attuazione del rapporto obbligatorio: appunti delle lezioni*, Vol II, Giuffrè, 1962. p. 145.

⁵⁵³ Entre los autores que al hablar de la figura de la sorpresa hacen énfasis en el aprovechamiento de la desatención del sujeto sorprendido, se encuentran RICCI, Francesco. *Diritto civile*, Vol VI, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1886. p. 350, y LONGO, Giannetto. *Diritto delle obbligazioni*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1950. p. 200.

⁵⁵⁴ DOVERI, Alessandro. *Instituzioni di diritto romano*, Vol II, Successori le Monnier, Firenze, 1866. p. 398 nota 1, CANGIANO, Saverio. *Lezioni di diritto positivo secondo il Codice per lo Regno delle due Sicilie*, Vol II, Tipi di Francesco Azzolino, Napoli, 1842. p. 572.

⁵⁵⁵ IANNICELLI, Serena. “Il destinatario del pagamento, quietanza, imputazione”, en *Le obbligazioni diritto sostanziale e processuale*, T I, *op.cit.* p. 573. Brindando una formulación de suyo general, el renombrado profesor italiano, CESARE MASSIMO BIANCA, expresa que: “la sorpresa consiste in ciò, che il creditore approfitta delle condizioni personali del debitore per fare senza opposizione un'imputazione a sé favorevole”. MASSIMO BIANCA, Cesare. *Diritto civile: l'obbligazione*, T IV, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019. p. 342.

⁵⁵⁶ CEDON, Paolo. *Commentario al Codice civile: artt. 1173-1320*, Giuffrè Editore, 2009. p. 313.

⁵⁵⁷ Dentro del elenco de autores que destacan que se conformará un supuesto sorpresa cuando una de las partes aproveche el error de la otra, se pueden destacar a LAURENT, François. *Principes de droit civil*, T XVII, *op.cit.* p. 603; MARCADÉ, Victor-Napoléon. *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, T IV, Librairie de Jurisprudence de Cotillon, Paris, 1852. p. 533; y PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Instituzioni di diritto civile italiano*, Libro III, T II, Eugenio e Filippo Cammelli, Firenze, 1873. p. 299.

⁵⁵⁸ Así, COLMO, Alfredo. *De las obligaciones en general*, Albeledo Perrot, Buenos Aires, 1961. p. 463 citado por VANNI, Liliana Noemí. *La sorpresa como vicio de la voluntad*, *op.cit.* p. 106.

del deudor⁵⁵⁹, sobre su confianza⁵⁶⁰, o sobre su misma inexperiencia o ignorancia⁵⁶¹. No en balde, sería el mismo LOUIS JOSSERAND quien parecería coligar la figura de la sorpresa con la idea del abuso del derecho⁵⁶².

Optando por una vía interpretativa diferente, un importante sector doctrinal ha considerado que, a pesar de la evidente e indiscutida distinción terminológica, la sorpresa en realidad representa una llana manifestación del dolo, pues entienden que, para que dicha figura pueda configurarse se requerirá de un comportamiento, ya sea activo o pasivo, que resulte malintencionado⁵⁶³. Así, del sector que comulga por esta tesis se ha desligado una variante doctrinal que, optando por una postura menos radical, estima que resulta más acertado hablar de una suerte de subcategoría conceptual que interioriza un *minus* respecto al dolo -propriadamente concebido-, predicando así entre este y aquella una relación de *genus a species*, lo cual los ha llevado a recurrir a la ingeniosa, aunque, no del todo convincente, construcción de figuras como la de un ‘dolo menor’ o ‘atenuado’⁵⁶⁴. Por su parte, permaneciendo aún en los dominios del dolo, una corriente diversa, presidida principalmente por parte de la doctrina italiana, se ha decantado por residenciar la *natura* de la sorpresa en sede de la ‘reticencia consciente’⁵⁶⁵.

No del todo convencidos de que de la sorpresa logre reputar un grado tan elevado de antijuridicidad que se predica del dolo, y, por lo tanto, pregonando su diferenciación conceptual, otro sector doctrinal se ha inclinado por concebir que la sorpresa, a pesar de no entretejerse junto a las hebras del engaño y el ardid, conserva un denotado nivel de

⁵⁵⁹ Al respecto, el doctrinante italiano JACOPO MATTEI, comentario al artículo 1257 del Código civil italiano, expone que “basti anche una semplice sorpresa, un abuso della buona fede del debitore (...)”. MATTEI, Jacopo. *Appendice al commento al Codice civile italiano*, Prem. Stab. Tip. Di P. Naratovich, Venezia, 1878. p. 559.

⁵⁶⁰ CAZEAUX, Pedro Néstor & TRIGO REPRESAS, Félix Alberto. *Derecho de las obligaciones*, Vol 3, Librería Editorial Platense, La Plata, 1975. p. 190; y LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil: obligaciones*, op.cit. p. 317.

⁵⁶¹ MOURLON, Frédéric. *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon*, T XII, A. Marquescq Ainé, Paris, 1859. p. 709.

⁵⁶² JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit civil positif français*, T II, Recueil Sirey, Paris, 1930. pp. 421 y 422.

⁵⁶³ En este sentido, el ilustre y renombrado profesor italiano, WALTER BIGIAMI, quien, en un llamativo escrito dedicado exclusivamente al estudio de la sorpresa y del dolo en el ámbito de la imputación del pago, afirma que, en su opinión, “la sorpresa debbia rimanere nell’ambito del dolo, nel senso che al dolo viene equiparata, anche se per la sua esistenza non è richiesta quella *calliditas* richiesta invece in ordine al dolo”. BIGIAMI, Walter. *Dolo e «sorpresa» nell’imputazione dei pagamenti*, Rivista di Diritto Civile, op.cit. p. 87. En un sentido similar véase LAURENT, François. *Principes de droit civil*, T XVII, op.cit. p. 603; y CHESSA, Corrado. *L’Adempimento*, op.cit. 137.

⁵⁶⁴ Así, SEGOVIA, Lisandro. *Código Civil de la república de Argentina*, T I, Imprenta de Pablo E. Coni, Editor, Buenos Aires, 1881. p. 202; CAZEAUX, Pedro Néstor & TRIGO REPRESAS, Félix Alberto. *Derecho de las obligaciones*, op.cit. p. 190; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil: obligaciones*, T II-B, op.cit. p. 317; y ALTERINI, Atilio Aníbal & AMEAL, Oscar José & LÓPEZ, Roberto M. *Curso de Obligaciones*, T I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1982. p. 143. Cfr. LAPERTOSA, Flavio. *La sorpresa nel rapporto obbligatorio*, op.cit. p. 664, autor que indica que la sorpresa puede ser concebida como un *minus* respecto al dolo, pero ello no impide su equiparación como vicio.

⁵⁶⁵ Esta sería la tesis por la que se inclinaría el reconocido jurista italiano WALTER BIGIAMI y que sería seguida posteriormente por algún sector de la doctrina italiana. BIGIAMI, Walter. *Dolo e «sorpresa» nell’imputazione dei pagamenti*, op.cit. pp. 89 y ss; CANTILLO, Michele. *Le obbligazioni*, T I, UTET, 1992. p. 367; DAMIANI, Enrico. “Art. 1195 – Quietanza con imputazione”, en *Commentario del Codice civile: delle obbligazioni artt. 1173-1217*, UTET, Torino, 2012. pp. 539 y 540; y BOZZI, Giuseppe. “Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio”, en *Diritto civile*, Vol 3, Giuffrè Editore, 2009. p. 179.

‘reprochabilidad’, ora porque individúan en ella un repudiable componente de ilicitud⁵⁶⁶, ora porque consideran que, cuanto menos, encara una indigna y perniciosa mala fe⁵⁶⁷.

En un sentido diverso, apartándose de las lecturas delineadas en precedencia, algunos autores, siguiendo con rigurosidad las palabras inscritas en los ejemplos que fueron suministrados por POTHIER, se han inclinado por centrar su atención, más que en la conducta del acreedor, en las características subjetivas que se predicán del deudor que ha sufrido un perjuicio y que lo posicionan en una situación de debilidad, pues opinan que, en estos casos, la consideración de tales características deberá subir de tono, y con ello de relevancia, cuando se esté frente a la evaluación de la posible verificación de una sorpresa, en razón naturaleza perjudicial que interioriza esta última figura⁵⁶⁸.

Así, quienes se han adscrito a esta línea interpretativa entienden que en la sorpresa lo que revela mayor trascendencia es la existencia de una situación de debilidad o de inferioridad que se torna meritoria de una especial y particular protección, tal como acontece en los eventos en los que el deudor no supiese o pudiese leer, o que fuese una persona iletrada o ajena a los negocios, entre otras situaciones más de índole similar⁵⁶⁹. De este modo, siguiendo una lectura enfocada en la órbita del sujeto sorprendido, se llega a concebir que la sorpresa podría tener aplicación incluso en los eventos en los cuales no se verifica una conducta intencionada que pueda atribuírsele al *alter*⁵⁷⁰.

⁵⁶⁶ Así lo ha puesto de manifiesto el reconocido profesor argentino LUIS MARÍA BOFFI BOGGERO, quien, después de desarrollar un estudio concienzudo sobre la figura de la sorpresa en el marco de la imputación del pago, concluye señalado que “La sorpresa, en suma, es un ilícito mediante el cual el acreedor o un tercero (...) hace propicio el desconcierto de la otra parte sin haberlo provocado de ninguna manera”. BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las obligaciones*, T IV, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986. p. 137.

⁵⁶⁷ NATOLI, Ugo. *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, *op.cit.* p. 166; TRABUCCHI, Alberto. *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, CEDAM, Padova, 1937. p. 469, nota 2; BELLELLI, Alessandra. *L’imputazione volontaria del pagamento*, *op.cit.* p. 98; y CANTILLO, Michele. *Le obbligazioni*, T I, *op.cit.* p. 367.

⁵⁶⁸ En este sentido se manifestó en su momento el jurista italiano, GIOVANNI LOMONACO, quien afirmó en su momento que “Sia trattandosi di *dolo*, sia trattandosi di *sorpresa*, l’autorità giudiziaria deve tener conto della condizione delle persone, per trarne il convincimento sulla esistenza del vizio che toglie efficacia alla imputazione. Ma, nel caso di *sorpresa*, la condizione della persona del debitore ha maggiore importanza”. LOMONACO, Giovanni. *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, Volume único, Parte seconda, Ricc. Marghieri di Gius, Napoli, 1888. p. 127.

⁵⁶⁹ DURANTON, Alexandre. *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*, *op.cit.* p. 319 y 320; DELVINCOURT, Claude-Étienne. *Cours de Code Napoléon*, T II, Gueffier, Paris, 1813. p. 558, nota 2; MADIA, Giuseppe. *Instituzioni di diritto civile italiano*, Vol III, Gabriele Sarracino, Napoli, 1873. p. 161, y PAPAYANNIS, Diego Martín. *La lesión subjetiva-objetiva en el Derecho argentino*, Lecciones y Ensayos, Vol 81, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005. p. 109 y 110.

⁵⁷⁰ Ciertamente llamativa y reveladora resulta la postura del jurista italiano del siglo XIX, LUGI BORSARI, quien considera que pueden existir eventos en los que una de las partes pueda llegar a ser víctima de una indeseada sorpresa, sin que esta última hubiese sido orquestada o preparada por la otra parte, sustentado tal tesis con un ingenioso ejemplo. Así, expresa BORSARI: “Io ho incontrato per la strada il creditore in un momento di fretta per amendue; egli mi ha detto, amico, ecco la vostra quietanza. Io l’ho presa, rignraziandolo, senza leggerla e l’ho messa di tratto a far compagnia con le altre carte nel portafoglio. Non ci ho più pensato, io era fidente come si suol essere delle persone che si stimano. Qualche tempo dopo volendo allineare le mie ricevute, trovo che il creditore imputò la somma che io ho pagato in un debito da me garantito, è vero, ma ove io non figuro che quale sicurtà secundaria e non senza eccezioni. Ciò sconcerca i miei affari, perchè in realtà non fu queste nè poteva essere il mio scopo. Io sono vittima di una sorpresa ma non posso darne carico al creditore”. BORSARI, Luigi. *Commentario del Codice civile italiano*, Vol III, Parte seconda, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1877. p. 702.

Por último, adoptado una visión sustancialmente diversa a las expuestas precedentemente, un sector doctrinal considera que la sorpresa, al igual que el dolo, tal y como fueron acogidos normativamente por los diferentes ordenamientos jurídicos en el escenario de la imputación del pago, no constituyen supuestos en los que la voluntad se ha tornado imperfecta, es decir, que ha sido viciada, sino que en realidad fueron tipificados como conductas contrapuestas a la buena fe y a la ‘*correttezza*’ que rigen en la órbita contractual. De este modo, quienes se han asociado con esta tesitura, en líneas generales, han considerado que, a partir de esta lectura pueden superarse la mayoría de dificultades interpretativas que se desprende del acoplamiento de la sorpresa que fue consagrada normativamente en el supuesto de la imputación del pago con la teoría general de los vicios de la voluntad, tal como lo ha puesto de presente la distinguida profesora la Universidad de Perugia, ALESSANDRA BELLELLI, la que ha manifestado que “las dificultades indicadas se superan si la perspectiva es invertida calificando al dolo y la sorpresa, no como vicios de la voluntad contractual del deudor, sino como comportamientos contrarios al principio general de buena fe, puestos en marcha por el acreedor”⁵⁷¹.

Ahora bien, habiendo desarrollado un cuadro general sobre algunas de las más importantes interpretaciones que han sido delineadas, con el propósito de moldear el concepto de la sorpresa, resulta evidente que nos encontramos ante una figura que, aun cuando utilizada y desarrollada por la ley y la doctrina, salvo puntuales excepciones, resulta algo ambigua y no siempre indicativa de su auténtico ser jurídico, pues desde sus albores no existió una concepción unitaria e inequívoca, lo que de algún modo explica que aún hoy nos encontramos frente a un concepto de difícil precisión⁵⁷², a tal punto que ha llegado a ser considerado como un término ‘vago’⁵⁷³, y también polivalente, al cual, por lo demás, no se le ha prestado toda la atención necesaria, menos con un carácter sistemático, también con dignas salvedades, lo que no deja de ser paradójico.

Sin embargo, su pertinencia actual no puede ser desconocida, pues resulta ser una figura de especial interés para el ordenamiento, la jurisprudencia y la doctrina, que tiene su razón de ser y sus propios perfiles, por lo que negar su trascendencia como lo han pretendido ciertos autores al calificarla, en un evidente juego de palabras vacías, como una “buena trivialidad de POTHIER”⁵⁷⁴, resulta por completo ajeno a la realidad histórica y jurídica⁵⁷⁵, y también

⁵⁷¹ Traducción libre. BELLELLI, Alessandra. *L'imputazione volontaria del pagamento*, *op.cit.* p. 90. En un sentido similar, véase y CAMILLERI, Enrico. *Imputazione di pagamento: datio in solutum, quietanza*, *op.cit.* pp. 52 y 53; FRANZONI, Massimo. *Trattato della responsabilità civile: L'illecito*, T I, Giuffrè Editore, Milano, 2010. p. 351; y GIANOLA, Alberto. *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, Giuffrè Editore, Milano, 2008. pp. 115 y 116.

⁵⁷² BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las obligaciones*, T IV, *op.cit.* p. 132.

⁵⁷³ Así lo indicó el profesor uruguayo HÉCTOR LAFAILLE, el que, sin embargo, consideró que a la sorpresa “podría concedérsele algún sentido propio a esta palabra, bastante vaga en si misma”. LAFAILLE, Héctor. *Tratado de las obligaciones*, V I, Ediar S.A., Buenos Aires, 1947. p. 334, citado por VANNI, Liliana Noemí. *La sorpresa como vicio de la voluntad*, *op.cit.* p. 106.

⁵⁷⁴ ACOLLOAS, Émilie. *Manuel de Droit Civil commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, T II, Librairie-Editeur, Paris, 1874. p. 891, autor que expresa esta idea cuando se refiere al tema de la imputación del pago en la obra de POTHIER: “*C'est à Pothier que nous sommes redevables de toutes ces bonnes trivialisés*”.

⁵⁷⁵ En efecto, tal como hemos podido señalar en reiteradas oportunidades, la mayoría de autores suele atribuir la existencia de la sorpresa en el ámbito jurídico a POTHIER, desconociendo con ello su verdadero linaje en la historia. Así, cabe destacar que, el reconocido profesor italiano UMBERTO BRECCIA, habría señalado en su momento que el hecho que la sorpresa se haya incorporado en la legislación civil representa “un e'loquente testimonianza del modo stravagante con cui nelle leggi posono penetrare talvolta, fino a permanervi stabilmente,

claramente equivocado, y desconsiderado, puesto que permite entender mejor que el dolo, el error, la fuerza y para otros la lesión, entre varias figuras, que la sorpresa es uno de los estados y a la vez una de las reacciones más dicientes en torno a la profunda perplejidad y al hondo desconcierto generado a raíz de una determinada conducta de posterior e inesperada aparición.

Es por virtud de lo anterior que consideramos necesario darnos a la tarea de estudiar la entidad conceptual que a la sorpresa puede llegar atribuírsele en el escenario de la formación de la voluntad, propendiendo así por poner en evidencia su independencia con relación a otras figuras o institutos, con a los cuales, si bien puede conservar alguna afinidad, e incluso se puede llegar a predicar la existencia puntos de inflexión con ellos, lo cierto es que nos encontramos frente de un concepto con una naturaleza diferente, poseedor de contornos y perfiles propios, el cual exige de un configuración propia y autonómica, puesto que, el infructuoso intento de forzar su composición estructural con el propósito de encuadrarlo en hormas que le resultan ajenas, solo llevará a que se altere su esencia y se reduzca su proyección, o, lo que es peor, que sea cercenado, arrebatándole elementos que lo individualizan y caracterizan. De este modo, concordamos con el profesor argentino, LUIS MARÍA BOFFI BOGGERO, al considerar que, si bien el ‘dolo menor’, el error, la ventaja injusta, el abuso del derecho, el aprovechamiento de una situación de debilidad, la confianza, la lealtad y la buena fe pueden resultar todos “conceptos coadyuvantes” a la sorpresa, lo cierto es que estos “no alcanzan a dibujar el concepto”⁵⁷⁶.

2.3. LA SORPRESA COMO VICIO GENÉRICO DE LA VOLUNTAD

La ausencia de una concepción unitaria, al igual que la del reconocimiento de un auténtico ser conceptual que se le lograra atribuir a la sorpresa en el ámbito jurídico, particularmente en el marco de los vicios de la voluntad, ha dado lugar al surgimiento de un complejo desarrollo, algo laberíntico y de suyo fraccionado, en relación al estudio de esta figura, el cual, lamentablemente, no ha hecho más que hacerle culto a la barahúnda e invitar a la indeterminación, dificultado así que se de paso al reconocimiento de una naturaleza autonómica y que se divise la verdadera trascendencia y relevancia que la sorpresa ostenta en los confines del Derecho, en general, y en los del Derecho privado, en particular.

No en balde, a pesar de que nos encontramos ante un concepto de indiscutida relevancia, especialmente en el escenario jurídico actual, pues su presencia explica de mejor manera muchos de los nuevos derroteros que se articulan a nivel internacional, lo cierto es que la ausencia de un tratamiento estructurado, sistemático y autonómico de la sorpresa ha dado paso a que, aún en la actualidad, su verdadera entidad se desconozca.

Sin perjuicio de ello, tal como veremos más adelante, en el marco Derecho contractual contemporáneo, particularmente en sede del Derecho de consumo, pueden verificarse reveladoras muestras paradigmáticas de escenarios e institutos donde la sorpresa ha hecho gala, llegando a ser, inclusive, la invitada de honor, lo cual se ha debido a que, a pesar de que pueda llegar a ignorarse su morfología y su extensa dimensión, existe una auténtica consciencia de los efectos perjudiciales que se pueden derivar de su presencia, razón por la cual, sea por una o por otra vía, los ordenamientos jurídicos han optado por brindar mecanismos para responder a ella, pues bien a fin de cuentas, tal como se expresó en medio

alcuni spunti sparsi nella trama del pensiero di un giurista ‘autorevole’ ”. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*, op.cit. p. 567.

⁵⁷⁶ BOFFI BOGGERO. Luis María. *Tratado de las obligaciones*, op.cit. p. 132.

de las discusiones que tuvieron lugar con motivo del Proyecto de Código civil francés para inicios del siglo XIX, “Cuando la justicia interviene entre los hombres, ella descarta toda sospecha de sorpresa y de fraude”⁵⁷⁷.

En efecto, tal como hemos venido señalando a lo largo de este texto, la sorpresa es un concepto jurídico poseedor de una entidad conceptual propia, y, por tal virtud, no requiere ser amalgamada con otros institutos para que pueda adquirir relevancia o trascendencia jurídica, pues ella, *per se*, ya la posee, por tal virtud, no será un requisito necesario para justificar la proscripción o el rechazo de esta figura, el tener que acudir a la invocación de otras anomalías que exornen el carácter perjudicial de la sorpresa. En este punto, creemos conveniente hacer extensibles las significativas palabras del profesor norteamericano ELLINGHAUS, de conformidad con las cuales, si alguna mención ha de realizarse de la sorpresa, esta deberá de hacerse acudiendo solamente a ella, como ‘única monarca del reino’, pues cualquier otro agregado dará lugar simplemente a la ‘ofuscación’⁵⁷⁸, es decir, a un oscurantismo conceptual que genera una confusión de las ideas.

Es en razón de lo anterior que, consideramos verdaderamente revelador que, separándose de ese cúmulo de diversas opiniones que se decantaban por explicar la sorpresa apelando a la extensión de otros conceptos, los célebres juristas, MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, acompañados de su acostumbrada lucidez y erudición, identificarían que en la médula de la cuestión concerniente a la sorpresa se está frente ante una situación desfavorable por razón de su naturaleza inesperada o imprevisible, acentuando así su atención en la parte que es sorprendida, prescindiendo de la necesidad de la verificación de un accionar activo por parte del otro sujeto, de este modo delinean el concepto de la sorpresa sin tener que recurrir a la adición de ornamentos complementarios que se tornan innecesarios. Por tal motivo, siguiendo la horma de TOULLIER, hablarían de una ‘*simple surprise*’⁵⁷⁹.

En plena concordancia con lo anterior puede verificarse que, un importante elenco de renombrados juristas, los cuales creemos que representa la posición mayoritaria, al darse a la tarea de abordar la sorpresa, han considerado que, bastará con la verificación de una ‘simple sorpresa’⁵⁸⁰ para que pueda llegar a controvertirse la imputación que fue realizada, sin acudir

⁵⁷⁷ Traducción libre. *Procès-verbaux du Conseil d'État, contenant la discussion du projet de Code civil*, T V, L'imprimerie de la république, Paris, 1804. p. 130.

⁵⁷⁸ ELLINGHAUS, M.P. *In defense of unconscionability*, *op.cit.* p. 764

⁵⁷⁹ Al abordar el estudio del artículo 1255 del Código de Napoleón, estos egregios juristas franceses observaron que “Il n'est pas nécessaire que le débiteur prouve un *dol* caractérisé; la simple *surprise*, c'est-à-dire une imputation qui lui est défavorable, et qu'on ne lui a pas annoncée, l'autorise à refuser la quittance dans les termes où ello lui est proposée”. PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*, T II, Librairie Générale du Droit & de Jurisprudence, Paris, 1931. p. 169.

⁵⁸⁰ Dentro del extenso elenco de autores que, a nivel internacional, han considerado más adecuado acudir a la conjunción de ‘simple sorpresa’, queriendo con ello diferenciar de forma categórica la sorpresa del dolo, se pueden destacar los siguientes: TOULLIER, Charles Bonaventure Marie. *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, T VII, Chez B. Warée, 1819. p. 249 y 250, AUBRY, Charles & RAU, Charles. *Cours de droit civil français*, T III, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1869. p. 167, nota 9, ROGRON, Joseph-André. *Code Napoléon expliqué*, Henri Plon, Paris, 1859. p. 1412, LAROMBIÈRE, Léobon. *Théorie & pratique des obligations*, *op.cit.* pp. 424 y 423; RIPERT, Georges & BOULANGER, Jean. *Traité de droit civil: d'après le traité de Planiol*, T II, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1956, p. 567; DELSOL, Jean Joseph. *Explication élémentaire du Code Napoléon*, T II, Cotillon, Paris, 1867. p. 523; FERRAROTTI, Teonesto. *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, Vol VIII, Tipografia V. Vercellino, Torino, 1874. p. 469; CATTANEO, Vincenzo. *Il Codice civile italiano annotato*, Dalla Società l'unione Tipografico-Editrice, Torino, 1865. p. 939; CANGIANO, Saverio. *Lezioni di diritto positivo secondo il Codice per lo Regno delle due Sicilie*, Vol II, *op.cit.* p. 572; ROCCA, Adriano. *Biblioteca del diritto o repertorio*

al empleo de requerimientos adicionales que desdibujen su esencia, o que terminan por trasladarla a escenarios en los que predominan y prevalecen otras figuras conceptuales, siendo este un dato de gran significación, pues corrobora que un notable sector de los autores que han estudiado la sorpresa han reconocido que esta cuenta con la virtualidad suficiente para desarticular una actuación voluntaria.

No obstante lo anterior, es menester aclarar en este punto que, a pesar de que retenemos digno de especial reconocimiento el hecho que se aluda a la sorpresa de forma autónoma y aislada, otorgándole así una independencia conceptual a la figura, lo cierto es que, el manejo del adjetivo ‘simple’, el cual acompaña al sustantivo ‘sorpresa’, no logramos concebirlo del todo afortunado o conveniente, puesto que el empleo del mismo podría llegar a dar lugar a una interpretación según la cual, cualquier sorpresa, esto es, una sorpresa llanamente concebida desde su cosmovisión usual y ordinaria, o, incluso psicológica, (‘simple’)⁵⁸¹, y no como concepto jurídico poseedor de claros contornos y fronteras definidos, tendrá la entidad suficiente para constituir, sin más reparos, una alteración la voluntad, y con ello, un vicio del consentimiento. De este modo, no puede olvidarse que la sorpresa entendida como vicio, representa una expresión de la figura, de suyo más amplia y comprensiva, de la ‘sorpresa jurídicamente relevante’, y no de la vaga y gaseosa idea que la sorpresa, como término que pertenece al lenguaje común, pueda llegar a ofrecer.

De igual forma, no debe perderse de vista que nos encontramos ante un concepto que tiene una connotación jurídica, y que, en razón de su carácter negativo, amén que perjudicial amerita una respuesta por parte del ordenamiento jurídico. De este modo podría decirse que, del estudio del amplio elenco de tesituras concernientes a la naturaleza jurídica de la sorpresa que realizamos precedentemente, una idea común parece sobresalir de todas ellas, materializándose como una suerte de ‘punto de convergencia’ que se predica indistintamente de las diversas visiones y opiniones, la cual se ve representada por la *natura* negativa e indeseada, a su vez que contrapuesta a la buena fe, que se predica de la sorpresa, y de la necesidad que reclama la justicia contractual de brindar una respuesta jurídica a su presencia en las relaciones negociales, ya sea que dicha respuesta se manifieste a través del rechazo, o, cuanto menos, por intermedio del suministro de mecanismos remediales que logren paliar los efectos lesivos que trae consigo este imperfecto que trastoca la voluntad⁵⁸²: en ello se resume y se recapitula la esencia de todo lo expuesto.

Así las cosas, partiendo de lo anteriormente dicho, en nuestra opinión la sorpresa, por lo menos en el ámbito concerniente a la temática de los vicios del consentimiento, puede ser concebida como un imperfecto que tiene la potencialidad para desencuadernar la voluntad y

ragionato di legislazione e di giurisprudenza, Vol VI, Parte II, Nell’I. R Privilegiato Stabilimento Nazionale, Venezia, 1859. p. 514; MARCADÉ, Victor-Napoléon. *Explication théorique et pratique du Code*, *op.cit.* p. 533; y DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de Derecho Civil*, T III, *op.cit.* pp. 102 y 103.

⁵⁸¹ En relación con el empleo de la conjunción ‘simple sorpresa’ empleada por la doctrina, el profesor WALTER BIGIAMI afirma que, en su opinión, acudir a esta expresión para describir a la figura de la sorpresa puede llevar a una definición “un po’ troppo lata”, BIGIAMI, Walter. *Dolo e «sorpresa» nell’imputazione dei pagamenti*, *op.cit.* p. 85.

⁵⁸² Por su parte, la profesora italiana ALESSANDRA BELLELLI, considera que un dato común que se predica de las diversas fórmulas que han sido elaboradas por la doctrina se encuentra en la existencia de un aprovechamiento por parte del acreedor respecto de las condiciones subjetivas del deudor, lo cual la ha llevado a afirmar que “Comunque si intenda il termine sorpresa si tratta pur sempre di sorpresa della buona fede del debitore. L’elemento dell’approfittamento vale quindi ad inquadrare la figura oggetto d’esame nell’ambito della problematica della buona fede, quale comportamento del creditore contrario al canone della lealtà e correttezza”. BELLELLI, Alessandra. *L’imputazione volontaria del pagamento*, *op.cit.* p. 97.

de manchar, por lo tanto, el acuerdo contractual, entintado la justicia que debe caracterizarlo, y que, en línea de principio general, se configura cuando, como resultado de la verificación de una acción positiva o negativa carente de una justificación que la legitime, y, por ende, disconforme con respecto a la buena fe, la cual, por virtud de su naturaleza inesperada o imprevista en el marco de las circunstancias particulares en las que se desenvuelve, genera en cabeza del sujeto que la recepta una alteración psico-cognitiva (aquel ‘movimiento de los espíritus’ del que habló DESCARTES) que ofusca su intelecto y lo perjudica, ya que produce una disminución de la potencia cognoscitiva que le impide exteriorizar una voluntad, reflexiva, meditada y razonada⁵⁸³.

Desde esta perspectiva puede señalarse que, si bien es posible llegar a concebirse una sorpresa que puede llegar a afectar a uno de los sujetos, y que, al mismo tiempo, no es consecuencia directa de una acción u omisión reprobable por parte del otro sujeto de la relación negocial, lo cierto es que esta figura se explica mejor en este tipo de situaciones, pues ella igualmente encarna un juicio de reproche que se justifica en la verificación de una discordancia entre la actuación de la parte que da lugar a la producción de una sorpresa respecto a los cánones conductuales que se predicán de la buena fe y que le resultaban exigibles, puesto que, como se verá, la sorpresa entendida como vicio no solo se fundamenta en la idea de la estricta protección del consentimiento negocial sino que ella igualmente se encauza en el propósito de asegurar una mayor lealtad en el tráfico jurídico, compaginando así de mejor modo con las nuevas derroteros que se han abierto paso en relación con la teoría de los vicios de la voluntad en la contemporaneidad.

Dimensionada de esta forma la sorpresa, no parece existir motivo alguno que logre justificar la necesidad de circunscribir o delimitar sus alcances al caso de uno o varios supuestos determinados, pues nos encontramos ante un concepto que no hace distinción alguna entre tipologías de actos voluntarios, así como tampoco lo hace en relación con las cualidades de los sujetos que los realizan⁵⁸⁴.

Así las cosas, puede considerarse que la sorpresa representa una anomalía que se contrapone rectamente a la integridad misma de la voluntad y del consentimiento, y por ello debe individuarse como un vicio genérico de la voluntad, de forma tal que, en lo que aquí atañe, no consideramos que pueda ser encasillada en concepciones limitativas que la describen como un ‘vicio puntual’⁵⁸⁵, un ‘vicio específico’⁵⁸⁶, o cómo un ‘vicio menor’⁵⁸⁷, por cuanto es

⁵⁸³ Para una consulta de algunas de las definiciones que la doctrina que ha abordado la materia ha ofrecido de la sorpresa entendida como un vicio de la voluntad, véase *supra* nota 156.

⁵⁸⁴ En relación con la potencialidad con la que cuenta la sorpresa para alterar la voluntad de una de las partes, sin importar las cualidades subjetivas que la caractericen, la autora argentina LILIANA VANNI ha señalado con razón que “Todos podemos ser sujetos pasivos respecto de este vicio de sorpresa, con prescindencia de nuestras cualidades cognitivas e intelectuales, porque todos tenemos sistema límbico”. VANNI, Liliana Noemí. *La sorpresa como vicio de la voluntad*, *op.cit.* p. 142.

⁵⁸⁵ El profesor LEIVA FERNÁNDEZ, emplea este término de ‘vicio puntual’ a pesar de mostrarse afín a la idea de la sorpresa como un ‘vicio genérico’, expresión también utilizada por el mismo autor. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. *El vicio de la sorpresa en el derecho privado*, *op.cit.* p. 4.

⁵⁸⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo. *Derecho de las obligaciones*, T I, *op.cit.* p. 316 .

⁵⁸⁷ El profesor argentino GALLI, según expone ROCCA, sostiene que la sorpresa es un ‘vicio menor’, y que por tanto no es una causal de anulación del acto. SALVAT-GALLI, *Derecho civil Argentino, Obligaciones en general*, Tomo II, p. 1297. Sin embargo, ROCCA refuta dicha afirmación pues considera que la lectura del artículo 775 del anterior Código Civil argentino “(...) no demuestra de ninguna manera que la ‘sorpresa’ sea menos grave que otros vicios tradicionales (...)”, postura con la que nos identificamos. ROCCA, Ival & DUFRECHOU, Roberto. *Nulidad del acto jurídico por “sorpresa”*, *op.cit.* p. 798.

un auténtico, sustancial y genérico vicio de la voluntad (*quartum genus*) que, por motivos que no resultan del todo claros, históricamente resultó atenuado en el ámbito legislativo, de suerte que de esa manera fue adoptado por algunos textos legislativos, bajo una concepción minimalista o restrictiva⁵⁸⁸, de modo que en su real dimensión, solo encuentra a la fecha refugio en cierta doctrina, pero no en la ley, por lo menos con el carácter general descrito.

Sin perjuicio de ello, debemos manifestar que, no nos resulta del todo lógico que el legislador, cuya sabiduría debe presumirse libre de toda mácula de duda, haya concebido la naturaleza pérfida e indecorosa que se predica de la sorpresa cuando esta afecta a la voluntad, pilar fundamental del consentimiento, y que, a pesar de ello, la hubiese marginado posteriormente a un único supuesto -que no parece poseer un carácter particular que lo diferencie del resto de actos de naturaleza voluntaria-, sin una justificación clara que diese razón alguna que explique el porqué de brindarle carta de ciudadanía en dicho supuesto, y negársela en otros⁵⁸⁹.

No obstante lo anterior, ateniéndonos a la realidad normativa que suele desprenderse de la mayoría de ordenamientos que han acogido el modelo tricéfalo de los vicios de la voluntad, es decir, circunscribiéndonos a una interpretación *de jure condito*, en rigor, no parece factible lograr recurrir a la figura de la sorpresa como una especie de vicio autónomo que cuente con una proyección general en el ámbito teoría clásica del negocio jurídico.

Sin embargo, lo anterior no niega la posibilidad de que, fundamentándonos en los motivos que hemos venido desglosando, se pueda considerar que esta importante esfinge conceptual pueda llegar a ser residenciada en sede de la disciplina de vicios de la voluntad como una cuestión de *jure condendo*, pues queda claro que el ordenamiento jurídico debe ofrendar mecanismos idóneos para tutelar el consentimiento ante posibles sorpresas que, en razón de su relevancia jurídica, tienen la virtualidad de afectarlo, hasta el punto de transmutarlo en un consentimiento escueto, defectuoso o imperfecto, ya que, de lo contrario, sustentándonos en las palabras que habría sido pronunciadas por el Tribunal Supremo español en una añosa sentencia proferida el 11 de abril de 1872, al ser “una de las bases cardinales de la contratación la buena fé, sería una enorme inmoralidad la de que los Tribunales autorizasen la conversión de la sorpresa en consentimiento”⁵⁹⁰.

Es por virtud de lo anteriormente expuesto que adherimos a las dicentes palabras del profesor argentino IVAL ROCCA en relación con la proyección general de la sorpresa como vicio, según las cuales “esta posición sobre el vicio genérico es valiosa como invocación del ‘deber ser’, pero no se ajusta a lo que ‘legalmente es’”⁵⁹¹, por lo menos hasta ahora, esperando que en el futuro el legislador amplié convenientemente su radio de acción, lo cual, como se

⁵⁸⁸ En relación con la este acogimiento inicialmente restrictivo de la sorpresa por parte de las legislaciones, el doctrinante latinoamericano CARLOS HERNÁNDEZ pone de presente como en Argentina “En general primó el criterio restrictivo (...)” en relación con la figura, lo cual en los últimos años ha cambiado ya que en dicha nación “se planea dar un salto cualitativo reconociendo a la sorpresa como un nuevo vicio de la voluntad en el Derecho Privado.” HERNÁNDEZ, Carlos A. “Hacia la generalización de algunas soluciones del régimen de defensa del consumidor (El diálogo entre el Derecho Común y el Derecho del Consumidor)”, en *Edición homenaje: Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, UNLFCJS, Santa Fe, 2005. pp. 204 y 205.

⁵⁸⁹ Así lo ha puesto de presente el reputado tratadista uruguayo, GUSTAVO ORDOQUI CASTIILLA, quien ha manifestado con gran criterio que, “Resulta también notorio, que si la «sorpresa» es un vicio de un acto determinado, no hay justificación para admitirla como tal respecto de algunos actos y negarla respecto de otros”. ORDOQUI CASTIILLA, Gustavo. *Tratado de Derecho de los contratos*, T III, *op.cit.* pp. 577 y ss.

⁵⁹⁰ *Colección legislativa de España: sentencias del Tribunal Supremo en su Sala Cuarta*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1875. p. 470.

⁵⁹¹ ROCCA, Ival & DUFRECHOU, Roberto. *Nulidad del acto jurídico por “sorpresa”*, *op.cit.* p. 787.

manifestará, cada vez parece ser una situación más tangible, ya que en los últimos decenios se han acogido diferentes disposiciones a nivel internacional que reconocen el potencial perjudicial de la sorpresa respecto a la formación del consentimiento, lo cual ha dado cabida a que se logre dimensionar la sorpresa desde una perspectiva más general y comprensiva.

Ahora bien, llegados a este punto conviene poner de manifiesto que, la proposición que realizamos, esto es, la de representar la sorpresa como un vicio genérico de la voluntad, no se pierde en los dominios de las llanas discusiones dogmáticas o doctrinarias, pues interioriza una cuestión que tiene una gran relevancia desde una perspectiva práctica, pues repercute en lo que podría llamarse ‘la cotidianidad jurídica’, particularmente en aquella de nuestros días.

Al respecto, no puede soslayarse que a lo largo del último siglo el tráfico jurídico, ha sufrido acentuadas mutaciones que han dado lugar a que las relaciones negociales se articulen de formas diversas y más complejas, abriendo campo igualmente a que en ellas se filtren acentuadas asimetrías, todo lo cual ha dado paso al asentamiento de un terreno que resulta más proclive a que en él se exhiban los indignos dominós de la sorpresa. Por tal virtud, en la hora de ahora, se ha convertido una necesidad apremiante que el ordenamiento jurídico pueda contar con instrumentos idóneos para poder, sin tener que acudir al -no del todo convincente- ensanchamiento o ‘estiramiento’, en ocasiones, excesivo, de otras figuras conceptuales, para lograr repeler los efectos perjudiciales que se derivan de la sorpresa.

Es por razón de lo anterior que, en la actualidad se verifica una nueva tendencia doctrinal, por parte de los autores que contemporáneamente han vuelto a retomar el estudio de la sorpresa en el ámbito de los vicios de la voluntad, la cual, dejando a un lado la visión reductiva que caracterizó algunos de los estudios precedentes, se inclina por concebir a la sorpresa como una figura que, al menos teóricamente, se configura como un vicio genérico que puede afectar cualquier acto que sea dirigido por la voluntad⁵⁹².

Así, puede corroborarse que, en un reciente y revelador estudio realizado en torno a la temática relativa a la ‘integridad del consentimiento’, enderezado a ‘imaginar’ o ‘proyectar’ los vicios del siglo XXI, y en el cual se desarrolló un detenido y acucioso estudio entorno a la figura de la sorpresa en el ámbito de los vicios de la voluntad, el profesor de la Universidad de Torino, ALBERTO GIANOLA, puso de presente que “Una vez identificada la sorpresa como un posible defecto de la voluntad con referencia a un particular tipo de acuerdo [imputación del pago], lo lógico hubiera sido preguntarse si podría aplicarse con referencia a cualquier

⁵⁹² Dentro del elenco de autores que han reconocido en la figura de la sorpresa la virtualidad suficiente para llegar a configurarse como un vicio genérico de la voluntad, se encuentra el afamado tratadista uruguayo, GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA, quien observa que “Pensar en la sorpresa como otro vicio de la voluntad lleva a señalar que se entiende que está explícitamente admitida en nuestro Código Civil, para el acto de imputación del pago, y que esta sola circunstancia autorizaría a sostener que las menciones sobre los vicios de los actos jurídicos –dentro del Código– no son de carácter taxativo. Resulta también notorio, que si la «sorpresa» es un vicio de un acto determinado, no hay justificación para admitirla como tal respecto de algunos actos y negarla respecto de otros”. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Tratado de Derecho de los contratos*, T III, *op.cit.* p. 577. Por su parte, en un sentido similar, el autor italiano FLAVIO LAPERTOSA, ha manifestado que la sorpresa integra conceptualmente la naturaleza de un vicio del consentimiento, el cual, sin embargo no se encuentra tipificado en la ley, lo cual lo lleva a concluir que la sorpresa debe ser entendida como un especie de vicio “atípico e incompleto”. LAPERTOSA, Flavio. *La sorpresa nel rapporto obbligatorio*, *op.cit.* 665. De igual forma, el profesor argentino, LUIS LEIVA F. FERNÁNDEZ, en un interesante escrito dedicado exclusivamente al estudio de la sorpresa y su desenvolvimiento en el ámbito de los vicios de la voluntad, determinó que “Concluyo -entonces- que el vicio de sorpresa puede concurrir en cualquier hecho voluntario”. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. *El vicio de la sorpresa en el derecho privado*, *op.cit.* p. 4. Cfr. ROCCA, Ival. *Teoría de la “sorpresa” para la revisión del contrato*, *op.cit.* p. 36; y, COLMO, Alfredo. MAGNE, Martín & WATSON, Andrés J. *Derecho Civil*, El Ateneo, Librería Científica y Literaria de P. García, Buenos Aires, 1921. p. 169.

acuerdo”, siendo este un cuestionamiento al cual, contundente y elocuentemente, daría respuesta indicando que “la afirmación solo podría ser positiva y la sorpresa se hubiera computado como un vicio más de la voluntad junto a los vicios clásicos”⁵⁹³.

De igual forma, es menester señalar que, siguiendo una línea tendencial similar, en los últimos lustros se ha dado paso a la incorporación de instrumentos normativos, aparentemente no del todo concatenados, los cuales se han venido perfilando bajo el designio específico de brindar una tutela legítima para aquellos sujetos que han visto alterado su consentimiento en virtud del ‘elemento sorpresa. En este sentido, no es fortuito que en la actualidad se ha llegado a catalogar a la sorpresa como uno de los ‘nuevos vicios’ de la voluntad, tal como se mencionará con más detalle en líneas posteriores.

En suma, a modo de apretada síntesis de lo que hemos expuesto hasta este punto, podemos decir que logramos verificar cinco grandes argumentos que fungen como sustentáculo a la idea que postula la sorpresa como un vicio genérico de la voluntad, los cuales, en forma resumida, vienen a ser los siguientes: i) *argumento ontológico*: sí, tal como lo hemos venido delineando, la sorpresa se contrapone a la existencia de una voluntad límpida y libre de imperfectos, en línea de principio, será necesario concluir que aquella representa un vicio o imperfecto que lesiona a esta última, y que, por esta vía, la primera puede ser rechazada, y la segunda tutelada; ii) *argumento histórico*: existen claros y reveladores testimonios que dan cuenta que la sorpresa ha tenido un lugar en los confines de la ciencia jurídica, tanto en el ámbito doctrinal, jurisprudencial y legislativo, como un concepto que se contrapone al deseo de una voluntad ideal, los cuales pueden ser rastreados hasta hace más de medio milenio; iii) *argumento psicológico o científico*: de los estudios ofrecidos por la psicología en relación con la sorpresa, se logra individuar que esta tiene la potencialidad para fungir como un vicio en el plano jurídico, pues su presencia logra desarticular el componente del intelecto en el consentimiento; iv) *argumento lógico-sistemático*: sí determinados ordenamientos jurídicos le han otorgado el carácter de vicio de la voluntad a la sorpresa en el marco de la imputación del pago, nada impide que puedan reconocerle dicho carácter en un plano más general y comprensivo; y v) *argumento pragmático-funcional*: el reconocimiento de la sorpresa como vicio de la voluntad traería consigo una legítima tutela y protección de la voluntad en circunstancias en las cuales, a pesar de haberse visto alterada por la presencia de una indeseada sorpresa, podrá no llegar a encajar en la órbita de protección que es suministrada por los demás vicios del consentimiento, abriendo con ello la puerta a la configuración de un supuesto de injusticia y desatención frente al sujeto la padece.

2.4. LA RELACIÓN DE LA SORPRESA FRENTE A LOS VICIOS CLÁSICOS DE LA VOLUNTAD, PARTICULARMENTE FRENTE AL ERROR Y AL DOLO.

Ahora bien, para sustentar este carácter autónomo e independiente de la sorpresa en el plano de la teoría de los vicios de la voluntad, el cual hemos venimos sosteniendo, consideramos conveniente efectuar en este punto un estudio relativo a la relación de conexidad que se predica de la sorpresa con respecto a los vicios ‘tradicionales’ o ‘históricos’ de la voluntad, particularmente con relación al dolo y al error, ya que es con ellos que la sorpresa guarda mayores vínculos de afinidad, lo cual ha llevado a que en ocasiones se presenten confusiones conceptuales, o que inclusive lleguen a ser equiparados, siendo este el

⁵⁹³ Traducción libre. GIANOLA, Alberto. *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, op.cit. p. 103.

motivo por el cual resulta necesario identificar algunas de las notas y elementos más característicos que determinan y singularizan a cada uno de ellos y que permiten que sean diferenciados de la sorpresa.

De este modo, habiendo delineado el carácter general que se le puede atribuir a la sorpresa entendida como una anomalía capaz de llegar a alterar la correcta formación del consentimiento, ahora pretendemos poner de presente que nos encontramos ante una esfinge conceptual cuya significación, proyección, y envergadura no puede subsumirse en el espectro comprensivo de los remedios más tradicionales del dolo, del error y de la violencia, ya que, en rigor, esta cuenta con connotaciones y características propias que exigen una adecuada diferenciación, a su vez que una autónoma conceptualización, pues la sorpresa representa en realidad una figura que, a pesar de compartir un lecho conceptual común, que no idéntico, con los demás vicios, debe ser diferenciada de cada uno de ellos⁵⁹⁴, pues la sorpresa, así de simple, es finalmente la ‘sorpresa’, siendo esta una cuestión que reviste una gran importancia práctica, ya que esta última integra una naturaleza tuitiva más amplia que, en ocasiones, puede llegar a superar los confines a los que se extienden los dominios de los vicios tradicionales.

No obstante, lo anterior no impide que la sorpresa pueda llegar a comulgar con otros vicios, caso en el cual la naturaleza perniciosa que se deriva de la conjunción de los imperfectos se amplifica; piénsese en el caso, de suyo común y habitual, de conductas que además de emplear el engaño, resultan sorprendivas, o de eventos en donde se produce una sorpresa fruto de una representación equívoca de la realidad, o, también, de circunstancias en las que un sujeto, de forma inesperada y sorprendiva, coacciona la voluntad de otro. En todos estos escenarios nos encontramos ante sorpresas que se ven cualificadas en razón de la concurrencia de elementos que caracterizan a los demás vicios de la voluntad, configurándose así una especie de ‘amalgama’ de anomalías que desvirtúan el consentimiento, lo cual podría llevar a considerar que, en estos concretos supuestos la vía para proceder contra tales imperfectos, de suyo más lesivos, podrá llegar a bifurcarse en orden a lograr brindar un mayor grado de protección.

Esta proyección general de la sorpresa que le permite acoplarse con otras anomalías de la voluntad encuentra un claro respaldo en la legislación francesa, puesto que, tanto en su Código Civil como en el caso de su Código de Comercio, en materia societaria, se ha determinado de forma armónica que la nulidad que se deriva por la verificación de un vicio del consentimiento puede ser invocada por la parte del socio “cuyo consentimiento ha sido sorprendido por error, dolo o violencia”⁵⁹⁵, siendo esta una formulación que, desde una perspectiva más general, ya había tenido cabida en el marco de la promulgación del *Code civil* napoleónico⁵⁹⁶, tal y como anotamos en su momento.

⁵⁹⁴ Coincidiendo con la concepción autonómica de la sorpresa que permite entender que esta funge como una causal de anulabilidad del acto jurídico, de la mano de los demás vicios tradicionales, y quienes además se expresan sobre ella como un vicio genérico, los profesores argentinos ALFREDO COLMO, MARTÍN MAGNE, Y ANDRÉS J. WATSON ha afirmado con gran elocuencia que “Hasta ahora sabíamos que los actos jurídicos se anulan por dolo, violencia, error, etc. ; ahora sabemos que también se anulan por ‘sorpresa’”. COLMO, Alfredo. MAGNE, Martín & WATSON, Andrés J. *Derecho Civil, op.cit.* p. 169.

⁵⁹⁵ Artículo 1844-16 del Código Civil y artículo L 235-12 del Código de Comercio francés.

⁵⁹⁶ En el marco de la exposición de motivos del título segundo del libro tercero del Código civil francés, se habría señalado en uno de sus reportes que, dentro de la categoría de acuerdos en relación con los cuales, a pesar de que la ley no refuta expresamente su existencia, pueden llegar a ser rescindidos, se encuentran “les engagements des mineurs, des interdits, des femmes mariées, et ceux surpris par dol, erreur ou violence” (se destaca). Recueil des lois composant le Code civil, Vol V, T III, Chez Rondonneau, Paris, 1804. p. 157. En un

2.4.1. *El error.*

2.4.1.1. *Aspectos generales y elementos característicos*

Hablar del error en sede de los vicios de la voluntad, interioriza una indiscutible dificultad, ya que este representa el paradigma que posee la estructura más compleja y laberíntica, amén que sofisticada, siendo adicionalmente el que cuenta con una proyección más amplia y envolvente -en ocasiones algo gaseosa-, lo que explica que, suela ser al que mayor tratamiento y desarrollo se le otorga, lo que permite considerar que este se instaura en el pináculo mismo de la teoría de los vicios de la voluntad⁵⁹⁷. Muestra fehaciente de lo expuesto en precedencia puede ser hallada en el hecho, de suyo revelador, que un jurista de la talla de FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO haya llegado a afirmar que “sobre la figura del error repercuten, y [son] agigantadas, las dificultades que plantean los problemas centrales del negocio jurídico”⁵⁹⁸, y que, en otro de sus trabajos, señalase que “El error, en cuanto vicio de los contratos, es un punto negro en la ciencia jurídica”⁵⁹⁹.

Al respecto, una simple mirada aproximativa de la literatura jurídica a nivel internacional permite abstraer la relevancia y la complejidad que asume el error, pues no han sido pocos los escritos monográficos de renombrados doctrinantes pertenecientes a diferentes épocas, como también a diversas latitudes, los cuales se han dedicado exclusivamente a desarrollar un acucioso y detenido estudio del concepto en cuestión⁶⁰⁰.

Es por motivo de todo lo anterior que, en las siguientes líneas no pretendemos, en lo absoluto, descender a los espinosos terrenos conceptuales del error, con miras a realizar un profundo y meticuloso análisis sobre el mismo, pues nuestras aspiraciones son mucho más modestas y reducidas, pues únicamente buscamos desarrollar unos lineamientos generales que nos permitan brindar un pequeño atisbo del espectro del este vicio de la voluntad, para así poder posteriormente destacar algunas de las notas que lo relacionan y que lo diferencian con el hermanado concepto de la sorpresa.

De esta forma, siguiendo el norte prefijado por nosotros, podemos señalar que, el error, de conformidad con las precisas palabras del egregio jurista colombiano, FERNANDO

mismo sentido puede comprobarse que el renombrado jurista belga, FRANÇOIS LAURENT, reproduciría con literalidad dichas palabras, así: LAURENT, François. *Principes de droit civil*, T XVI, *op.cit.* 1878. pp. 213 y 214.

⁵⁹⁷ En relación con la trascendencia que imprime el error en los sistemas del *civil law*, el profesor francés, FABRE-MAGNAN, ha puesto de presente que: “L’erreur est sans doute le vice du consentement le plus développé et le plus sophistiqué en droit français”. FABRE-MAGNAN, Mauriel. *Droit des obligations*, T I, puf, Paris, 2016. p. 368.

⁵⁹⁸ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho civil de España*, Vol III, *op.cit.* p. 102.

⁵⁹⁹ Afirmación la cual es acompañada de las siguientes palabras de tan ilustre jurista: “Uno de los más oscuros, que ha resistido y sigue oponiendo resistencia a los denodados esfuerzos de la doctrina para encajarlo razonablemente en la sistemática jurídica y lograr resultados justos en la práctica”. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. “De nuevo sobre el error en el consentimiento”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 41. N° 2, 1988. p. 403.

⁶⁰⁰ Entre algunos ejemplos pueden destacarse las siguientes obras, CARATHÉODORY, Alexandre. *De l’erreur en matière civile d’après le droit romain*, Typographie Charles Noblet, Paris, 1860; PIETROBON, Vittorio. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1999; BARCELLONA, Pietro. *Profili della teoria dell’errore nel negozio giuridico*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1962; MORALES MORENO, Antonio Manuel. *El error en los contratos*, *op.cit.*; y MACMILLAN, Catharine. *Mistakes in contract law*, Hart Publishing, Oxford, 2010.

HINESTROSA, en líneas generales, puede ser definido como la “discrepancia entre el concepto y la realidad, tener por cierto lo que no lo es, o por falso lo que es cierto, disconformidad entre el hecho y la idea que se tiene de él”⁶⁰¹. En tal sentido, nos encontramos frente un escenario en el cual, como consecuencia de una falsa o defectuosa representación, de concretas y relevantes circunstancias, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva, se da lugar a una construcción equivoca de la realidad, la cual altera la percepción de elementos cardinales para la formación de la voluntad negocial, quebrantando así la unidad de un mutuo consentimiento⁶⁰².

En este punto es pertinente señalar que, siguiendo la distinción que en su momento desarrollaría el renombrado jurista germano del siglo XIX, FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, doctrinariamente se ha solido distinguir entre el rotulado ‘error obstativo’, ‘error obstáculo’ o ‘error impropio’, el cual concierne a la configuración de una inconsciente discrepancia o divergencia entre la voluntad que es declarada y aquella voluntad que era realmente entendida⁶⁰³, y el ‘error propio’ también denominado como ‘error motivo’ o ‘error vicio’, el cual se presenta cuando existe una voluntad que, a pesar que su manifestación guarda una plena concordancia con la intención que la antecede, se construye imperfectamente en razón de la equívoca representación de la realidad, distinción la cual, es menester señalarlo, cada vez tiende más a desvanecerse en el panorama jurídico internacional.

Sin perjuicio de la anotación anterior, por nuestra parte nos enfocaremos en la proyección del concepto como vicio de la voluntad, la cual, por lo demás, es la que resulta más connatural a la idea genérica del error en el ámbito jurídico.

2.4.1.2. *Su relación con la sorpresa y las notas que los diferencian*

El error, se ha articulado dentro de la teoría de los vicios con cierta particularidad, puesto que, a diferencia de lo que acontece con el dolo y con la violencia, que suponen del engaño y la coacción, en el caso de este, en rigor, no es posible encontrar un elemento de ilicitud que le imprima una naturaleza de suyo reprobable. A su turno, puede decirse que se diferencia igualmente de tales imperfectos, pues, en lo que concierne a la evaluación relativa a verificación de una alteración o mutación de la voluntad, se circunscribe en la órbita exclusiva de quien lo padece, sin perjuicio que el papel desempeñado por la contraparte también podrá ser tenido en consideración para determinar la procedencia de la protección que brinda el ordenamiento ante la presencia de este vicio⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, T II, *op.cit.* p. 943.

⁶⁰² LACRUZ BERDEJO, José Luis, LUNA SERRANO, Agustín & DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Elementos de derecho civil*, T II, Librería Bosch, Barcelona, 1977. pp. 53-55. No obstante, debe tenerse en consideración que, así como lo ha puesto de presente GIUSEPPE STOLFI, de llegar a adoptarse al pie de la letra, y sin dar lugar a excepción alguna, una fórmula de una naturaleza tan abierta como la que fue descrita precedentemente, “difícilmente habrían negocios válidos, porque muy frecuentemente alguien los celebra estando convencido, pero se equivoca, de que las cosas estuviesen tal como las había imaginado”, razón por la cual se han adicionado una serie de requerimientos de naturaleza normativa para delimitar el espectro de una definición tan amplia y comprensiva. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*, *op.cit.* p. 134.

⁶⁰³ Sobre el ‘error obstativo’ y su diferenciación con el ‘error vicio’, véase con interés: BARCELLONA, Pietro. *Profili della teoria dell’errore nel negozio giuridico*, *op.cit.* pp. 95 y ss; y ALBALADEJO, Manuel. “Invalididad de la declaración de voluntad”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 10, No° 4, 1957. pp. 998-1002.

⁶⁰⁴ Sobre la particular disciplina del error como vicio, el reconocido profesor de la Universidad de Boloña, MASSIMO FRANZONI, ha manifestado que “L’errore si differenzia concettualmente e per la disciplina

Desde esta perspectiva, puede encontrarse un punto de convergencia entre la sorpresa y el error, ya que ambos encierran la idea de un vicio cognitivo que trastoca la voluntad del sujeto que los padece (*errans*, o el sorprendido o *dēprehēnsus*), enfocando su atención en ello, es decir, en la imperfección intelectual. Sin embargo, lo cierto es que, en el caso de la sorpresa, en línea de principio general, la conducta que desempeña la otra parte reviste también trascendencia y relevancia en el marco de la evaluación y determinación del vicio de la voluntad, lo cual se debe a que la proscripción de los efectos perniciosos que se predicen de esta última en este ámbito no solo se enraízan en una concepción voluntarista, sino que, en adición, encuentra un claro y robustecido sustentáculo en el terreno de la moralidad, puesto que, esta figura también incorporará un juicio de reproche, posiblemente más atenuado que en el caso del dolo y de la violencia.

En este sentido, quien con su actuación da lugar al surgimiento de una sorpresa perjudicial en cabeza de su co-contratante, la cual resultaba razonablemente previsible para aquel, y no puso en marcha actuación alguna, idónea y concordante con una adecuada diligencia, enderezada a prevenir la posible eclosión de dicha sorpresa, actúa de forma desleal y en evidente discordancia con los lineamientos que son determinados por la buena fe, particularmente desde su cosmovisión objetiva.

De este modo, puede evidenciarse que, desde un plano inicial e introductorio, la sorpresa encuentra una distinción con el error por virtud del fundamento mismo que justifica su estructuración como una de las epifanías que se proyectan de la teoría general de los vicios de la voluntad, ya que, en su caso, esta cuenta con un sustento binario que le otorga un mayor espectro, a su turno que una cimentación más estable. En efecto, la incorporación de un juicio de reproche a la ecuación, atempera la necesidad de acudir a implementación de rigurosos requerimientos que se exigen en el caso del error, los que, en ocasiones, se articulan desde una perspectiva moral, para evitar que se dé cabida a una aplicación del error sustentada únicamente en la esfera psicológica, la cual podría llevar a que se desafíase la estabilidad de la seguridad jurídica⁶⁰⁵.

Al margen de lo señalado, la distinción conceptual entre la sorpresa y el error, en ciertos escenarios, no es del todo sencilla, particularmente si se tiene en consideración el amplio espectro que se le ha atribuido a este último, pues si se entiende en un sentido amplio, en las fronteras del error pueden ser reconducidas, en gran medida, las manifestaciones fenomenológicas que adulteran la libre volición de los sujetos, esto es, los que históricamente se han denominado como ‘vicios de la voluntad’.

Al respecto, no debe olvidarse que POTHIER en su momento habría calificado al error como “el más grande de los vicios de las convenciones”⁶⁰⁶, mientras que, por su parte, más contemporáneamente, algún sector llegó a sostener que, en rigor, el único vicio de la voluntad

dalgi altri vizi. Concettualmente l'errore è l'unico vizio che investe in via esclusiva la sfera de la parte dichiarante, mentre per la violenza e per il dolo occorre valutare la susistenza di un fattore estraneo al soggetto: chi minaccia o comunque incute timore e chi raggira inducendo la parte dichiarante in errore”. FRANZONI, Massimo. “Il contratto annullabile”, in *Il contratto in generale*, T VII, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002. p. 234. En el mismo sentido: DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, T I, *op.cit.* p. 177, e HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, T II, *op.cit.* pp. 945 y 946.

⁶⁰⁵ FLOUR, Jaques, AUBERT, Jean-Luc & SAUVAUX, Eric. *Les obligations: I. L'acte juridique* *op.cit.* pp. 190 y 191.

⁶⁰⁶ Traducción libre. POTHIER, Robert Joseph. *Traité sur différentes matieres de droit civil*, T I, *op.cit.* p. 11.

es el error⁶⁰⁷. No en vano, como se expresará con posterioridad, tradicionalmente se ha llegado a interiorizar que la categoría del dolo, entendido como anomalía que afecta la formación contractual, representa en realidad una suerte de ‘error’ cualificado o individualizado por el engaño.

Sin perjuicio de ello, pese a la dificultad de expresarlo, y sin que guardemos pretensión alguna enderezada a desconocer la indiscutida extensión del campo comprensivo que se desprende del error como vicio, creemos que, así como sucede con el dolo, la sorpresa cuenta con notas propias y distintivas que la caracterizan e individualizan, las cuales reclaman una necesaria y oportuna diferenciación frente a este otro vicio, tal como ha sido evidenciado por un importante sector de la doctrina⁶⁰⁸, puesto que, de lo contrario, se estaría dando lugar a un injustificado, amén que inconveniente, cercenamiento conceptual de esta última figura.

Es por motivo de lo anteriormente expuesto que debemos señalar que, si bien existen puntos en los cuales estas figuras conceptuales puedan llegar a relacionarse o entrelazarse, y que, inclusive, en ciertos eventos puedan llegar a amalgamarse en una misma anomalía contractual, lo cierto es que no consideramos conveniente circunscribir el espectro de la sorpresa al marco conceptual del error, llegando a sostener, como algún autor señaló en su momento que, cuando se alude a la sorpresa lo que realmente hay en el fondo es una remisión al error⁶⁰⁹, así como tampoco nos resulta indicado concebir que con el acogimiento de la figura de la sorpresa el error perderá relevancia, pues son supuestos que deben ser diferenciados y abordados de forma autónoma e independiente.

En efecto, cuando se habla del error, en esencia, se alude a la existencia de un yerro que comete el sujeto cuya voluntad se ve afectada y que lo lleva a celebrar un acuerdo que, desde su perspectiva, interiorizó un equívoco⁶¹⁰ el que se verifica por la discordancia entre la falsa representación que se asienta en la nebulosa cognoscitiva de aquel sujeto, de una parte, y la realidad objetiva, de la otra⁶¹¹, razón por la cual, puede decirse que, el error llama o convoca a la idea de una inexactitud o desacierto, es decir, implica la verificación de ‘una equivocación en relación con un elemento de la operación negocial’⁶¹². Desde esta perspectiva, para que un error pueda llegar a tener lugar se requiere primero de la existencia de un conocimiento, esto es, de una representación, o una suerte de ‘opinión’, que, a pesar de

⁶⁰⁷ Según expresa profesora MAURIEL FABRE-MAGANAN, solo el error puede ser concebido, en estricto sentido, como vicio del consentimiento, ya que, en su opinión, el dolo y la violencia serían vicios del comportamiento FABRE-MAGNAN, *De l’obligation d’information dans les contrats*, LGDJ, 2014. p. 284.

⁶⁰⁸ LAPERTOSA, Flavio. *La sorpresa nel rapporto obbligatorio*, op.cit. p. 663. GIANOLA, Alberto. *L’integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, op.cit. p. 102.

⁶⁰⁹ Para la segunda mitad del siglo XIX, ALEXANDRE CARATHÉODORY, en su monografía intitulada ‘*De l’erreur en matière civile*’, puso de presente que, en su opinión, cuando el legislador francés habló de ‘sorpresa’ en el artículo concerniente a la imputación del pagom incluye dentro de ese concepto el del error sin otorgarle un efecto particular o diverso. En este sentido, según expresó este autor: “Tout ce qu’il a voulu dire, « c’est a que la quittance dans laquelle le créancier a ima puté ce qu’il a reçu sur une des dettes spécialea ment, que cetle quittance que le débiteur a consenti à recevoir, établit une présomption d’acquiescement du débiteur à l’imputation qui a été faite, sauf à lui à prouver qu’il a été victime d’une erreur, et que, par conséquent, il y a là défaut de consentement et d’acquiescement”. CARATHÉODORY, Alexandre. *De l’erreur en matière civile d’après le droit romain*, op.cit. p. 287.

⁶¹⁰ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, op.cit. pp. 730 y 731.

⁶¹¹ SAVIGNY. *Sistema del diritto romano attuale*, citado por HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, T II, op.cit. p. 943.

⁶¹² CARBONNIER, Jean. *Droit civil: les obligations*, op.cit. p. 110.

ser equívoca, es real y específica, pues no se puede errar respecto a aquello que no se conoce en lo absoluto⁶¹³.

En este sentido, el eximio, y siempre recordado, profesor de la Universidad de Salamanca, MARIANO ALONSO PÉREZ, acompañado por su acostumbrada precisión, recuerda en sus extensas y acuciosas anotaciones de la obra del profesor italiano, VITTORINO PIETROBON, que el error “supone una voluntad falsificada o viciada por una inexacta representación de la realidad, *pero al fin representación (...) quien yerra, conoce, pero defectuosamente*”, a lo cual posteriormente adiciona, “El error, en calidad de vicio intelectual que incide sobre una realidad fáctica o jurídica, supone un *conocimiento imperfecto, pero real y concreto*, siendo por tanto incompatible con la incertidumbre (...)” (se destaca)⁶¹⁴.

Por el contrario, la sorpresa, *stricto sensu*, no precisa de la existencia de un yerro o equivoco que altere o perturbe el estado cognitivo para que la misma pueda llegar a configurarse, así mismo tampoco requerirá de la necesaria comprobación de una determinada y falsa representación que se enraíza en la psique del sujeto y que termina por repercutir defectuosamente en su voluntad. En tal sentido, pueden existir eventos o circunstancias que, a pesar de no haber sido representadas en un modo preciso y determinado, o que, incluso, eran totalmente desconocidos, pueden llegar a engendrar una sorpresa que vicia el consentimiento al configurarse como acontecimientos inesperados o imprevistos que trastocan la voluntad real del sujeto que ha sido sorprendido: en estos eventos existirá sorpresa digna de rechazo, pero no error propiamente entendido.

En efecto, según lo ha puesto de presente, con claridad adamantina, el analítico profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, ÁNGEL CARRASCO PERERA, para que tenga lugar un error como vicio de la voluntad, “Tiene que existir, pues, una determinada *representación* de un estado de cosas que es incorrecta por no ajustarse a la *realidad*. Esto es importante, porque *si no existe ninguna representación precisa de la realidad, no puede hablarse de error, por mucho que la realidad resulte una u otra, incluso por mucho que resulte inesperada si las cosas se hubiesen considerado en el momento de contratar*” (se destaca)⁶¹⁵.

Por tal virtud, en el ámbito del error, de ordinario, no suelen concebir como elementos adecuados para satisfacer el carácter significativo o determinante de este mismo, las posibles expectativas que, de forma aislada y subjetiva, y sin que hubiesen llegado a trascender de forma palmaria al acuerdo contractual, hubiese llegado a albergar el sujeto que se ha visto afectado por tal imperfección cognitiva⁶¹⁶, circunstancia que, por el contrario, si encontraría un asidero en el ámbito de la sorpresa en donde las expectativas que el sujeto en particular se

⁶¹³ En este sentido, los prestigiosos profesores franceses HENRI MAZEAUD, LEÓN MAZEAUD, JEAN MAZEAUD, y FRANÇOIS CHABAS, al definir el concepto de error, pusieron de presente que el mismo consiste en “avoir une opinion contraire à la réalité”. MAZEAUD, Henri, Mazeaud, León, Maezaud, & Jean, CHABAS, François. *Leçons de Droit civil: T II, Vol I, obligations*, Montchrestien, Paris, 1988. p. 158.

⁶¹⁴ PIETROBON, Vittorino. *El error en la doctrina del negocio jurídico*, Traducción y extensas anotaciones por MARIANO ALONSO PÉREZ, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971. pp. 499 y 500. Por su parte, en relación con la necesidad de una concreta representación, el reconocido profesor francés, JACQUES GHESTIN, ha manifestado que “l’erreur suppose une inadéquation entre la représentation intellectuelle que sa fait l’un des contractans d’une qualité substantielle de la chose objet du contrat, d’une par, et la réalité, de autre part”. GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: la formation du contrat, op.cit.* p. 455.

⁶¹⁵ CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010. pp. 273 y 274.

⁶¹⁶ LÓPEZ FRÍAS, María Jesús. “El error en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos” en *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Atelier, 2011. p. 181.

hubiese llegado a forjar, siempre que resulten razonables, serán meritorias de especial protección.

Así pues, desde el un punto de vista fenomenológico, en lo que concierne a aquel escenario en el que se interioriza un desconocimiento que puede alterar la voluntad, el sujeto no cae en equívoco alguno, pues no asume por cierto aquello que en realidad es falso, o como falso algo que realmente es verdadero, ya que para ello requeriría de un determinado entendimiento que, fungiendo como una suerte de antesala, abriese el camino a la posibilidad de caer en un error, en este supuesto, en realidad, la construcción cognitiva del sujeto en relación con el acuerdo se ve alterada por el acaecimiento sorpresivo de un evento respecto al cual no contaba con una representación específica⁶¹⁷: ignoraba por completo su existencia. En otras palabras, la mutación de la imagen y la proyección que se tenía del negocio, la cual se genera como consecuencia de la comprobación de una circunstancia objetiva la cual se ignoraba, producirá en el sujeto sorpresa y desazón, y no propiamente la idea de haber caído en un error, siendo entonces esta, y no aquel, la verdadera alteración psicológica que, en estas circunstancias, deberá generar una respuesta por parte del ordenamiento.

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo anteriormente expuesto, debemos reconocer que un importante sector ha solido visualizar en el error una especie de receptáculo en el cual puede verterse el contenido conceptual que se desprende de la ignorancia, lo que implica que en un sentido técnico y jurídico puedan haber errores que no hayan sido precedidos por concretas representaciones o expectativas sino que se origina como consecuencia de la ignorancia⁶¹⁸, -tal como acontece, por vía de ejemplificación, en el caso de desconocimiento de determinadas cualidades del objeto del acuerdo negocial-⁶¹⁹.

No obstante lo anterior, por nuestra parte, respetuosamente consideramos que tal interpretación no logra entroncar correctamente con la dimensión semántica y filosófica que se predica del error⁶²⁰, ya que este, en *stricto senso*, requiere de la existencia de una determinada representación, mientras que la ignorancia, se caracteriza por la carencia de tal

⁶¹⁷ En opinión del doctrinante italiano FLAVIO LAPERTOSA, la sorpresa de la que alude el artículo 1195 del Código Civil italiano (el cual regula la imputación del pago en cabeza del acreedor), no se equipara a un error, es decir, de una falsa representación de la realidad, sino más bien de una declaración negocial emotivamente perturbada y priva de una valoración adecuada que le permita ser considerada como ‘plenamente consciente’. LAPERTOSA, Flavio. *La sorpresa nel rapporto obbligatorio*, *op.cit.* p. 663.

⁶¹⁸ FRANZONI, Massimo. *Il contratto annullabile*, *op.cit.* p. 232.

⁶¹⁹ Sobre este supuesto el reconocido jurista italiano VITTORIO PIETROBON, al entrar a abordar el papel que puede desempeñar la ignorancia en la formación del error, suministra un ejemplo en que puede llegar a configurarse un supuesto de error conformado por una ignorancia sin que la preceda una concreta representación. Al respecto el renombrado profesor señala que “Può esservi una falsa rappresentazione di qualità non esistenti, ma anche l’ignoranza di qualità esistenti: Si ricordi l’esempio di chi vende un vecchio violino senza sapere che si tratta di uno Stradivarius: in tal caso il venditore può essere arrivato a disconoscere la qualità della cosa in seguito a un giudizio di conoscenza, ma è più facile il caso che egli non abbia fatto nessuna valutazione del genere, e ignori, puramente e semplicemente, quella provenienza che incide sul valore del bene”. PIETROBON, Vittorio. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, *op.cit.* p. 332.

⁶²⁰ Así lo habría puesto de presente en su momento el ilustre jurista colombiano GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, quien observa que “en el campo filosófico, el error propiamente dicho difiere de la ignorancia, por cuanto el primero implica siempre una oposición entre el concepto y la realidad, al paso que la segunda se caracteriza por la ausencia del concepto”, sin embargo afirma posteriormente que “en el terreno jurídico la ignorancia es y debe ser equiparada al error, especialmente cuando se trata de proteger la autonomía de la voluntad privada porque esta queda amenazada no solamente por las ideas falsas de los agentes, sino también por la ignorancia de estos”. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, & OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, *op.cit.* p. 187.

elemento, siendo este el motivo por el cual algún sector ha considerado conveniente abogar por distinguir ambos conceptos, siendo un claro ejemplo de ello el afamado jurista italiano, y referente internacional en la materia, PIETRO BARCELLONA, quien ha concluido que “el problema de la ignorancia, incluso a la luz del derecho positivo, parece posicionarse sobre un plano diverso a aquel propio del error”⁶²¹.

Desde esta perspectiva, podría señalarse que, en razón de lo anteriormente expuesto -y sin pretender llegar a equiparar la sorpresa con la ignorancia, pues ambas son figuras conceptuales diversas-, podría llegarse a afirmar que, en concretas circunstancias la protección de la voluntad que habría sido dibujada por una ignorancia inculpable y legítima podría encontrar un mejor fundamento, y explicarse de mejor modo, a la luz de la figura de la sorpresa que en aquella que se desprende del error.

Ahora bien, otra distinción que puede avizorarse entre el error y la sorpresa, puede ser hallada en el hecho que, para la configuración del primero, en línea de principio general, se requiere de un comportamiento del sujeto que yerra en la formación del mismo, piénsese simplemente en el ejemplo clásico de quien compra un objeto pensando que era oro cuando en realidad lo que estaba adquiriendo era cobre, en este supuesto la elección equivocada que da lugar a la configuración del vicio representa el comportamiento positivo por parte del *errans*, mientras que, en el caso de la sorpresa ello no necesariamente acontece, ya que esta última puede llegar a configurarse incluso en los eventos en los que el sujeto sorprendido desempeñó un papel pasivo en puridad.

Un ejemplo paladino de lo anterior puede ser hallado precisamente en el caso de la imputación del pago que es realizada por parte del acreedor y que se torna sorpresiva, el cual, cabe recordar, representa el histórico paradigma de la figura de la sorpresa. En este supuesto el deudor únicamente ha contribuido con su silencio, es decir, con la abstención de la realización de la imputación, y es el acreedor quien decide sobre cual deuda erogar el pago.

Así pues, difícilmente podría hablarse en este supuesto de una representación errónea por parte del deudor que vulnera su voluntad, puesto que, en línea de principio general, para que se verifique la configuración de un equívoco se torna necesario que a aquel le anteceda una posibilidad de una elección, y en este caso, dicha elección en cabeza del deudor brilla por su ausencia, pues es el acreedor quien la realiza, y es por ello que puede decirse que la voluntad del primero, en lo que al error respecta, permanece incólume, lo cual no obsta para que la misma pueda ser alterada y vulnerada en virtud de su carácter sorpresivo, el que, insistimos, puede presentarse incluso estando frente a un comportamiento exclusivamente pasivo del sujeto sorprendido. Es precisamente por virtud de lo anteriormente expuesto que, los artículos que siguieron la fórmula napoleónica al encunar los vicios en el campo de la imputación del pago por parte del acreedor, aluden al dolo, a la sorpresa, e incluso a la violencia, pero no al error⁶²².

Ahora bien, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, no debe desconocerse que es posible comprobar circunstancias en las cuales el error y la sorpresa se amalgaman afectando

⁶²¹ Apartándose de una importante corriente doctrinal, BARCELLONA indica que “l’ignoranza assoluta, appunto perchè per definizione consiste nell’assoluta mancanza di rappresentazione, e di conseguenza esclude di per sè ogni questione connessa con la traduzione in termini di espressione rappresentativa della realtà, non può mai determinare effetti analoghi a quelli propri dell’errore, nè dar luogo allo stesso problema pratico”. BARCELLONA, Pietro. *Profili della teoria dell’errore nel negozio giuridico*, op.cit. pp. 91 y ss.

⁶²² BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las obligaciones*, op.cit. p. 137.

conjuntamente la voluntad contractual⁶²³. En estos casos, sin embargo, la conjunción de ambos elementos no desvirtúa la posibilidad de inclinarse por un rechazo de la sorpresa, ni tampoco puede considerarse que la presencia de esta anomalía desaparece bajo la sombra del error, puesto que, como bien lo ha expresado el profesor argentino IVAL ROCCA, “Si se actúa por ‘sorpresa’ y se hace nacer un error, de suyo, el vicio imperante no será el error derivado de la ‘sorpresa’, sino la ‘sorpresa’ misma, que dio lugar al error. El distingo es importante, porque mientras [que,] si el vicio es de ‘sorpresa’ solamente es exigible acreditar ésta, para el caso de que el vicio invocado sea el error, será preciso probar la existencia y caracteres de este último”⁶²⁴.

Una afirmación similar ya habría sido realizada, siglos atrás, en el marco del *common law*, por parte del afamado juez norteamericano JOSEPH STORY, quien, en sus *Commentaries on equity jurisprudence* señaló que, “Los casos de sorpresa, mezclados con un error de derecho, *se apoyan en un fundamento propio e independiente de la doctrina general*. En tales casos, los acuerdos o actos son desconocidos e imprevistos, y sin la debida deliberación; y, por lo tanto, se consideran inválidos, según el principio común adoptado por las cortes de equidad, para proteger a aquellos que no pueden protegerse a sí mismos, y de los cuales se obtiene una ventaja indebida” (se destaca)⁶²⁵.

2.4.2. *El dolo.*

2.4.2.1. *Aspectos generales y elementos característicos*

En lo que respecta al ‘dolo’, debe señalarse en primer término, que esta es una noción que convoca una pluralidad de acepciones que, en ocasiones, interiorizan conceptos de diversa naturaleza y que impactan en terrenos no del todo colindantes entre sí⁶²⁶. Sin embargo, en líneas generales, el término en cuestión suele atribuírsele principalmente dos significaciones en el ámbito del Derecho civil: por un lado refiere a la nociva y reprochable intencionalidad en la inejecución de una obligación, y, por el otro, hace alusión al comportamiento insidioso que se encuentra enderezado a que otro sujeto otorgue un consentimiento en un modo que no lo habría hecho de no haber intercedido ninguna conducta engañosa (*dolo in contrahendo*), será esta última concepción en la que enfocaremos nuestro interés en esta ocasión, pues en ella se engloba la idea de un verdadero imperfecto, o, si se prefiere, de un vicio de la voluntad.

Así las cosas, en el ámbito al cual nos hemos circunscrito, por dolo tradicionalmente se ha entendido aquel conjunto de actuaciones y omisiones antijurídicas que, contraponiéndose a la rectitud, honestidad, y a la buena fe, se emplean malintencionadamente con el propósito

⁶²³ Parte de la doctrina italiana ha considerado que habrán supuestos de errores que pueden ser reconducidos hacia la sorpresa, ello bajo el entendido que estos llegasen a ser reconocibles para el sujeto que adquiere una ventaja por la materialización de la sorpresa. En este sentido, BIGIAMI, Walter. *Dolo e «sorpresa» nell'imputazione dei pagamenti*, *op.cit.* p. 100 y BELLELLI, Alessandra. *L'imputazione volontaria del pagamento*, *op.cit.* p. 88.

⁶²⁴ ROCCA, Ival. *Teoría de la “sorpresa” para la revisión del contrato*, *op.cit.* p. 92.

⁶²⁵ Traducción libre. STORY, Joseph. *Commentaries on equity jurisprudence*, *op.cit.* p. 149.

⁶²⁶ Como consecuencia de esta naturaleza anfibia que se desprende del dolo, la cual, como se anotó, permite que de él se derive una pluralidad de significaciones no del todo coincidentes, ha llevado a que autores, tal como el profesor argentino de la Universidad Católica de Córdoba, JORGE A. CARRANZA, lo califiquen como una ‘voz equívoca’. CARRANZA, A. Jorge. “El dolo-vicio de la voluntad en el Derecho civil argentino”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 26, N° 2, 1973. p. 587.

de llevar a que otro sujeto, a través del engaño, declare una voluntad que, de no haber intercedido tales artilugios, no habría manifestado, o, cuanto menos, lo habría hecho en un modo diferente (dolo incidente). De esta forma, puede evidenciarse que, en el fondo, aquella alteración de la voluntad que se substrahe del dolo se cristaliza igualmente en la producción de una falsa representación de las cosas que se origina en cabeza de quien lo padece, motivo por el cual, suele concebirse que este desemboca en un supuesto de error, el que, no obstante, se ve cualificado, pues no resulta fortuito o espontáneo, sino que es inducido por una actuación o comportamiento exógeno⁶²⁷ a través del engaño, la trampa y el ardid⁶²⁸. Cabe destacar que esta última sería la formulación recogida por parte de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PELC), pues en ellos expresamente se habría definido la conducta dolosa como la producción engañosa de una falsa representación.

No obstante lo anterior, a diferencia de lo que puede predicarse del simple error, el dolo trae consigo un elemento adicional, un *plus*, en el cual ‘carga su acento’, que se encuentra conformado por la insidia⁶²⁹ que lo individualiza y que le otorga autonomía tanto metodológica como conceptual⁶³⁰, permitiéndole trastocar la validez del negocio, incluso en aquellos eventos en los cuales un mero error no lo consentiría, brindándole así un marco de acción más amplio y comprensivo, pues es justo que quien ha sido víctima de un engaño indecoroso encuentre auxilio por el ordenamiento, con independencia de la relevancia o de la posible ‘excusabilidad’ del error en el que haya caído⁶³¹. Ya decía el preminente literato

⁶²⁷ La jurisprudencia italiana ha sido clara al determinar que la ‘diferencia ontológica’ que se verifica entre la figura del error y aquella del dolo consiste en que la falsa representación de la realidad que altera el proceso formativo de la voluntad es endógena a la propia voluntad en el caso de la primera, mientras que, en la segunda es exógena, toda vez que la misma es reconducible a la conducta del otro contratante, motivo por el cual, en el caso del error la valoración debe realizarse teniendo en consideración la conducta de la parte que es víctima del mismo, mientras que, en el caso del dolo será necesario corroborar la conducta -activa u omisiva- del *deceptor* para determinar si la misma efectivamente llevó al *deceptus* a celebrar el contrato. Al respecto, véase Corte de Casación Civil italiana, sentencia n° 16663 del 19 de junio de 2008.

⁶²⁸ Sobre el particular se ha pronunciado con claridad el profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha, ÁNGEL CARRASCO PERERA, señalado que “Dolo es sinónimo de insidia, de engaño, en la fase de formación del contrato. Pero su patología como vicio de la voluntad no procede del desvalor que merece esta conducta del agente, sino de que la misma ha servido para captar la voluntad del engañado”. CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de contratos, op.cit.* p. 331. Así mismo, puede señalarse que, entre algunos de los autores que definen el dolo como el error causado intencionalmente por el engaño, se encuentran, entre otros más: GHESTIN, Jaques. *Traité de droit civil, la formation du contrat, op.cit.* p. 522 y 523; ROPPO, Vincenzo. *Il contratto, op.cit.* p. 760; y STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico, op.cit.* p. 147. Por su parte, dentro del maro doctrinal portugués, el reconocido profesor ANTONIO MENENZES CORDEIRO, individua el dolo como una ‘modalidad específica del error’. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português: parte general*, T I, Livraria Almedina, Coimbra, 1999. p. 548.

⁶²⁹ El Tribunal supremo español, en sentencia proferida en el año 1981, dejando en claro que la nota característica e inherente del dolo es el engaño, afirmó que: “la noción de dolo carga su acento, en cualquiera de sus formas, en la conducta ‘insidiosa’ (art. 1269 del Código civil) del agente”. Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, sentencia del 26 de octubre de 1981 (RJ 1981/4001).

⁶³⁰ En opinión de los profesores FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER, YVES LEQUETTE y FRAÇOIS CHÉNEDÉ, el dolo más que ser concebido como un vicio debe ser entendido como ‘la causa de dicho vicio’. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, & CHÉNEDÉ, François. *Droit civil: les obligations, op.cit.* p. 334.

⁶³¹ Sobre el particular, el renombrado profesor de la Universidad de Nápoles, LUIGI CARIOTA FERRARA, desarrolla una distinción entre la esfera psicológica y aquella jurídica del dolo como vicio invalidante de la voluntad, en tal sentido explica que si bien desde el terreno psicológico el dolo necesariamente debe producir un error, ello desde un plano jurídico no resulta necesario pues el error se ver revestido por requerimientos técnicos adicionales, y, por tal virtud, expresa que, de interpretarse de otro modo, “sarebbe stato inutile

MIGUEL DE CERVANTES que, “Cuando el valiente huye, la superchería está descubierta”⁶³², queriendo expresar con ello que, en los eventos en los cuales el dolo esté presente, incluso al más gallardo le será lícito emprender una retirada.

En efecto, cuando referimos al dolo en la esfera de la formación del consentimiento, nos encontramos ante una anomalía que tiene una clara e intrínseca connotación peyorativa, amén que ilícita, pérfida y maliciosa, lo que explica que suela concebirse como un concepto portador de un alto componente antijurídico, ya que, a través del engaño, la artimaña, el artificio, y ardid, subyuga y vulnera la voluntad negocial⁶³³, siendo así una entidad conceptual que invoca y encarna la idea más amplia y general de la ‘mala fe’⁶³⁴.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto puede señalarse que, para que exista dolo se requerirá de la estricta conjunción de dos requisitos o elementos de diversa naturaleza: uno material u objetivo el cual consiste en el empleo de artificios, disimulos, maniobras, maquinaciones, estratagemas, entre otras conductas más de una índole similar, y otro psíquico o subjetivo que se ve representado por la intención de engañar por parte del sujeto que se vale de tales artimañas (*animus decipiendi*)⁶³⁵.

2.4.2.2. Su relación con la sorpresa y las notas que los diferencian

A diferencia de lo que se predica del error, en el caso del tratamiento del dolo como vicio el énfasis, más que en el aspecto psicológico concerniente a la mutación o deformación de la voluntad, se encuentra en la sanción de una conducta insidiosa y reprochable, lo cual, sin embargo, no implica que los factores concernientes a la alteración de la voluntad no revistan relevancia en el caso de este vicio, lo que ocurre es que son llevados a un segundo plano⁶³⁶.

configurare il dolo como vizio autonomo; sarebbe stato, d’altro canto, illogico e ingiusto non dare rilievo al dolo come tale o ridurlo nei confini dell’ errore”. CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico*, op.cit. p. 547. En relación con la necesaria distinción que debe realizarse entre dolo y error como vicios, véase igualmente DISTASO, Nicola. *I contratti in generale*, T I, UTET, Torino, 1980. pp. 192-195.

⁶³² DE CERVANTES SAVEDRA, Miguel. *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, T V, Oficina de D.R Aguado, Madrid, 1836. p. 83.

⁶³³ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*, T III, op.cit. p. 619, KÖTZ, Hein & PATTI, Salvatore. *Diritto europeo dei contratti*, Giuffrè Editore, Milano, 2005. p. 342. Al respecto, el italiano NICOLA DISTASO, ha señalado que “Il dolo è anzitutto un elemento psicologico antigiuridico (...)” DISTASO, Nicola. *I contratti in general*, op.cit. p. 198. Por su parte, esclareciendo el modo en que el concepto genérico de dolo compagina en el ámbito de la formación de la voluntad contractual, DIEZ PICAZO explica que, en términos generales, puede afirmarse que el dolo, en lo que respecta a este ámbito particular, puede concebirse como “una serie de actos antijurídicos utilizados por una persona para obtener como resultado que otra emita el consentimiento necesario para la formación del contrato”. DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, T I, op.cit. p. 170. Una descripción similar es ofrecida por CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico*, op.cit. p. 546.

⁶³⁴ CARBONNIER, Jean. *Droit civil: les obligations*, op.cit. pp. 81 y 82. Por su parte, el renombrado comercialista italiano, FRANCESCO GALGANO, ha manifestado que la forma en que el artículo 1439 del Código civil italiano alude al dolo incidente y califica como contratante ‘de mala fe’ a quien se vale de aquel, permite avistar un empleo sinonímico entre el concepto de mala fe y el de dolo. GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto civile*, V II, CEDAM, Padova, 2009. pp. 358-359. En un sentido similar, CASTAN TOBEÑAS, expresa que, en un sentido amplio y de suyo general, el dolo es una palabra “sinónima de mala fe”. CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral*, op.cit. p. 460.

⁶³⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis, LUNA SERRANO, Agustín & DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Elementos de derecho civil*, op.cit. p. 63. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*, op.cit. p. 150.

⁶³⁶ En lo tocante al juicio de reproche que caracteriza al dolo frente a los otros vicios, con su acostumbrada lucidez, FEDERICO DE CASTRO ha señalado que: “la mecánica del dolo, en cuanto vicio de la

Al respecto, a pesar del enfoque voluntarista que preponderó al momento de la incorporación normativa de la teoría de los vicios del consentimiento, debe recordarse que ya en el Derecho romano se desprendía una visión del dolo con una proyección inclinada hacia el terreno de la moralidad, puesto que, en este escenario histórico, como respuesta a la verificación del dolo se daba lugar a una sanción en beneficio de quien lo padecía liberándolo del cumplimiento de su obligación con la llamada *exceptio doli*, sin que se debiese tener en consideración si la conducta dolosa habría llegado a viciar o no el consentimiento⁶³⁷.

En virtud de lo anterior, puede predicarse la existencia de un lineamiento similar ente el dolo y la sorpresa en el plano de los vicios de la voluntad, por cuanto, en ambos supuestos, *mutatis mutandis*, se interioriza un juicio de reproche en razón del sello de deslealtad que, tanto el uno como la otra, portan consigo. Sin embargo, esta afirmación debe ser objeto de una cierta matización, puesto que, es claro que la intensidad del grado de reproche varía de un caso al otro, así, en el supuesto de la sorpresa, si bien existe un componente de deslealtad por la falta de conformidad con la buena fe -entendida a partir de su proyección más amplia y comprensiva-, este será sustancialmente inferior al que se predica del dolo, el cual extrema el nivel de inmoralidad a punto tal de llegar a hacerle culto a la mala fe, no en balde, dentro del catálogo de los vicios de la voluntad -tanto clásicos como ‘modernos’-, este último se postra en el peldaño más elevado de la perfidia y del reproche⁶³⁸.

Siguiendo esta línea argumentativa, se comprueba que existe una diferenciación de naturaleza teleológica entre estos dos conceptos, por cuanto, mientras que en el caso del dolo es la actuación de quien engaña, y no propiamente la consideración de la alteración de la voluntad del sujeto que es engañado, la que adquiere un mayor relieve⁶³⁹, pues el propósito final que se persigue es el de la proscripción de la conducta inmoral, en el caso de la sorpresa el enfoque se invierte, puesto que, a pesar de que en ella convergen dos fundamentos enderezados tanto a la protección del consentimiento (psicológico), como a la proscripción de la deslealtad contractual (moral), la consideración del sujeto sorprendido es la que adquiere mayor relevancia, bajo el entendido que, es la alteración de la voluntad la que representa el elemento medular o nuclear de la ecuación para la conformación de este vicio, lo que, a todas luces, imprime en la figura un carácter más tuitivo que punitivo o sancionador, sin que por ello se desconozca el juicio de reproche que la misma suele incorporar.

voluntad, se diferencia en su misma raíz de las propias del error y del miedo. En estos dos últimos se tiene en cuenta sólo la situación de quien declara (ha caído en error, está amedrentado); en el dolo, la atención se centra en el carácter reprochable del actuar insidioso de quien induce a la declaración”. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho civil de España*, Vol III, *op.cit.* p. 149. Véase igualmente FLOUR, Jaques, AUBERT, Jean-Luc & SAUVAUX, Éric. *Les obligations: I. L’acte juridique*, Sirey, Paris, 2014. p. 213.

⁶³⁷ LARROUMET, Christian, & BROS, Sarah. *Traité de droit civil, les obligations le contrat*, T III, *op.cit.* pp. 291 y 294. Al respecto de la inclinación sancionatoria que caracteriza el rechazo del dolo como vicio, los profesores CHRISTIAN LARROUMET y SARAH BROS anotan que la única explicación que puede ser hallada para la exclusión de la sanción del dolo que es cometido por un tercero se encuentra en la idea de ‘punción-reparación’ que individualiza a tal vicio, pues si se tratase únicamente como un vicio del consentimiento, el resultado debería ser el mismo sea que provenga de una parte contratante o de un tercero.

⁶³⁸ Al respecto los distinguidos profesores franceses JACQUES FLOUR, JEAN-LUC AUBERT y ÉRIC SAUVAUX, han puesto de presente que, entre “les vices du consentement, le dol est ainsi celui dont l’origine délictuelle se retrouve le plus nettement dans le droit contemporain”. FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc & SAUVAUX, Éric. *Les obligations: I. L’acte juridique*, *op.cit.* p. 213.

⁶³⁹ El afamado jurista francés, GEORGES RIPERT, en su memorable obra ‘*La règle morale dans les obligations civiles*’, ponía de manifiesto que, en el caso del dolo, la atención del juez deberá enfocarse en la actuación de quien ha engañado más que en lo que respecta al consentimiento de quien ha sido engañado. RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*, *op.cit.* p. 87.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, debe decirse que la cuestión relativa a la conexidad o interrelación que se predica de la sorpresa con el dolo, históricamente no ha resultado del todo pacífica o lineal, ya que, desde una perspectiva, tanto semántica como gramatical, otrora las voces ‘dolo’, ‘engaño’ y ‘sorpresa’ solían emplearse de forma indistinta, casi sinonímica, en los antiguos textos, siendo ello una clara herencia que se derivó del estrecho ligamen que de estos términos existió en el ámbito castrense, lo cual generó como consecuencia que esta marca vinculación entre los conceptos fuese receptada en sede jurídica, dando paso a que los confines conceptuales que permiten separar y distinguir a la sorpresa respecto al dolo, fuesen nublados y no resultasen del todo claros o perceptibles.

Al respecto, cabe señalar que, al confrontarse algunas de las traducciones a la lengua francesa de ciertos textos iusnaturalistas escritos originalmente en latín, puede verificarse que la locución latina ‘*dolus*’, en determinadas ocasiones era importada al francés como ‘sorpresa’, lo cual no deja de llamar la atención pues también se traducía, incluso más frecuentemente, como ‘*dol*’, siendo esto un factor que contribuiría a la conformación de este ‘revoltijo conceptual’.

Sin perjuicio de lo anterior, el asunto concerniente a esta oscura interrelación terminológica no debe ser percibido como una cuestión que únicamente atiende a un ‘arcaico pasado’, pues los vestigios de aquel se verían igualmente reflejados con posterioridad al mismo movimiento codificador del siglo XIX, en donde la sorpresa y el dolo ya habrían sido acogidas por los textos normativos (imputación del pago) de forma independiente y separada, lo cual se comprueba por el hecho que, la mencionada confusión terminológica igualmente se encontraría presente en algunos de los estudios de los autores pertenecientes a la escuela pandectística, pudiendo verificarse que incluso para tal época se llegó a afirmar que la sorpresa representa un “sinónimo absoluto de fraude”⁶⁴⁰.

En un sentido similar, puede comprobarse que esta -no del todo clara- vinculación entre el dolo y la sorpresa, también se replicaría en nuestros tiempos, pues no es extraño que al definirse el primero suela hacerse alguna alusión a la segunda⁶⁴¹, lo cual parece ser fruto de la marcada influencia de las obras de los legendarios juristas franceses DOMAT y POTHIER, quienes, sustentándose en definición romana del ‘*dolus malus*’ que había suministrado el jurisconsulto LABEÓN en su momento, por medio de la cual introduce una pluralidad de locuciones, más o menos equivalentes o semejantes, con las cuales propugna por ampliar el espectro del dolo al punto de lograr aglutinar en él cualquier manifestación maliciosa⁶⁴², al expresar que “*dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad*

⁶⁴⁰ Así se puso de presente al comentar el artículo 1255 del Código de napoleón, en TEULET, Alexandre & D’AUVILLIERS. *Les codes français annotés*, Au Bureau du Journal du Palais, Paris, 1847. p. 372.

⁶⁴¹ Así, simplemente a modo de ejemplo, puede corroborarse que, al entrar a estudiar el concepto de dolo como vicio de la voluntad, el renombrado profesor español LUIS DIEZ PICAZO, sustentándose en la jurisprudencia española, lo definió en un sentido amplio como “todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena”. DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol I, *op.cit.* p. 170. En similar sentido se habrían pronunciado los distinguidos profesores colombianos GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA, quienes afirman que “el dolo consiste en cualquier maquinación, trampa, artificio o astucia encaminados a sorprender a la víctima (...)”. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, & OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, *op.cit.* p. 210. Cfr. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, & CHÉNEDÉ, François. *Droit civil: les obligations*, *op.cit.* p. 336

⁶⁴² DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *De nuevo sobre el error en el consentimiento*, *op.cit.* p. 149.

circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitiam" (D. III, III, I, II)⁶⁴³, incorporarían en la definición y descripción que realizarían del dolo en sus conspicuos trabajos, llamativas y expresas referencias a la sorpresa.

En efecto, en el introito a su estudio sobre el dolo, DOMAT, siguiendo las palabras de LABEÓN, llegó a expresar que "Llamamos dolo, *toda sorpresa*, fraude, astucia, fingimiento, y toda otra malvada forma de engañar a alguien" (se destaca), siendo esta una definición que encontraría un claro acogimiento por parte del auditorio jurídico, llegando a ser reproducida, de una u otra manera, tanto doctrinal como jurisprudencialmente⁶⁴⁴. De lo expuesto en pretendencia, se puede evidenciar que, el empleo del vocablo gálico 'surprise' por parte de DOMAT se introduce como una traducción de la expresión '*circumveniendum*' -también referida como *circumventio*- que incorpora LABEÓN en su definición del '*dolus malus*'. Esta voz latina, -que aún en la actualidad encuentra tipificación expresa en el ordenamiento jurídico italiano en el ámbito penal (*ciconvenzione di incapace*, artículo 643 de su Código penal)- proviene del verbo *circumvenire*, que se desarticula en *circum* (circundar, cercar) y *venire*, aludiendo con ello al evento en que se circuye o se rodea por todos los flancos a través de algún artificio, disimulo o de una estratagema, particularmente en el ámbito militar, tomando así desprevenido a su enemigo, y se describía empleando las locuciones de 'sorpresa' y de 'engaño'⁶⁴⁵.

Por su parte POTHIER, en cuyas obras se evidencia una marca indeleble del pensamiento de DOMAT, después de manifestar que por dolo se entiende 'toda suerte de artificios' con los que se emplean para engañar a otro, pondría de presente que: "Cuando una de las partes se ha obligado a contratar por el dolo de la otra, el contrato no es absoluta y esencialmente nulo, porque un consentimiento, aunque haya sido *sorprendido*, no deja de ser un consentimiento; pero este contrato es vicioso, y la parte que ha sido *sorprendida* puede, en el plazo de diez años, mediante la toma de cartas de rescisión, hacerlo rescindir, *porque es contrario a la buena fe que debe estar presente en los contratos*" (se destaca)⁶⁴⁶. Así pues, de la lectura de esta descripción inicial que POTHIER suministra del dolo, pareciera desprenderse que el vicio se materializa cuando el consentimiento de una de las partes ha sido sorprendido y por tal virtud aquella parte que ha sido víctima de una sorpresa puede solicitar un remedio, el cual viene a ser el de la rescisión.

Siguiendo esta línea de cosas, resulta ciertamente llamativo que, en los escritos de estos dos célebres juristas, los cuales servirían como la indiscutida base estructural sobre la cual se edificaría gran parte de la codificación decimonónica, y con ella, la tipificación de la teoría de los vicios de la voluntad, en sus descripciones introducía al concepto de dolo como imperfecto del consentimiento negocial, se le otorgue un importante protagonismo a la figura de la sorpresa. Sin embargo, no creemos que las lúcidas mentes de tan ilustres exponentes

⁶⁴³ GOTHOPREDO, Dionysio. *Corpus Iuris Civilis, in III partes distinctum, op.cit.* col. 111.

⁶⁴⁴ DOMAT, Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, T I, *op.cit.* p. 154. Por su parte, el Tribunal Supremo español, en del 27 de enero de 1988 (RJA 151) habría descrito el dolo como toda "astucia, falacia o maquinación empleada para *sorprender*, engañar o defraudar al otro".

⁶⁴⁵ HULSIANI, Levinus. *Dictionarium latino-germano-gallico-italicum*, Typis Wolfgangi Hofmanni, Francofurti, 1561. p. 49. La voz latina '*circumventio*' ha sido definida en castellano como "El acto de engañar ó sorprender á uno". DE VALBUENA, Manuel. *Diccionario universal latino-español*, Imprenta Real, Madrid, 1826. p. 146. Lo mismo puede evidenciarse, en el ámbito de la lexicología anglosajona, en BOYER, Abel. *Dictionnaire royal françois et anglois*, T I, Chez Adrian Moetjens, La Haye, 1702. *s/p*.

⁶⁴⁶ Traducción libre. POTHIER, Robert Joseph. *Traité sur différentes matieres de droit civil*, T I, *op.cit.* p. 17.

del Derecho, albergasen confusión alguna en relación con los términos ‘dolo’ y ‘sorpresa’, principalmente por dos motivos: i) de la lectura de otros apartados de las enjundiosas obras de estos juristas, tal como hemos podido poner de manifiesto en el presente trabajo, se evidencian reveladoras alusiones a la sorpresa que parecen imprimirle un carácter individual y autónomo, no necesariamente coligado al dolo, y ii) a partir de un estudio semántico se puede corroborar que, pese a la cierta equivalencia que se le solía otorgar a estos conceptos, ya de antaño se concebía que la sorpresa individuaba aquellos eventos en los que se hace caer con cierta habilidad, aprovechándose, sea de las circunstancias o sea de la falta de atención para distinguir lo verdadero de lo falso, que se predicen del sujeto que es sorprendido, mientras que, en el caso del engaño, se entendían comprendidas aquellas circunstancias en las cuales se empleaba el disfraz o el enmascaramiento para darle una apariencia verdadero a aquello que es falso, razón por la cual se señalaba para entonces que “parece que sorprender marca más particularmente algo que induce el espíritu en error” mientras que “engañar alude claramente a cosas que lesionan la probidad y la fidelidad”⁶⁴⁷.

La cuestión no resulta en lo absoluto baladí, particularmente si se tiene en consideración que, conforme al tenor literal de la originaria disposición del artículo 1109 del Código civil francés, en el cual se articula la teoría de los vicios del consentimiento, la alusión del dolo como imperfecto de la voluntad no se hace de forma aislada pues en el se determinó que el consentimiento no será válido si fue ‘*sorprendido por dolo*’⁶⁴⁸, expresión que, si bien desapareció con la moderna reforma que se realizó en materia de obligaciones y contratos en Francia para el año 2016, continúa estando presente en una pluralidad de ordenamientos cuyas codificaciones se inspiraron en la originaria fórmula napoleónica. De igual forma, debe señalarse que, esta interrelación normativa entre el dolo y la sorpresa no puede reputarse únicamente como un problema del pasado, siendo testimonio de ello el hecho que, en la propuesta de anteproyecto de reforma del Código civil francés presentada por el reconocido jurista, y profesor emérito de la Universidad *Panthéon-Assas*, PIERRE CATALA, se definió el dolo como “el hecho de un contratante de *sorprender el consentimiento* del otro por intermedio de maniobras o mentiras” (de destaca)⁶⁴⁹.

Siguiendo esta línea de cosas, es menester señalar que, si se llegase a optar por una lectura exegética de la inscripción ‘*sorprendido por dolo*’, esta llevaría a concebir que, en realidad, el vicio que se incorpora es el de la sorpresa, solo que se delimita al evento en el cual, además resulte dolosa (supuesto de suyo similar a la idea que se englobaba con la *circumveniendum*), o, bajo una interpretación menos textual del enunciado, podría llegarse igualmente a una discutible conclusión de que el dolo, para ser vicio, debe ser sorpresivo, es decir debe efectivamente ‘*sorprender el consentimiento*’ de quien es engañado, lo que termina por desembocar en el debate en torno a la cuestión enderezada a determinar si es un requisito la

⁶⁴⁷ Traducción libre. GIRARD, Gabriel. *Synonymes français, leurs différentes significations, et le choix qu’il en faut faire pour parler avec justesse*, Chez Le Breton, Paris, 1741. pp. 314 y 315. En un sentido similar, puede consultarse en castellano MARCH, J. *Sinónimos de la laguna castellana*, Imprenta de Antonio y Francisco Oliva, Barcelona, 1834. pp. 157 y 158.

⁶⁴⁸ El artículo 1109 del Código napoleónico rezaba del siguiente modo: “Il n’y a point de consentement valable, si le consentement n’a été donné que par erreur, ou s’il a été extorqué par violence ou surpris par dol”. *Code Napoléon: édition originale et seule officielle, op.cit.* p. 201.

⁶⁴⁹ Anteproyecto Catala Art. 1113. “Le dol est le fait pour un contractant de surprendre le consentement de l’autre par des manœuvres ou des mensonges”. *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, 22 setembre 2005.

inexcusabilidad del dolo, ofrendando un argumento que apoyaría una respuesta afirmativa de la misma⁶⁵⁰.

Ambos supuestos interpretativos, en nuestra opinión, resultan sumamente inconvenientes, ya que tanto el uno como el otro le arrebatarían la autonomía al dolo como vicio de la voluntad, o, cuanto menos, delimitarían sus alcances, siendo este el motivo por el cual estimamos que el alcance que debe atribuírsele a la expresión ‘sorprendido por dolo’, es el de considerar que la sanidad o la pulcritud del consentimiento negocial puede verse adulterada por la materialización de una sorpresa que, cual ‘Caballo de Troya’, porta en sus entrañas el engaño, la mala fe y la enemistad⁶⁵¹. En este supuesto, tal como lo señalaremos más adelante, nos encontraremos a la postre de una conducta dolosa que sobredimensiona su naturaleza lesiva en razón del carácter sorpresivo que se le atribuye, tornándola todavía más perniciosa y repudiable, lo cual, sin embargo, no desvirtúa la autonomía e independencia conceptual que se predica de estas dos figuras, ello bajo el entendido que, en este supuesto lo que se verifica es una superposición de dos anomalías las cuales, si bien, en esencia, son distintas, pueden llegar a comulgar en determinadas circunstancias.

Ahora bien, al margen de lo expresado en pretensión, la cuestión adquiere una connotación diversa cuando se tiene en consideración la llamativa fórmula adoptada por el codificador francés, y receptada posteriormente por diversas legislaciones, a propósito de la regulación del supuesto de la imputación del pago realizada por parte del acreedor, en donde la conjunción de los conceptos de dolo y de la sorpresa es intercedida por la adjunción de un conector disyuntivo -una simple ‘o’ que todo lo cambia- por mor del cual, se torna inexorable considerar que el legislador francés, guiado por su acostumbrada sabiduría, concibió a la sorpresa y al dolo como esfinges conceptuales diversas, descartando la posibilidad de entenderlas como figuras sinonímicas, o que la primera representa una subcategoría de la segunda, una especie de quimera conceptual que se articula como el espectro de un dolo ‘menor’ o ‘atenuado’, puesto que, interpretaciones en tal sentido llevarían a considerar que la explícita y meditada adición de la sorpresa en esta disposición normativa representa una incorporación estéril o simplemente ornamentaria, estructurándose así como una infructuosa oda al pleonismo y la redundancia⁶⁵².

⁶⁵⁰ La doctrina, que parece ser la mayoritaria -particularmente en Italia-, se ha inclinado por concentrar la atención en la idoneidad del engaño y del ‘nexo de causalidad’ entre este y la estipulación del contrato, más que en la idea de una exigencia de previsión o diligencia, esto es, de la inexcusabilidad del error inducido, en cabeza del sujeto que fue víctima de la conducta dolosa. CEPPI, Fabrizio. *Il dolo nei contratti*, Cedam, Padova, 2001. p. 133; BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*, T III, *op.cit.* pp. 621 y 622; y GALLO, Paolo. *Il contratto*, *op.cit.* p. 755 y 756. Dentro de los autores que esgrimen una opinión diferente se puede destacar a HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, T II, *op.cit.* p. 1031.

⁶⁵¹ Al respecto, el renombrado tratadista uruguayo JORGE GAMARRA -quien ha sido el único de los autores que hemos podido corroborar que ha dedicado algunas líneas al estudio del papel que desempeña la sorpresa dentro de la fórmula que introdujo el legislador francés, y que habría receptado posteriormente el uruguayo, para sancionar los vicios del consentimiento y en la cual se emplearía la expresión ‘sorprendido por dolo’-, considera que a diferencia de lo que puede predicarse de la sorpresa a la que se alude en el escenario de la imputación del pago, la cual se configura como una figura autónoma, en lo que respecta al artículo 1269 del Código Civil uruguayo la misma debe ser entendida “como el resultado (efecto) del dolo, esto es, con un sentido equivalente al del engaño logrado”, afirmando seguidamente que “Cuando la actividad dolosa es apta para provocar el error de la víctima, ésta resulta sorprendida por el dolo”. GAMARRA, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*, T XII, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999. p. 202.

⁶⁵² Al respecto, el autor italiano ANDREA RODEGHIERO ha manifestado que, “una volta inserito nel contesto di un enunciato normativo in giustapposizione al dolo, per ciò stesso la sorpresa non puo voler dire allargamento del concetto e della figura del dolo”. RODEGHIERO, Andrea. *L'imputazione del pagamento*,

En este sentido, el renombrado jurista italiano, ALBERTO TRABUCCHI, quien se ha mostrado partidario por considerar a la sorpresa y al dolo como figuras conceptuales con connotaciones diversas, en su acreditada obra *‘Il dolo nella teoria dei vizi del volere’*, ha sido contundente al poner de presente que “El reconocimiento legislativo, realizado en el artículo citado [art. 1275 C.civ] de los efectos de la sorpresa, mencionada al lado del dolo, no puede querer representar un alargamiento del concepto y de la figura del dolo”, puesto que, en su opinión, “En realidad, si se le debe dar una interpretación que excluya el pleonasma -del cual sería difícil traer una argumentación en cualquier sentido- se deberá tener en cuenta [que] (...) la ley ha extendido su tutela hasta los eventos en los que, incluso solo con la mala fe, y sin que intervenga un engaño, se acompañe la emisión del recibo con una imputación no conveniente para el deudor que ha pagado”⁶⁵³.

Al respecto, imperiosa mención debe hacerse en este punto al artículo 1479 del Código civil de Uruguay, el cual -tal y como pudimos corroborar en el capítulo primero-, no se limitó a reproducir con literalidad absoluta la formulación del artículo 1222 del Código civil francés, sino que incorporó una modificación verdaderamente llamativa y significativa, pues determinaría que, en caso de la imputación del pago realizada por parte del acreedor, el deudor no podrá solicitar una imputación diversa ‘a no ser que haya mediado dolo o, *al menos, sorpresa*’. En este caso, la partición conceptual se torna más que evidente, en la medida que la inclusión de la expresión ‘al menos’ constituye una muestra adamantina de la distinción terminológica que tenía en mente el legislador, permitiendo evidenciar, además, que son supuestos que se encuentran en escaños diversos en lo que respecta a la graduación de su componente nocivo y perjudicial, siendo entonces la sorpresa un *minus* frente al dolo, el cual es, a todas luces, más pernicioso y destabilizador que aquella⁶⁵⁴.

En suma, la sorpresa no puede ser equiparada al dolo, lo cual no solo encuentra acierto en la lógica misma que se desprende de la formulación disyuntiva de ‘dolo o sorpresa’ que fue adoptada a nivel internacional por el Derecho positivo en el ámbito de la imputación del pago, sino que, además, halla un claro fundamento teleológico, pues son figuras conceptuales que cuentan con propósitos, caracteres, y rasgos inocultablemente diversos. Al respecto, debemos afirmar que, la sorpresa, en el ámbito de la formación del consentimiento, se centra en una deformación imprevista de la voluntad, mientras que el enfoque que direcciona el rechazo del dolo se reconduce, primordialmente, al reproche de una conducta insidiosa que

op.cit. p. 115. Por su parte, comentando el artículo 775 del precedente Código Civil de Argentina, la doctrinante argentina LILIANA NOEMÍ VANNI observa que “la palabra ‘dolo’ se encuentra separada de ‘violencia’ por una coma y esta última de la palabra ‘sorpresa’ por la conjunción disyuntiva ‘o’. Se trata, por lo tanto, de un enunciado de distintas opciones, todas las cuales acarrear la misma consecuencia”. VANNI, Liliana Noemí. *La sorpresa como vicio de la voluntad*, *op.cit.* p. 99.

⁶⁵³ Traducción libre. TRABUCCHI, Alberto. *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, *op.cit.* p. 469, nota 2.

⁶⁵⁴ Conforme lo ha manifestado el afamado tratadista uruguayo, JORGE GAMARRA, “Aquí no puede haber dudas que las expresiones ‘dolo’ y ‘sorpresa’ no son sinónimas; la ley las enumera como dos entidades diferentes e incluso matiza una graduación entre ellas, al señalar en primer término al dolo, y luego, como a una figura de menor entidad (‘al menos’) la sorpresa. La expresión ‘al menos’ significa que si no ha mediado dolo, puede, sin embargo, haber sorpresa. Tanto dolo, como sorpresa, tienen aquí la misma trascendencia; se trata de dos causas diferentes que permiten impugnar la imputación de la paga”. GAMARRA, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*, *op.cit.* pp. 202 y 203.

termina por alterar la voluntad del sujeto engañado (*deceptus*)⁶⁵⁵, siendo entonces supuestos disimiles que requieren de una insoslayable diferenciación.

Es precisamente por motivo de lo anterior que, la posición mayoritaria de los autores que han abordado la temática de la sorpresa, tanto en el caso de la doctrina decimonónica⁶⁵⁶ como también sucede con la más contemporánea⁶⁵⁷, se han inclinado reconocer una clara diferenciación entre esta figura y aquella del dolo, por cuanto consideran que, para que se dé lugar a la configuración de la primera, a diferencia de la que acontece con la segunda, no se configura como un requisito inexorable la presencia de una conducta fraudulenta o engañosa.

Siguiendo esta línea de ideas, es dable afirmar que, para que pueda hablarse de dolo *stricto sensu* se torna indispensable la verificación de un engaño, el cual constituye el elemento nuclear, la *primarii lapidis* sobre la cual se edifica el entero cuerpo conceptual del dolo en el escenario de la formación del consentimiento, representado así el requisito *sine qua non* puede llegar a materializarse una conducta de tal índole y naturaleza⁶⁵⁸, el que, por lo demás, debe configurarse en modo intencionado, esto es, debe existir el propósito de engañar (*animus decipiendi*) o cuanto menos, según una corriente más moderna, una consciencia de la existencia del engaño por parte del sujeto activo (*deceptor*)⁶⁵⁹, sin que se

⁶⁵⁵ Según ha afirmado el distinguido profesor de la Universidad Católica de Valparaíso, ANTONIO MANUEL MORALES, “La razón por la cual se protege al contratante que padece de un dolo no es la falta de voluntad, sino la ilicitud de la conducta del otro contratante”. MORALES MORENO, Antonio Manuel. “Los vicios de la voluntad”, en *Bases de un Derecho contractual europeo*, tirant lo Blanch, Valencia, 2003. p. 149.

⁶⁵⁶ Entre algunos ejemplos véase: TOULLIER, Charles Bonaventure Marie. *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, T VII, *op.cit.* 1819. pp. 249 y 250; AUBRY, Charles & RAU, Charles. *Cours de droit civil français*, T III, *op.cit.* p. 167, nota 9, ROGRON, Joseph-André. *Código Napoléon explicado*, *op.cit.* p. 1412, LAROMBIÈRE, Léobon. *Théorie & pratique des obligations*, *op.cit.* pp. 424 y 423; RIPERT, Georges & BOULANGER, Jean. *Traité de droit civil: d'après le traité de Planiol*, T II, *op.cit.* p. 567; MARCADÉ, Victor-Napoléon. *Explication théorique et pratique du Code*, *op.cit.* p. 53; PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*, T II, *op.cit.* p. 169; FERRAROTTI, Teonesto. *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, *op.cit.* p. 469; CATTANEO, Vincenzo. *Il Codice civile italiano annotato*, *op.cit.* p. 939; CANGIANO, Saverio. *Lezioni di diritto positivo secondo il Codice per lo Regno delle due Sicilie*, Vol II, *op.cit.* p. 572; y ROCCA, Adriano. *Biblioteca del diritto o repertorio ragionato di legislazione e di giurisprudenza*, Vol VI, Parte II, *op.cit.* p. 514.

⁶⁵⁷ LAPERTOSA, Flavio. *La sorpresa nel rapporto obbligatorio*, *op.cit.* pp. 663 y 664; GIANOLA, Alberto. *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, *op.cit.* p. 102; RODEGHIERO, Andrea. *L'iputazione del pagamento*, *op.cit.* p. 115; BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*, *op.cit.* p. 567; CHESSA, Corrado. *L'Adempimento*, *op.cit.* 137; ROCCA, Ival. *Teoría de la “sorpresa” para la revisión del contrato*, *op.cit.* pp. 58 y 59; ROCCA, Ival & DUFRECHOU, Roberto. *Nulidad del acto jurídico por “sorpresa”*, *op.cit.* pp. 800; y 801; VANNI, Liliana Noemí. *La sorpresa como vicio de la voluntad*, *op.cit.* pp. 94 y ss.

⁶⁵⁸ Con claridad adamantina, el profesor español LUIS DIEZ PICAZO, ha puesto de presente que “La nota central del concepto de dolo aplicada al momento de la formación contractual (dolo *in contrahendo*) es la insidia”. DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol I, *op.cit.* p. 170. Por su parte, la jurisprudencia española, según memora el profesor JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, ha concebido que el dolo se “caracteriza por ser producto de la ausencia, la maquinación o el artificio empleados para engañar al otro contratante”. LACRUZ BERDEJO, José Luis, LUNA SERRANO, Agustín & DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Elementos de derecho civil*, T II, *op.cit.* p. 64.

⁶⁵⁹ PALAZÓN GARRIDO, María Luisa. “El dolo como vicio del consentimiento”, en *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Vol I, Civitas, 2016. p. 1223.

requiera, en adición, la verificación de una intención de dañar o de generar un perjuicio (*animus nocendi*)⁶⁶⁰.

Al respecto, puede decirse que, resulta tan acentuada la relevancia que interioriza el engaño en los terrenos conceptuales que comprende el dolo en el ámbito de la teoría de los vicios de la voluntad que, algún sector de la doctrina italiana ha llegado a considerar más adecuado acudir al término ‘*raggiro*’ -el cual evoca la idea del engaño-, como la fuente verdadera que da lugar al imperfecto del consentimiento, que al dolo propiamente concebido⁶⁶¹. Esta visión parecería haber sido acogida expresamente por el legislador francés en el ámbito del consumo, tal como puede comprobarse con la lectura del artículo L 441-1 de su *Code de la consommation*, en el cual se dispone que, estará prohibido que cualquier persona “engañe o intente de engañar al contratante”.

Por su parte, la sorpresa, correctamente concebida, no requiere del empleo de maniobras, artificios, disimulos, omisiones o manipulaciones, que se encuentren reflexivamente enderezados hacia la consecución de un engaño, el cual se estructura con el propósito de llevar a que la parte afectada manifieste una voluntad imperfecta⁶⁶², ya que esta puede configurarse por el simple acaecimiento de situaciones imprevistas e inesperadas que portan consigo un perjuicio para uno de los sujetos, las cuales, a pesar de no haber sido orquestadas maliciosamente por el otro sujeto de la relación, no fueron diligentemente prevenidas por parte de este último, cuando ello, conforme a los cánones que se desprenden de la buena fe y de la lealtad contractual, resultaba razonablemente exigible, lo cual se predica de este modo en aras de evitar la constitución de una injusta situación de debilidad en cabeza de la parte sorprendida.

Por mor de todo lo señalado en precedencia, es posible afirmar que la sorpresa, en puridad, carece de los elementos estructurales necesarios para la conformación de un dolo⁶⁶³, siendo por lo tanto una figura que detenta una naturaleza menos perjudicial y pernicioso que aquella que se predica del segundo, cuya pérftida connotación no tiene parangón, puesto que,

⁶⁶⁰ MORALES MORENO, Antonio Manuel. “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 35, Nº 3, 1982. pp. 635 y 636, y GHESTIN, Jaques. *Traité de droit civil, la formation du contrat*, op.cit. p. 527 y 528.

⁶⁶¹ Dentro de los partidarios de esta tesis se encuentra el reconocido profesor italiano GIORGIO DE NOVA, quien sobre el particular ha expresado que: “Il termine dolo è ambiguo, perché indica talora il carattere intenzionale della condotta illecita, e talora il raggiro. I termini con più significati dovrebbero essere evitati; perciò preferiremo indicare il dolo che vizia il consenso con il termine raggiro”. SACCO, Rodolfo, & DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*, op.cit. p. 548. Siguiendo la misma línea argumentativa, el profesor PAOLO GALLO, señala que, en procura de brindar una mejor distinción con relación a las dos concepciones primarias del dolo, “il dolo che vizia il consenso può anche essere qualificato raggiro; in questa prospettiva il raggiro è pertanto il fatto che vizia il consenso”. GALLO, Paolo. *Il contratto*, op.cit. p. 749.

⁶⁶² Así lo habría puesto de presente con suma precisión el renombrado jurista francés GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE, quien en su momento habría afirmado que “La surprise diffère du dol, en ce qu’elle ne suppose pas, comme ce dernier, l’emploi de *manoeuvres* destinées à induire le débiteur en erreur. C’est une question de fait que celle de savoir s’il y a eu ou non surprise”. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Précis de droit civil*, T II, Librairie du Recueil Général des Lois et des Arrêts, Paris, 1892. p. 755. Cfr. CATTANEO, Vincenzo. *Il Codice civile italiano annotato*, op.cit. p. 939.

⁶⁶³ En este sentido, consideramos acertada la afirmación del profesor argentino BOFFI BOGGERO, de conformidad con la cual “como el dolo en cuanto vicio de la ‘voluntad jurídica’ es la reunión de esos elementos o no es dolo con ese alcance, los otros casos, aun tratándose de maquinaciones -que no se dan en la sorpresa, como dijimos-, no constituyen dolo. De ahí que no nos parezca procedente mencionar la sorpresa como una especie de dolo (que por lo visto, carecería de la totalidad de los elementos necesarios para configurar el género), o que se le considere como un dolo de menor cuantía, etcétera”. BOFFI, Boggero. Luis María. *Tratado de las obligaciones*, op.cit, p. 138.

tal y como señalamos precedentemente, este no se esquilda en la simple ausencia de la buena fe, sino que cristaliza en una acentuada y connotada mala fe⁶⁶⁴, razón por la cual evoca un grado más elevado de censura y desaprobación, pues personifica la insidia e interioriza la más alta traición, es por ello que, atribuyéndole las palabras que DANTE le asignó al teratológico GERIÓN (símbolo del engaño), el dolo puede ser descrito como aquella “fiera con la cola aguzada, que traspasa los montes y abate los muros y las armas”, es aquella fementida bestia que “corrompe al mundo entero”⁶⁶⁵.

Al respecto, cabe memorar en este punto que -aunque ya fue una temática que abordamos con mayor detenimiento en el primer capítulo de este trabajo, y al cual nos remitimos-, en el escenario del antiguo Derecho anglosajón, la figura de la sorpresa en un inicio fue receptada únicamente cuando aquella se encontrase acompañada por el fraude, lo cual, sin embargo, habría cambiado con el tiempo, ya que en este sistema terminó por acogerse una concepción autónoma de la sorpresa, concibiéndose que la misma podría llegar a configurarse incluso en los eventos en los que no se hubiesen verificado conductas engañosas o fraudulentas.

Ahora bien, todo lo anteriormente expuesto no implica que la sorpresa no pueda tener relación alguna con la conducta dolosa, ya que esta última puede conseguirse con el empleo de un elenco variopinto de indecorosos instrumentos que se tornan útiles para la materialización de la insidia⁶⁶⁶, elenco dentro del cual la sorpresa se encuentra naturalmente comprendida.

Así pues, si bien el engaño puede exteriorizarse abiertamente, de forma patente, y sin necesidad de complejas enmarcaciones que la tornan imprevista o imprevisible, también, es la regla, puede desempeñarse por intermedio del disimulo y la sorpresa, quebrantando de forma subrepticia e inesperada la voluntad de quien la sufre, al respecto, cabe recordar que durante el medioevo, el histórico jurista y profesor de la Universidad de Perugia, BALDO DEGLI UBALDI, observaba cómo el dolo podría manifestarse en dos maneras diversas, por un lado, de forma abierta y manifiesta (*dolus apertus*) y, por el otro, de forma simulada o clandestina (*simulado et disimulando*)⁶⁶⁷, siguiendo con ello las enseñanzas del Derecho romano⁶⁶⁸.

En efecto, quien pretende valerse del ardid, el artilugio y la artimaña para engañar a otro, haciéndole caer en una falsa representación de la realidad, encontrarán en la sorpresa una clara aliada para la consecución de dicha finalidad, en este caso, la sorpresividad fungirá como

⁶⁶⁴ Tribunal Supremo español, sentencia STS 671/2000 del 30 de junio de 2000.

⁶⁶⁵ Traducción libre. ALIGHIERI, Dante. *La divina comedia: discorso preliminare, inferno*, T I, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1888. p. 420.

⁶⁶⁶ En palabras de MASSIMO BIANCA, “Il raggio può essere consumato con tutti i mezzi utili (...)”. BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*, T III, *op.cit.* p. 620. En un sentido similar, el profesor de la Universidad de Bari, NICOLA DISTASO, ha manifestado que “Non si può fissare in astratto quali mezzi si debbano intendere compresi nella figura del dolo quale vizio del volere: e ciò appunto perché, come ora si è detto, inimaginabili e sempre varie sono le risorse dell’astuzia umana”. DISTASO, Nicola. *I contratti in general, op.cit.* p. 201.

⁶⁶⁷ UBALDI, Baldi. *In quartum & quintum Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1586. p. 67 (*Lib. III, Tit. De pignoratitia actione, Lex V, 9*). “Duplex est dolus, f. dolus velatus, qui committitur sine vi, simulando & disimulando (...) Proculus dolus au tē, q committit cū vi est dolus apertus”.

⁶⁶⁸ Al respecto, puede corroborarse que en el Digesto (XVIII, I, XLIII, II), se llegó a determinar que el dolo malo también podrá configurarse en los casos de oscuras e insidiosas disimulaciones (“Dolum malum a se abesse praestare venditore habet: qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur; sed etiam qui insidiose obscure dissimulat”). GOTHOPREDO, Dionysio. *Corpus Iuris Civilis, in III partes distinctum, op.cit.* col. 526.

un elemento multiplicador del potencial pernicioso del dolo, y con ello incrementando aún más el juicio de reproche que sobre aquella debe recaer. En estos eventos, en donde el engaño y la sorpresa se amalgaman, nos encontraremos ante supuestos de una elevadísima inmoralidad y deslealtad, y, por ello, se requerirá de un rechazo aún más contundente.

Sin perjuicio de lo anterior, reiteramos que no resulta conveniente circunscribir la idea que se desprende de la sorpresa como elemento lesivo de la voluntad dentro de los lindes, de suyo más restringidos, que demarcan los confines del dolo como vicio, máxime frente a un nuevo orden contractual que propugna por suministrar una tupida red tutelar con la cual, más que respaldar un culto irrestricto a la voluntad, busca proteger a quien se encuentre en una situación desventajosa o de clara indefensión, enderezándose en tal sentido hacia la proscripción de elementos defectivos que -como acontece con la simple sorpresividad- a pesar de no verificarse como areros o engañosos, tienen la potencialidad de perturbar la esencia misma de la voluntad contractual y de portar con ello un perjuicio reprochable y manifiesto.

3. LA PROYECCIÓN Y EL REDIMENSIONAMIENTO DE LA SORPRESA EN EL ÁMBITO DE LAS NUEVAS TENDENCIAS DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD

3.1. LOS NUEVOS DERROTOS DE LA TEORÍA DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD EN LA CONTEMPORANEIDAD.

Como consecuencia de la progresiva declinación del dogma de la autonomía de la voluntad en los últimos años, así como también de la puesta en escena de innovadores institutos de naturaleza tuitiva con los que se busca garantizar la sanidad del consentimiento en la esfera contractual en la actualidad, se generaría como resultado que la longeva teoría de los vicios de la voluntad, al menos desde su cosmovisión más clásica y tradicional, hubiese perdido cierta preponderancia⁶⁶⁹, llegando incluso a presagiarse el hundimiento de la misma⁶⁷⁰.

No obstante, lo cierto es que, contrario a lo que parecían pronosticar algunas voces algo fatalistas, la teoría de los vicios de la voluntad no ha claudicado ante las exigencias que ha portado consigo la modernidad, muy por el contrario, la misma sigue siendo refrendada y reivindicada constantemente por parte de las modernas normativas internacionales, tal como se evidencia en el caso de los Principios Unidroit, de los Principios del Derecho contractual europeo, y del Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo, lo que a su vez puede predicarse de la refrendación que se ha hecho de esta teoría en el sede de la reciente reforma en materia de contratos y obligaciones del Código Civil francés y en el moderno Código civil y Comercial argentino, siendo todas ellas muestras paladinas de la relevancia y trascendencia que se sigue atribuyendo en el plano del Derecho internacional y contemporáneo a los vicios de la voluntad.

En razón de lo anteriormente expuesto, más que un declive, se comprueba la verificación de un fenómeno contrario que tiende a expandir los alcances de la disciplina de los vicios de

⁶⁶⁹ Al dar tratamiento a la temática de los vicios de la voluntad en el campo de los contratos de consumo, el profesor FERNADNO HINESTROSA manifestó que, “Las funciones tutelar de la sanidad y libertad de la voluntad y de represión y disuasión del empleo del engaño y la violencia, propias de la figura de los vicios de la voluntad, que justifican su inclusión y regulación en el derecho común, *puede decirse que han venido a menos*” (se destaca). HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones II, op.cit.* p. 936.

⁶⁷⁰ SAVAUX, Éric. *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, LGDJ, 1997. pp. 93 y 94.

la voluntad, por medio de la reformulación de su estructura clásica o histórica, la cual empieza a verse caracterizada por una acentuado rigor⁶⁷¹, dando campo con ello a una necesaria oxigenación de la misma, lo que le ha permitido adaptarse a los nuevos vientos que, en modo vertiginoso, impelen el velamen de la embarcación que transporta el Derecho contractual contemporáneo hacia nuevos horizontes.

Por tal virtud, creemos que resulta más adecuado hablar de una ‘evolución adaptativa’, y no de una progresiva ‘extinción’ o ‘consumación’, en relación con la disciplina de los vicios de la voluntad, pudiendo así llegar a considerarse que, en la hora de ahora, se corrobora el acaecimiento de una acentuada ‘crisis’ de la teoría clásica de los vicios de la voluntad, expresión la cual no deberá ser concebida bajo una connotación estrictamente peyorativa, invocando a la decadencia y a la disolución, sino que, tal como acertadamente ha manifestado LUIS DIEZ PICAZO, debe ser entendida como “transición y mudanza hacia formas distintas de vida y [de] convicciones”⁶⁷².

En efecto, en los últimos decenios se ha comprobado un paulatino y llamativo replanteamiento en relación al modo de percibir y de abordar la materia concerniente a los vicios de la voluntad, lo cual ha tenido lugar como consecuencia de los nuevos derroteros que sigue el Derecho contractual contemporáneo. Así, el desplome del sectarismo voluntarista, la alineación de la buena fe como cuerpo céntrico del cosmos contractual, la visión del contrato como un instrumento que trasciende la visión liberal e individualista que lo confina únicamente a los intereses de las partes que lo celebran para proyectarse en un espectro más amplio que se extiende a lo largo de la nebulosa del mercado global, la inclinación por favorecer la incorporación de medidas de naturaleza preventiva y de propugnar la conservación de los efectos que se derivan del contrato, al igual que -y más específicamente-, la verificación de una acentuada línea tendencial con miras hacia la integración de una regla de naturaleza más abierta que permita invocar la protección del consentimiento frente a un extenso catálogo de anomalías o perturbaciones que puedan alterarlo, al igual que, la aparición de nuevos instrumentos de protección más contundentes, particularmente en el ámbito del consumo, representan todas ellas algunas de las muestras más elocuentes que han dado lugar a que en la actualidad se ponga en evidencia un auténtico proceso evolutivo de la clásica teoría de los vicios de la voluntad⁶⁷³.

⁶⁷¹ VETTORI, Giuseppe. “Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio”, en *Obbligazioni e contratti*, Vol 2, 2008. p. 105.

⁶⁷² DIEZ PICAZO, Luis. “El sentido histórico del Derecho civil”, en *Ensayos jurídicos*, T I, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2011. p. 30.

⁶⁷³ Para un estudio más profundo en relación con el proceso evolutivo de la teoría de los vicios de la voluntad en los últimos años, véase con interés: SACCO, Rodolfo. “Purezza del consenso, elementi perfezionativi del contratto, effetti del negozio: i cento articoli delle leggi, e la regola unica preterlegale”, en *Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, CEDAM, 1998. pp. 257-263, y GALLO, Paolo. *Il contratto, op.cit.* pp. 676 y ss. Al respecto, en un modo sintético y descriptivo, el reconocido profesor PAOLO GALLO ha desglosado tres aspectos fundamentales sobre los cuales ha impactado el proceso evolutivo de los vicios del consentimiento, señalado así que el mismo se ha proyectado principalmente, “a) in primo luogo sotto il profilo dell’estensione dell’ambito di applicazione delle figure tradizionali di vizi del consenso; basti per esempio pensare al concetto di qualità essenziale in materia di errore, all’espansione dell’elemento oggettivo e soggettivo del dolo, ma ancora alla violenza, all’incapacità naturale, e così via; b) in secondo luogo sotto il profilo dell’individuazione di nuove figure di vizi del consenso; si pensi in particolare all’abuso di posizione dominante, nonché all’effetto sorpresa nei contratti dei consumatori; c) in terzo luogo sotto il profilo dell’estensione dei doveri di correttezza precontrattuale, con conseguente rilevanza ai fini del risarcimento del danno anche dei cc.dd vizi incompleti del contratto, come per esempio l’errore sui motivi (...)”. GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede*, UTET, 2014. p. 440.

El advenimiento de estas nuevas corrientes abriría el camino para que en el escenario jurídico internacional se diese paso a un replanteamiento, o, cuanto menos a una atemperación, de dos de los presupuestos neurálgicos sobre los que se encuentra cimentada la teoría clásica de los vicios de la voluntad, los cuales la han caracterizado al otorgarle una cierta rigidez, y que vienen a ser: i) la circunscripción de las circunstancias fenomenológicas que afectan y alteran la voluntad y que cuentan con la trascendencia y relevancia suficiente para ameritar una rigurosa respuesta por parte del ordenamiento únicamente a los atávicos supuestos de vicios del consentimiento, los cuales, de ordinario, han sido tres, y ii) la incorporación de la anulabilidad como el único instrumento remedial que se instituye para combatir las imperfecciones del consentimiento⁶⁷⁴.

Al respecto, en relación al primero de estos presupuestos, debe decirse que, si bien, tal y como pudimos expresar anteriormente, en el marco del movimiento codificador decimonónico primó una visión que, estando enraizada en las bases del Derecho romano y de la escuela iusnautralista, se inclinó por circunscribir la teoría de los vicios de la voluntad, bajo el inflexible rigor de la tipicidad y la ‘taxatividad’, a tres supuestos o paradigmas únicos sobre los cuales estribaría todo el peso de la sanidad del consentimiento, lo cierto es que, en los últimos lustros se habría dado paso a un serio replanteamiento de esta visión tradicional.

En efecto, con la entrada del nuevo milenio la lectura clásica de los vicios de la voluntad comenzó a entenderse como insuficiente para lograr abrazar el amplio y espinoso espectro que se desprende de las nuevas anomalías que acechan el tráfico jurídico en la actualidad, las cuales, naturalmente, no habrían podido llegar a ser siquiera imaginadas en la épocas en las cuales se estructuraron las tres epifanías clásicas del postulado de la sanidad del consentimiento contractual, ya que estos nuevos imperfectos negociales han sido diseñados con base en los intrincados trazos que ha delineado un mercado voraz y expansivo, y se han visto materializados por intermedio del empleo de los sofisticados cinceles que porta consigo la posmodernidad, lo que ha permitido que adquieran una oscura y compleja morfología, propia de los tiempos que corren en la actualidad⁶⁷⁵, todo lo cual generó que se llegase a denunciar el advenimiento de una ‘crisis de la tipicidad’ en el ámbito de los vicios de la voluntad⁶⁷⁶.

Por virtud de lo anteriormente expuesto, se dio paso al surgimiento de dos lineamientos tendenciales que, distanciándose del modelo tradicional que habría sido determinado por la rígida tipificación de los vicios de la voluntad, se inclinaron por la incorporación de nuevos mecanismos destinados a iluminar las zonas de penumbra que quedaban por fuera del campo comprensivo que se predica de la teoría general clásica, pretendiendo garantizar de este modo un grado más elevado de pureza de la voluntad, y, con ello, de alcanzar una auténtica sanidad del consentimiento contractual.

En tal sentido, la primera de estas líneas tendenciales, se ha inclinado por avizorar en la incorporación de modernos instrumentos legislativos, un reconocimiento por parte de los legisladores de la existencia de novedosos supuestos de alteraciones que pueden llegar a

⁶⁷⁴ GENTILI, Aurelio & CINTIO, Valerio. “I nuovi ‘vizi del consenso’”, en *Contratto e impresa*, Vol 34, I, 2018. p. 149.

⁶⁷⁵ En el contexto en el cual se desempeña el tráfico jurídico en la actualidad, según observa el doctrinante italiano IVAN D’ADDARIO, serán “i nuovi vizi del consenso del XXI secolo, che vanno a compromettere l’equità contrattuale nei rapporti di mercato”. D’ADDARIO, Ivan. “I nuovi vizi del consenso”, en *I vizi del consenso*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013. p. 263.

⁶⁷⁶ GIANOLA, Alberto. *L’integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, op.cit. pp. 31-35.

tornar en imperfecto o anómalo el consentimiento que es requerido para la existencia de un acuerdo contractual y respecto a los cuales el ordenamiento debe suministrar un remedio, dando lugar con ello a que, junto a aquellos clásicos o históricos, se considere que se hayan venido a perfilar los que han sido denominados como ‘nuevos vicios de la voluntad’.

Por su parte, la segunda de estas corrientes, la cual cada vez más parece gozar de una cierta univocidad en el panorama normativo internacional contemporáneo, se ha visto delineada por una corriente que ha optado por incorporar, de la mano de los vicios tradicionales, una cláusula o formulación de naturaleza más abierta en la cual puedan llegar a quedar comprendidas una multiplicidad de deficiencias que cuentan con la potencialidad suficiente para generar una disminución de la capacidad de defensa de quien las padece, y que, en adición, permiten que la otra parte logre obtener un provecho o una situación de ventajosa de forma injustificada.

Ahora bien, todo lo que se ha expresado en precedencia reviste una trascendencia cardinal en relación con el papel que asume la sorpresa en sede de los vicios de la voluntad en el ámbito del Derecho contractual contemporáneo, por cuanto, tal como se podrá comprobar en las siguientes líneas, la presencia de la figura en cuestión ha encontrado un claro sustento en el marco de los nuevos derroteros que se han perfilado en relación con la referida teoría, particularmente en el caso de las dos líneas tendencias que hemos mencionado precedentemente.

En apretada síntesis, podemos indicar que, si de ‘crisis’ fuera menester hablar, habría que fijar la atención es en la ‘autonomía de la voluntad’, y como reflejo de la misma en los vicios del consentimiento desde una perspectiva estrictamente clásica, lo que ha evidenciado, en la posmodernidad, el tránsito de la autonomía de la voluntad en mención a la autonomía privada o negocial. De ahí que más que crisis del contrato, o de los vicios de la voluntad propiamente dichos, en rigor, hay que reconocer que lo que está en crisis hoy es el esquema convencional o clásico, y no el negocio jurídico y con él los vicios de la voluntad, como tales, necesitados de ser replanteados y modernizados, pero no abolidos.

3.1.1. *El ensanchamiento de la teoría clásica de los vicios de la voluntad. El renacimiento de la sorpresa considerado como un ‘nuevo’ y autónomo vicio.*

Como consecuencia del giro vertiginoso que habría sufrido el tráfico jurídico en la contemporaneidad, fruto del cual se dio paso al rauda e impetuoso advenimiento de un intrincado panorama que habría hecho mutar fuertemente las modalidades y los conductos por medio de los cuales se desempeñaba la contratación más tradicional, se puso en evidencia la insuficiencia por parte de los tres únicos paladines que tradicionalmente se postraron en orden de garantizar la necesaria protección del consentimiento negocial (error, fuerza y dolo) para efectos de lograr afrontar eficazmente los nuevos retos y exigencias que portaría consigo la posmodernidad, todo lo cual desembocó en un vehemente reclamo para que se diese lugar a un conveniente ensanchamiento de la teoría clásica de los vicios de la voluntad que le permitiese brindar una más efectiva protección del consentimiento en la actualidad.

De este modo, en un primer término, un sector, el cual se sería representado principalmente por parte de la doctrina y la jurisprudencia francesa, se inclinó por responder a esta exigencia inclinándose por conservar la denominada ‘trilogía clásica’⁶⁷⁷, pero dando

⁶⁷⁷ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, & CHÉNEDÉ, François. *Droit civil: les obligations, op.cit.* p. 306.

lugar al favorecimiento de extensión o expansión de las fronteras que han solido limitar conceptualmente a cada uno de estos pilares tradicionales, ello con el propósito de realizar un ‘estiramiento’ o ensanchamiento de la dimensión conceptual de aquellos, en aras de lograr sancionar una gama más amplia de abusos y anomalías contractuales y de favorecer con ello un mayor grado de justicia a nivel contractual. Así, siguiendo los lineamientos de esta tesitura ‘expansionista’, algunos optaron por reconducir la figura de la sorpresa intramuros de alguno de los tres vicios taxativamente tipificados en la ley, encauzándola así principalmente en los dominios conceptuales del dolo y de la violencia⁶⁷⁸.

No obstante lo anterior, esta primera vía no habría llegado a considerarse como una medida del todo satisfactoria para lograr garantizar un consentimiento sano frente a distintas anomalías que logran escapar de los dominios -incluso de aquellos más dilatados-, de las tres epifanías clásicas de los vicios de la voluntad, lo que pondría en evidencia la necesidad de que se abriese un espacio para la formulación de nuevas figuras conceptuales que lograsen acompañarse con las preexistentes y que, de tal modo, lograsen combatir la injusticia en los terrenos en donde las figuras más clásicas no logran arribar, o no consiguen desempeñarse eficazmente⁶⁷⁹.

Sería en atención de lo anteriormente expuesto que, sustentándose en la impetuosa fuerza expansiva que posee la buena fe y de como aquella impacta -positivamente- en los sistemas jurídicos, otro sector, liderado principalmente por parte de la doctrina italiana, se inclinó por considerar que en la actualidad se ha forjado un nuevo panorama en el que, como respuesta a la presencia de abusos y de verificación de injustificadas desventajas que se forjan como resultado de la afectación de la voluntad de sujetos que, de ordinario, se encuentran en circunstancias de debilidad o inferioridad, ha abierto sus puertas al ensanchamiento o enriquecimiento de los vicios históricos de la voluntad, adicionado, de la mano de estos, figuras vanguardistas que cuentan con la virtualidad para lograr hacerle frente y llegar contrarrestar eficazmente los potenciales riesgos que amenazan la integridad de la voluntad en el tráfico jurídico en la contemporaneidad⁶⁸⁰.

A la luz de esta segunda visión interpretativa en relación con la disciplina de los vicios de la voluntad, se dio lugar a una lectura evolucionista de conformidad con la cual, a raíz de los nuevos fenómenos y circunstancias en los que se desempeña el tráfico jurídico en la actualidad, los cuales suelen aparejar mayores riesgos que ponen constantemente a prueba la

⁶⁷⁸ Así lo ha evidenciado GIANOLA, Alberto. *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, *op.cit.* pp. 675 y 676.

⁶⁷⁹ En este sentido se ha pronunciado el afamado profesor francés JACQUES GHESTIN, quien habría puesto de presente que, a pesar que en el ordenamiento jurídico francés se habría dado lugar a partir del siglo XIX a un considerable ensanchamiento de los vicios tradicionales por parte de la jurisprudencia, en su opinión “cete élargissement des vices du consentement traditionnels, ceux-ci sont apparus insuffisants pour assurer de façon adéquate la protection de la volonté et, à travers celle-ci, la justice contractuelle; d’où le développement contemporain d’autres modes de protection du consentement”. GHESTIN, Jaques. *Traité de droit civil, la formation du contrat*, *op.cit.* p. 453.

⁶⁸⁰ Entre algunos de los estudios que se han realizado sobre el particular, pueden destacarse los siguientes: GENTILI, Aurelio & CINTIO, Valerio. *I nuovi ‘vizi del consenso’*, *op.cit.* pp. 148 y ss; SCOGNAMIGLIO, Claudio. “I nuovi vizi del consenso”, en *Annuario del contratto 2019*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019. pp. 211; MEUCCI, Di Serena. “ ‘Nuovi’ vizi del consenso e disciplina della concorrenza”, en *Persona e Mercato*, 2019, II, pp. 50 y ss; D’ADDARIO, Ivan. *I nuovi vizi del consenso*, *op.cit.* pp. 259 y ss; y GRASSO, Gianluca. “Il principio di ‘tipicità’ delle cause di annullabilità e il problema dei c.d. ‘nuovi vizi del consenso’ ”, en *Il notariato come fattore di realizzazione dell’ordine sociale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Varese, 2019. pp. 97 y ss.

integridad de la voluntad en las relaciones contractuales en la contemporaneidad, y que, por lo demás, se muestran esquivos ante los instrumentos tuitivos más tradicionales, se torna apremiante dar lugar a la incorporación de novedosas construcciones conceptuales que logren hacerle frente de manera efectiva a las primeras, siendo precisamente la sorpresa, tal y como se comprobará, uno de los paradigmas más llamativos que milita dentro de las filas de estas nuevas esfinges que se erigen como ‘nuevos vicios de la voluntad’.

Al respecto, en lo que respecta a este nuevo fenómeno expansivo, el docto profesor de la Universidad de Torino, PAOLO GALLO, con gran precisión, se ha pronunciado indicando que, “de conformidad con la teoría clásica del contrato, aquella decimonónica, los únicos remedios suministrados para proteger al contratante eran los vicios tradicionales del consentimiento, dolo, error y violencia; posteriormente este panorama sería profundamente modificado, no solo por efecto de la expansión de los vicios tradicionales, sino, sobre todo, en virtud de la aparición de otras clases de remedios (...) Evidentemente, esto conlleva a una dilución tendencial de la disciplina tradicional de los vicios del consentimiento; no en el sentido de que tales vicios ya no sean relevantes, sino en el sentido de que actualmente las partes contratantes, y, en particular, los consumidores, pueden disponer de otros instrumentos de protección más incisivos”⁶⁸¹.

Por su parte, siguiendo una misma línea argumentativa, el reconocido tratadista uruguayo, GUSTAVO ORDOQUI, ha observado que, “no es de extrañar que debamos comenzar por rever nuestro enfoque tradicional de lo que son hoy los verdaderos vicios de la voluntad. En la actualidad la doctrina especializada está reconociendo nuevas formas de afectación del consentimiento. Esta realidad es determinante de la necesidad de nuevos instrumentos en la doctrina general del contrato, ya que con los tradicionales ‘vicios del consentimiento’ (error, violencia, dolo) la situación de injusticia no siempre se arregla”⁶⁸².

Ahora bien, cabe destacar que esta nueva mirada que favorece el enriquecimiento, *in genere*, de la teoría de los vicios de la voluntad, desde una perspectiva práctica, se ha visto reflejada en sede legislativa a través de la paulatina introducción de una pluralidad de institutos y figuras novedosas que ha tenido lugar a lo largo de los últimos años⁶⁸³, los cuales, a pesar de proyectarse en escenarios diversos y de poder parecer, *prima facie*, que se encuentran desligados los unos de los otros, lo cierto es que, si se conciben de manera global y conjunta, todos ellos pueden ser representados como manifestaciones particulares de una especie de principio general que se ha erigido en el panorama jurídico internacional, el cual se cristaliza en el propósito de tutelar la naturaleza ímpolita del consentimiento contractual, particularmente cuando se está frente a una relación de naturaleza asimétrica o desequilibrada⁶⁸⁴.

⁶⁸¹ Traducción libre. GALLO, Paolo. *Il contratto*, *op.cit.* p. 692.

⁶⁸² ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Tratado de Derecho de los contratos*, T III, *op.cit.* p. 389.

⁶⁸³ En relación con la verificación de este fenómeno de ensanchamiento de los vicios de la voluntad, el doctrinante italiano IVAN D’ADDARIO ha puesto de presente como el legislador europeo, a través de numerosas intervenciones, ha introducido ‘nuevos vicios del consentimiento’ en sede de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, lo cual, en su opinión, ha permitido que se logre superar “la tradizionale rilevanza attribuita unicamente all’incapacità, all’errore, al dolo e dalla violenza, prevedendo regole ulteriori volte a proteggere contro ogni attacco la ponderazione, la libertà e la informazione del contraente”. D’ADDARIO, Ivan. *I nuovi vizi del consenso*, *op.cit.* p. 259.

⁶⁸⁴ Sobre el particular, el profesor RODOLFO SACCO, después de entrar a abordar algunas de normas que se inclinan por incorporar una protección generalizada al sujeto que concluye un contrato teniendo una información insuficiente, siendo incapaz de realizar una correcta ponderación o que ha visto atenuada su libertad, -dentro de las cuales alude las disposiciones que, en materia de contratos celebrados ‘puerta a puerta’,

Así las cosas, habiendo sentado las bases de esta moderna línea tendencial que, con sumo realismo, ha puesto de presente la necesidad de dar lugar a un replanteamiento de la visión tradicional relativa a la tutela del consentimiento a nivel contractual, con miras a expandir sus fronteras, debemos manifestar que, en nuestra opinión, el acogimiento de este tipo de interpretación debe ser evaluada positivamente, pues consideramos que, en la hora de ahora, nos encontramos frente a una realidad a la cual no parecen responder correctamente los remedios más clásicos o tradicionales, ya que esta última se encuentra caracterizada por una indiscutible e inocultable complejidad que no se predicaba -posiblemente siquiera llegó a ser imaginada- cuando estos últimos fueron ideados.

De este modo, y sin perjuicio de otras más que podrían señalarse, podemos destacar que esta nueva complejidad que caracteriza el tráfico jurídico en la actualidad ha tenido lugar como consecuencia de: la exigencia de una caudalosa celeridad en las transacciones jurídicas que limita el espacio a la meditación y reflexión; el acogimiento del reinado de la predisposición, el cual ha abierto sus puertas a la construcción de documentos contractuales cada vez más oscuros y laberínticos, hoy invadidos, por lo demás, por la presencia de algoritmos que ponen a prueba la misma concepción estructural del elemento contractual; la paulatina reducción de la transparencia en el suministro y distribución de información negocial; el incremento desproporcionado de la propaganda engañosa o seductora que da lugar a una ineluctable sugestión de los sujetos receptores; la presencia de prácticas comerciales que no logran compaginar con la fidelidad y la lealtad que requiere el comercio para su subsistencia; así como el ensanchamiento de novedosos canales de distribución que, catapultados por la incesante evolución de la tecnología, dilatan cada vez más las fronteras y los alcances del mercado.

Todo lo anterior es una muestra fidedigna de la configuración de un espinoso escenario el cual ha traído consigo una extensa nómina de problemáticas y anomalías que aquejan la voluntad, y que, por lo demás, extienden sus alcances mucho más allá del campo comprensivo de los vicios tradicionales, los cuales, en tal sentido, se tornan insuficientes para lograr hacerles frente. En atención a lo anterior, se corrobora que, la problemática en sede del consentimiento que introducen estas nuevas anomalías, no se limita únicamente a la idea de coacciones que extinguen cualquier tipo de libertad, o de maquinaciones engañosas que le hacen culto a la mala fe, sino que más bien se enfocan en circunstancias que, a pesar de poder resultar menos lesivas, comportan igualmente un grado de reproche en razón de la indecorosa alteración que generan de la voluntad negocial, tal como acontece, por vía de ejemplificación, en el caso del injustificado provecho que se obtiene en razón de una particular situación de debilidad, así como también en el supuesto del incumplimiento de obligaciones informativas⁶⁸⁵, o de la sorpresa, como se verá, todo lo cual se articula con el propósito de garantizar un mayor grado de justicia a nivel contractual.

propenden por evitar que el contratante se vea afectado por la verificación e un 'efecto sorpresa'- señala que, son todas disposiciones que deben ser analizadas yendo más allá del desarrollo de simples analogías entre un caso y el otro, pues considera que entre ellas puede desprenderse un principio 'relativamente general' de naturaleza comprensiva, el cual es capaz de incorporar, a plenitud, la tendencia que se desprende de las mismas. SACCO, Rodolfo. *Purezza del consenso, elementi perfezionativi del contratto, effetti del negozio, op.cit.* pp. 259 y 262.

⁶⁸⁵ Al respecto, según ha observado el reconocido profesor italiano CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, las diferentes disciplinas que se reconducen en la categoría de 'nuevos vicios del consentimiento' ponen en evidencia del tránsito de un sistema enfocado en relación con la tutela del consentimiento contractual por medio de los instrumentos más clásicos del dolo el error y la violencia, a un sistema en el que asume un papel central

De este modo, a la luz de esta nueva lectura que tiene en particular consideración la existencia de un cúmulo de imperfectos que tienen la virtualidad de adulterar la correcta formación del consentimiento contractual, la sorpresa ha adquirido un papel preponderante, ya que esta se manifiesta, de manera diversa y con grados distintos de intensidad, en cada uno de los complejos escenarios que comporta la posmodernidad y que fueron descritos previamente, lo que ha permitido que la cuestión atinente a la problemática que interioriza esta figura, particularmente en el ámbito de la formación de la voluntad, se haya llegado a erigir en la actualidad como un auténtico *topos* del Derecho contractual moderno, o ‘posmoderno’.

En este sentido, el reconocido jurista italiano, y profesor emérito de la Universidad de Pisa, UMBERTO BRECCIA, en el curso de los últimos lustros con los que se cerró el siglo pasado, ya había evidenciado que, “En la experiencia de los modernos sistemas de negociación el factor «sorpresa» se ha convertido en un momento problemático (...) que obliga al intérprete a tomar consciencia de la complejidad de las transformaciones del derecho contemporáneo”⁶⁸⁶.

En efecto, ha sido en virtud del advenimiento de este complejo panorama que portaría consigo la amalgama de los distintos escenarios en los que la sorpresa, así como otras circunstancias desestabilizadoras, harían gala, que terminaría por darse lugar a un llamado clamoroso a que se le diera paso a la incorporación, por una u otra vía, de novedosos instrumentos o mecanismos que permitiesen brindar una mayor y más efectiva reacción ante la presencia de estos nuevos riesgos que amenazan la integridad de la voluntad, y que, por tal vía, se contraponen abiertamente a los postulados que se desprenden de caros principios axiomáticos como lo son el de la buena fe y el equilibrio contractual, buscando con ello instaurar nuevos sustentáculos adicionales, el cual se postre de la mano a esas tres arcaicas pilas, y que de este modo se logre garantizar la solidez, estabilidad con la que debe contar el consentimiento a la hora de estructurar un acuerdo contractual⁶⁸⁷.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, en el curso de los últimos decenios, el auditorio jurídico ha evidenciado una suerte de ‘resurrección’ de la figura de la sorpresa, la cual, si bien debe reconocerse que nunca se encontró del todo ausente, lo cierto es que permaneció en una especie de letargo o estado de hibernación a lo largo de más de una centuria, pasando así, en cierto modo, inadvertida por un importante arco temporal, pero que, sin embargo, en la actualidad, y en gran parte como consecuencia de los nuevos lineamientos discursivos que traería consigo el Derecho del consumo, ha vuelto a cautivar fuertemente la atención de los juristas, redimensionando su alcance, proyección, y relevancia, todo lo que le ha permitido llegar a perfilarse -con el respaldo de un importante y fornido sector doctrinal-

la obligación de información la cual cada vez más tiende a asumir una proyección más amplia y general. SCOGNAMIGLIO, Claudio. *I nuovi vizi del consenso*, *op.cit.* p. 216. Cfr. GRASSO, Gianluca. *Il principio di ‘tipicità’ delle cause di annullabilità e il problema dei c.d. ‘nuovi vizi del consenso’*, *op.cit.* pp. 102-105.

⁶⁸⁶ BRECCIA, Umberto. “La contrattazione su valori mobiliari e il controllo della contrattazione «sorprendente»”, *op.cit.* p. 19.

⁶⁸⁷ Así lo ha puesto de presente el profesor italiano ANTONIO MUSIO, quien, abordando la temática de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, ha señalado que, en tal ámbito, los remedios tradicionales, entre los cuales se encuentran los vicios de la voluntad, no resultaban suficientes para resolver la problemática que se desprendía de dicha tipología de contratación, razón por la cual fue necesario acudir a un nuevo instrumento jurídico que pudiese garantizar el consentimiento en tales escenarios. MUSIO, Antonio. “I contratti conclusi fuori dai locali commerciali”, en *La tutela del consumatore*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009. p. 285.

, como uno de los paradigmas más elocuentes de los que se han catalogado como ‘nuevos vicios del consentimiento’⁶⁸⁸.

De este modo, la sorpresa, siguiendo esta nueva visión, se articularía de la mano de los tres vicios históricos o tradicionales, precisamente en razón de la elevada potencialidad con la que cuenta esta última para desarticular la voluntad negocial, particularmente en el ámbito de los escenarios que rigen en la órbita contractual en la contemporaneidad. Por este motivo, en la hora de ahora, tal y como lo ha puesto de presente con gran precisión el profesor italiano, MATTEO DE POLI, se ha llegado a individuar en la figura de “la sorpresa, un modo expresivo de vicio de la voluntad; posiblemente el cuarto, o inclusive el quinto vicio de la voluntad, si a los tres canónicos se les adiciona el estado de necesidad que conlleva a la conclusión del contrato inicuo”⁶⁸⁹.

De este modo, con sustento en todo lo señalado en precedencia, puede comprobarse que, en la actualidad, se ha dado paso a un enlazamiento de una ‘nueva’ y llamativa estructura conceptual, con la cual se mide con un mayor rigor el proceso formativo de la voluntad, particularmente en los eventos en los que se verifica una disparidad entre los sujetos que conforman la relación contractual, pues se busca remediar aquellos supuestos en los cuales, por virtud de la naturaleza inesperada o imprevista que se desprende de la verificación de algún acontecimiento o situación en particular, la capacidad psico-cognitiva de una de las partes que le permite alcanzar un correcto dimensionamiento de la realidad, se ve alterada negativamente, lo que termina por posicionarla en una situación de indefensión o debilidad⁶⁹⁰, pues es privada de la razonable posibilidad de abstraer un cuadro integral de los términos, condiciones e implicaciones que, tanto desde el plano jurídico como del económico, se desprenden de la relación contractual que está por celebrar⁶⁹¹, todo lo cual conlleva a que su voluntad se torne imperfecta, y que, por tal virtud, el consentimiento que debería brindarle validez a la vinculación negocial, se convierta en anómalo y disfuncional.

Al respecto, bastante contundente ha sido el profesor italiano ALBERTO GIANOLA, quien, en una extenso estudio en el cual se da a la tarea -en sus palabras- de ‘imaginar los vicios del

⁶⁸⁸ Entre los autores que han calificado a la sorpresa como un ‘nuevo vicio’ de la voluntad se pueden destacar: SACCO, Rodolfo, & DE NOVA, Giorgio. *Il contratto, op.cit.* p. 469; D’ADDARIO, Ivan. *I nuovi vizi del consenso, op.cit.* pp. 317-322; GALLO, Paolo. *Il contratto, op.cit.* pp. 814 y 815; GRASSO, Gianluca. *Il principio di ‘tipicità’ delle cause di annullabilità e il problema dei c.d. ‘nuovi vizi del consenso’, op.cit.* pp. 105 y 106; CHERUBINI, Maria Carla. *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005. pp. 17 y 19; y GENTILI, Aurelio & CINTIO, Valerio. *I nuovi ‘vizi del consenso’, op.cit.* pp. 155 y 157. Sumándose a estos autores, por parte de la doctrina latinoamericana se encuentra, ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Tratado de Derecho de los contratos*, T III, *op.cit.* p. 557 y ss,

⁶⁸⁹ Traducción libre. DE POLI, Matteo. “Conclusioni” en *La rilevanza del tempo nel diritto bancario e finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017. p. 160.

⁶⁹⁰ En relación al potencial pernicioso con el que cuenta la sorpresa para posicionar al sujeto que ve afectado por esta su consentimiento en una situación de debilidad, el afamado profesor italiano RODOLFO SACCO, ha sido contundente al señalar que “*Il consenso può dirsi libero solo quando è filtrato attraverso il vaglio critico cui provvedono certe difese psicologiche*, pronte ad entrare in funzione se il soggetto sa di dover prendere decisioni impegnative e delicate. Le difese non sono in funzione quando il consenso è condizionato da una sollecitazione improvvisa e pressante; e le sollecitazioni di questa fatta vengono poste in essere proprio per sfruttare un momento di menomata difesa del possibile contraente. In tal caso il consenso è viziato dalla sorpresa”, a lo cual añadiría seguidamente que “La sorpresa è invero una figura ben nota al legislatore it. del 1942, che ne parla in tema di imputazione del pagamento (art. 1195)” (se destaca). SACCO, Rodolfo, & DE NOVA, Giorgio. *Il contratto, op.cit.* p. 488.

⁶⁹¹ CHERUBINI, Maria Carla. *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso, op.cit.* p. 18.

siglo XIX', con gran juicio y precisión, afirmó que, "Quien concluye un contrato inducido por la sorpresa o de un contexto persuasivo intencionalmente creado (podríamos denominarlo como persuasión ambiental) es un sujeto con una capacidad crítica disminuida que, por consiguiente, expresa un consentimiento defectuoso"⁶⁹².

Sin perjuicio de lo anterior, es menester señalar que, en virtud la marcada influencia de la buena fe en la reestructuración que se ha perfilado en materia de los vicios de la voluntad⁶⁹³, en la actualidad parece corroborarse la existencia de una postura tendencial de conformidad con la cual, para la correcta evaluación de la sorpresa, o de otra de las anomalías que le resultan congéneres por tornar imperfecto el consentimiento, el juicio del intérprete no debe detenerse o limitarse en la simple verificación de la alteración psicológica que estas puedan aparejar, sino que, adicionalmente, deberá introducir a la ecuación un juicio de reproche en relación con la conducta de la parte que permite que la circunstancia anómala aflore en el seno de la relación negocial⁶⁹⁴.

De este modo, en sede de la teoría de los vicios de la voluntad, esta nueva corriente ha impreso una lectura más armónica con el imperativo de lealtad contractual⁶⁹⁵, apartándose así del enfoque netamente voluntarista, lo cual no necesariamente debe interpretarse en un sentido negativo, puesto que, tal y como llego a ponerlo de presente el ilustre profesor francés, JEAN CARBONNIER, con esta nueva prospectiva en el enfoque de los vicios de la voluntad "si la lógica ha perdido, la moral ha ganado al dejar que la preocupación por la lealtad contractual se mezcle con la teoría del consentimiento"⁶⁹⁶.

Siguiendo esta línea de cosas, podemos señalar que, en el caso de la sorpresa, este juicio de reproche, podrá desempeñarse desde una doble perspectiva, ya que, de un lado, puede realizarse en un sentido positivo en aquellos eventos en los cuales se logre comprobar que una de las partes ha llevado a cabo una actuación o un comportamiento que interioriza un cierto grado de mala fe, la que, sin embargo, no logra configurar un comportamiento doloso propiamente concebido, y por medio de la cual se da lugar a la materialización de una indeseada sorpresa que resulta perjudicial para la otra parte de la relación negocial. Mientras que, por el otro lado, podrá realizarse igualmente en un sentido negativo cuando, a pesar de que el sujeto que ejecuta la actuación que origina la sorpresa no se haya desempeñado actuado de mala fe en *stricto sensu*, puede llegar a recriminársele su proceder cuando, contrariando los postulados de buena fe, cooperación y lealtad contractual, este último no hubiese puesto en marcha ninguna actuación idónea para eliminar el potencial sorpresivo que razonablemente podía llegar a prever de su comportamiento.

Desde esta perspectiva, la sorpresa, entendida como vicio de la voluntad, se estructura también como un instrumento idóneo para garantizar el ideario de justicia contractual, al entretejerse con conceptos axiomáticos como lo son el de lealtad y el de buena fe contractual.

⁶⁹² GIANOLA, Alberto. *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, op.cit. p. 73.

⁶⁹³ GHESTIN, Jaques. *Traité de droit civil, la formation du contrat*, op.cit. p. 453; y GALLO, Paolo. *Il contratto*, op.cit. pp. 688-690.

⁶⁹⁴ Al respecto, FLAVIO LAPERTOSA indica que la sorpresa, en su opinión, y al menos desde su proyección más contemporánea, "più che ricondursi alla disciplina classica dei vizi del consenso avente incidenza sulla validità dei contratti, si connette al dovere di correttezza e buona fede in materia obbligatoria e si realizza con più coerenti strumenti di salvaguardia degli effetti negoziali e con l'aggravamento dei doveri di informazione". LAPERTOSA, Flavio. *La sorpresa nel rapporto obbligatorio*, op.cit. p. 665.

⁶⁹⁵ En este sentido, véase SACCO, Rodolfo. "Purezza del consenso, elementi perfezionativi del contratto, effetti del negozio". op.cit. pp. 260 y 261; y GIANOLA, Alberto. *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, op.cit. pp. 638 y 639.

⁶⁹⁶ CARBONNIER, Jean. *Droit civil: les obligations*, op.cit. p. 97.

Todo lo descrito en precedencia, ha llevado a que en la actualidad empiece a existir una mayor consciencia en relación con la ‘relevancia jurídica de la sorpresa’⁶⁹⁷ en el escenario jurídico a nivel internacional, particularmente en sede de la disciplina que gira en torno a la formación del consentimiento contractual, lo cual ha permitido que, a pesar de la ausencia de un acoplamiento positivo de esta figura dentro de la normativa tradicional (códigos civiles) que disciplina los vicios de la voluntad, la virtualidad con la que esta cuenta para llegar a configurarse como uno de tales vicios se torna cada vez más clara y fehaciente.

En este sentido, el afamado jurista italiano, LUIGI MENGONI, habría observado que, a pesar de que la sorpresa no puede ser calificada entre los vicios de la voluntad -entendemos aquellos clásicos o históricos- esta figura representa en la actualidad “un vicio potencial que la ley neutraliza mediante una técnica inédita de eficacia retardada del consentimiento”⁶⁹⁸.

Muestra paladina de lo anterior puede ser hallada en el hecho de que, en la actualidad, cada vez se torna más frecuente que los ordenamientos jurídicos instauren instrumentos y mecanismos normativos que se encuentran enderezados a contrarrestar y remediar los efectos desestabilizadores que se derivan de la sorpresa, siendo ejemplo fehaciente de ello la introducción del derecho de desistimiento como mecanismo enderezado a evitar las secuelas perjudiciales que esta última anomalía pueda llegar a acarrear en el campo de la contratación no tradicional, así como también viene a serlo la sanción de la desincorporación o ‘no incorporación’ al contrato que se predica de aquellos clausulados que se encuentren en clara discordancia con las legítimas expectativas que el co-contratante pudo razonablemente haber llegado a forjarse con fundamento en el modo en que se habría desempeñado el acuerdo contractual, siendo este el caso de las denominadas ‘cláusulas sorpresivas’.

Ambos supuestos representan auténticos paradigmas de novedosos mecanismos reactivos que hacen parte del amplio abanico remedial del cual disponen un importante número de ordenamientos jurídicos en el escenario comparado actual, y que se articulan como instrumentos tuitivos por medio de los cuales se pretende brindar una respuesta específica a la presencia de la sorpresa, impidiendo con ello que la misma deambule impunemente, amenazado la seguridad y la justicia contractual, los cuales, por lo demás, permiten atestiguar que más que encontramos frente a un ‘vicio potencial’ nos encontramos realmente ante un ‘nuevo’ vicio de la voluntad, como ha atestiguado parte de la doctrina que del tema se ocupa.

Al respecto, es necesario poner de presente que, a pesar de que este tipo de normativas que se encargan de disciplinar particulares manifestaciones de la sorpresa han sido desarrolladas y reguladas aisladamente, sin que se logre corroborar una vinculación o conexión clara que ligue la una con la otra, conviene que estas últimas empiecen a ser leídas en clave de una imagen global y general de la sorpresividad. Lo anterior permitirá que se dé cabida a una concepción más coherente e integral de manifestaciones que, si bien parecen encontrarse separadas las unas de las otras, en realidad forman una especie de archipiélago

⁶⁹⁷ Así se evidencia en la reciente obra dedicada al estudio del Derecho privado, *in genere*, de autoría de los profesores FERNANDO BOCCHINI y ENRICO QUADRI, en la cual estos autores habrían optado por dedicar un numeral exclusivo para el estudio de lo que ellos mismos intitulan como la ‘*rilevanza della sorpresa*’, en el cual, al abordar la concreta temática de los nuevos vicios de la voluntad, manifestó que “i vizi del consenso indicati dal codice vanno, in questa direzione, ripensati ed applicati in funzione delle suggestioni indotte dai mezzi di comunicazione di massa nella rappresentazione virtuale dei prodotti (*si è visto innanzi della rilevanza giuridica assunta dalla c.d. sorpresa*)”. BOCCHINI, Fernando & QUADRI, Enrico. *Diritto privato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016. pp. 807 y 808.

⁶⁹⁸ Traducción libre. MENGONI, Luigi. “Autonomia privata e costituzione”, en *Banca, borsa e titoli di credito*, Vol 50, Giuffrè Editore, Milano, I, 1997. p. 15.

conceptual, el cual, aunque se encuentra conformado por cuerpos geográficos que, *prima facie*, parecen desligados entre sí, al visualizarse con detenimiento, buscando individuar la naturaleza de cada una de las superficies que lo componen, es posible comprobar que de todas y cada una de ellas se predica un origen común, una especie de ‘Pangea teórica’ que se desprende de la sorpresa concebida como un vicio de la voluntad, en particular, y, yendo aún más lejos, de la sorpresa jurídicamente relevante, en general, como gran marco conceptual⁶⁹⁹.

Ahora bien, habiendo llegado a este punto, conviene señalar que, si bien consideramos que resulta merecedor de todo reconocimiento el aporte que ha realizado la doctrina que se ha dado a la tarea de reivindicar el papel de la sorpresa en el marco de la moderna proyección del Derecho contractual, y más concretamente en el campo del Derecho del consumo, la cual ha llegado a interiorizarla como un ‘nuevo vicio de la voluntad’, creemos respetuosamente que ello no resulta del todo adecuado y conveniente, ya que, tal y como hemos podido corroborar a lo largo de este escrito, la sorpresa representa una figura conceptual que cuenta con un extenso linaje jurídico, la cual, por lo demás, ya habría sido individuada, siglos atrás, como un auténtico vicio de la voluntad, motivo por el cual, concebirla únicamente como un ‘nuevo vicio’ o incluso, como una especie de ‘herencia marginal del pasado’⁷⁰⁰, necesariamente conllevaría a desconocer su extensa trayectoria, así como también su prolongada y reveladora prosapia⁷⁰¹.

Así las cosas, parece acertado afirmar que, la sorpresa, como el dios Jano, tiene dos rostros o dimensiones, una que se proyecta a lo largo de todo un prolongado entramado histórico que la precede (*vetera*), y otra que se postra avistando el devenir (*nova*), constituyendo así un ejemplo fehaciente que corrobora la veracidad de la formulación pendular de la lectura histórica a través del ‘*corso e ricorso*’ del que habló en su momento el afamado filósofo italiano GIAMBATTISTA VICO⁷⁰². Sin embargo, en su esencia, la sorpresa es siempre la misma, y para que su dimensión y alcances puedan ser objeto de una correcta valoración y formulación se requerirá que se tenga presente sus dos perfiles o dimensiones.

Es por tal virtud que, a pesar de lo llamativo que resulta acudir a la calificación de la sorpresa como un ‘nuevo vicio’, creemos que el mismo no logra hacerle justicia a la realidad, pues desconoce el auténtico abolengo y ser jurídico de dicha figura, razón por la cual consideramos que resultará más conveniente, amén que apropiado, hablar de un ‘redimensionamiento’ o una ‘reformulación’, o, inclusive, de un ‘renacimiento’ de la sorpresa como vicio, pues nos resulta difícil concebir que se le llame ‘nueva’ a una figura que otrora habría sido delineada por las vetustas plumas que fueron empuñadas por históricos

⁶⁹⁹ En este sentido, especial reconocimiento debe hacerse al doctrinante italiano FLAVIO LAPERTOSA, quien, en un llamativo escrito en relación con la figura de la sorpresa, y en el cual aborda muy someramente algunas de las manifestaciones particulares de la misma, concluiría observando que la sorpresa en la esfera jurídica contemporánea da lugar “a una pluralità di tutele coerenti con la necessità di assicurare la integrità del consenso nella sua più matura manifestazione di volontà e rappresentazione e di sanzionare nel contempo l'uso spregiudicato del primato socio-culturale nei rapporti interprivati”. LAPERTOSA, Flavio. *La sorpresa nel rapporto obbligatorio*, *op.cit.* p. 667.

⁷⁰⁰ BRECCIA, Umberto. *La contrattazione su valori mobiliari il controllo della contrattazione «sorprendente»*, *op.cit.* p. 18.

⁷⁰¹ No se equivoca en este sentido el doctrinante italiano FLAVIO LAPERTOSA al poner de presente que es posible encontrar una ‘línea de continuidad’ entre aquella figura de la sorpresa que se habría consagrado en el marco de la legislación decimonónica en el concreto escenario de la imputación del pago, y la noción de la sorpresa que se desprende de las normas contemporáneas relativas a la disciplina del Derecho del consumo. LAPERTOSA, Flavio. *La sorpresa nel rapporto obbligatorio*, *op.cit.* p. 664.

⁷⁰² VICO, Giambattista. *Principi di scienza nuova di Giambattista Vico*, T I y T II, Napoli. 1744.

juristas, quienes habrían ‘estampado’ la esencia de la misma en pergaminos que cuentan con más de medio siglo de antigüedad.

En efecto, nos encontramos ante una esfinge conceptual que, además de encontrarse sustentada por una larga tradición jurídica, lo cual le permite nutrirse con los frutos que se desprenden de la teoría general que le brinda su pasado, en la actualidad ha sido objeto de un llamativo redimensionamiento, el cual le ha permitido adaptarse de mejor forma a las exigencias del presente, viéndose de tal modo revitalizada con la adopción de modernas perspectivas que le ofrendan un elevado grado de dinamismo, lo que impide que se vea recluida en estrictas concepciones las cuales cada vez más parecen ser superadas en la actualidad, y le permite a su turno ajustarse de mejor forma a los nuevos derroteros por los que cursa el Derecho contractual post-moderno.

De este modo, puede decirse que, la sorpresa, entendida como un vicio de la voluntad, representa un paradigma de los institutos que se incardinan en escenario de la tutela del consentimiento contractual, el cual, sin traicionar los lineamientos teóricos del pasado, pues encuentra un claro sustentáculo en la teoría general de los vicios de la voluntad, se ha abierto paso hacia un futuro que se encuentra más acorde con todas las elevadas exigencias que se desprenden de la contemporaneidad⁷⁰³.

3.1.2. *La incorporación de la ventaja injustificada como nuevo y enriquecido paradigma de vicio de la voluntad. Su interrelación con la figura de la sorpresa.*

De la mano a esta primera línea tendencial que se inclina por individuar la existencia de una pluralidad de nuevas anomalías que alteran el consentimiento y a las cuales se les ha asignado el rótulo de ‘nuevos vicios del consentimiento’, puede verificarse igualmente que en el marco Derecho contractual moderno existe una tendencia bastante generalizada a nivel internacional por medio de la cual, dando paso a una reevaluación de la taxativa formulación tripartita de los vicios clásicos de la voluntad, la que se inclina por introducir un nuevo paradigma de protección del consentimiento con una *natura* más amplia y generalizada que permite que en él sean reconducidos o canalizados un cúmulo de imperfectos que se despeñan con gran facilidad en el tráfico jurídico moderno y que ponen a prueba la integridad de la voluntad negocial⁷⁰⁴.

De este modo, en el escenario internacional se ha forjado la figura de la ‘ventaja injusta’, o del ‘ventajismo’ – expresión que habría sido empleada en la Propuesta de Código Civil español presentada originalmente en el 2016 por la Asociación de Profesores de Derecho civil-⁷⁰⁵, la cual se ha articulado, en cierto modo, como un especie de mecanismo de cierre

⁷⁰³ En lo tocante a la necesidad de buscar un punto medio que logre equilibrar el respeto por las bases clásicas de la teoría de los vicios de la voluntad con el propósito de adaptar dicha teoría a las exigencias y los principios que rigen en el ámbito contractual en la contemporaneidad, los profesores italianos AURELIO GENTILI y VALERIO CINTIO, han manifestado con gran criterio y claridad que, “Dobbiamo d'altronde tenere conto che se, da un lato, non dobbiamo rinnegare la tradizione, dall'altro non possiamo ignorare l'innesto sul diritto dei contratti di nuovi principi sopravvenuti, intesi ad una disciplina più equa e/o più efficiente degli scambi. Esaminare i ‘nuovi vizi del consenso’ in rapporto a quelli tradizionali è un tentativo di non tradire il passato senza chiudersi al futuro”. GENTILI, Aurelio & CINTIO, Valerio. *I nuovi ‘vizi del consenso’*, *op.cit.* p. 158.

⁷⁰⁴ En relación con esta nueva tendencia que se ha abierto un importante camino el continente europeo, véase con interés: GIANOLA, Alberto. *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, *op.cit.* pp. 676-679.

⁷⁰⁵ Artículo 527-9. *Propuesta de Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018. p. 689.*

de la disciplina de los vicios de la voluntad⁷⁰⁶, y que funge como una suerte de hendidura por medio de la cual se logra flexibilizar el rigor tradicional que habría caracterizado la lectura más clásica con relación a la protección frente a eventualidades más sutiles, cuya verificación resulta frecuente en las relaciones económicas y jurídicas de los tiempos que corren actualmente⁷⁰⁷, y que logran escapar del campo de aplicación de las tres epifanías que ofrendaba la de la teoría clásica. Todo ello ha dado lugar a que se llegue a considerar que esta nueva figura cuenta con una ‘extensión máxima’ que le permite reaccionar contra cualquier abuso o ventaja que se extraiga como fruto de la afectación o disminución de la capacidad defensiva del sujeto perjudicado⁷⁰⁸.

Al respecto, si bien es posible verificar que esta moderna figura se concatena con importantes disposiciones que ya de antaño se encontraban presentes en importantes codificaciones europeas, siendo muestras paradigmáticas de ello, el parágrafo segundo de la § 138 del Código civil alemán, el cual sancionó con nulidad a los negocios jurídicos por medio de los cuales una de las partes se aprovecha de una situación de debilidad de la otra permitiéndole obtener con ello un beneficio manifiestamente desproporcionado⁷⁰⁹, y el artículo 1448 del Código Civil italiano, el cual integra la acción de rescisión para aquellos eventos en los que se configure una desproporción prestacional que se debe al estado de necesidad en el cual se encuentra una de las partes y del cual la otra se ha aprovechado⁷¹⁰, lo cierto es que la figura en cuestión ha adquirido una mayor dimensión en la actualidad en el ámbito del Derecho comparado.

Dimensión que le ha permitido repercutir, de una u otra forma, en novedosos modelos legislativos, tal y como se verifica en el caso del actual y nuevo artículo 1143 del Código Civil francés, por medio del cual se incorpora como un supuesto de violencia vicio -o causa de un vicio- el supuesto en el cual una de las partes obtiene una ventaja ‘manifiestamente excesiva’ como fruto del abuso de un estado de dependencia⁷¹¹, así como también acontece en el caso del novedoso Código Civil y Comercial argentino el cual se incorporó en el marco de los ‘vicios de los actos jurídicos’ la figura de ‘lesión’ la que se configura cuando una de las partes obtiene una ventaja patrimonial manifiestamente desproporcionada e injustificada como el resultado de la explotación de la necesidad, debilidad psíquica o de la inexperiencia de la otra parte.

⁷⁰⁶ BARCELÓ COMPTE, Rosa. *La ruptura del equilibrio inicial del contrato: la ventaja injusta*, en *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, Madrid, 2017. p. 278.

⁷⁰⁷ HINESTROSA, Fernando. “Estado de necesidad y estado de peligro: ¿Vicio de debilidad?”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 8, 2005. p. 133.

⁷⁰⁸ PONTIROLI, Luciano. “La protezione del contraente debole nei Principles of International Commercial Contracts di Unidroit: much ado about nothing?”, en *Giurisprudenza Commerciale*, I, Giuffrè Editore, Milán, 1997. p. 572.

⁷⁰⁹ La simple corroboración de una notoria desproporción entre la prestación y la contraprestación no es suficiente para dar aplicación de la § 138 II, sino que, conforme al criterio que parece prevalecer tanto doctrinal como jurisprudencialmente en el sistema jurídico alemán, ateniéndose al tenor de la norma, se requiere adicionalmente que haya existido un aprovechamiento subjetivo de determinadas circunstancias que ponen a una de las partes en una considerable situación de debilidad, el cual, por lo demás, debe ser consciente. MEDICUS, Diter. *Allgemeiner Teil des BGB*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006. pp. 282-283.

⁷¹⁰ Sobre este particular véase con particular interés, RIZZO, Vito. “Sulla nozione di “stato di bisogno” nella rescissione per lesione”, en *Rassegna di diritto civile*, 1980. pp. 166 y ss; y MESSINEO, Francesco. “Lo “stato di bisogno”, del contraente nella lesione enorme”, en *Il Foro italiano*, Vol, 73, 1950. col. 193 y ss.

⁷¹¹ CHANTEPIE, Gaël & LATINA, Mathias. *Le nouveau droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2018. pp. 291-297.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible verificar que, la mayor proyección que ha adquirido esta nueva tendencia que parece predominar en el Derecho contractual moderno se verifica en el importante acogimiento que ha tenido en el ámbito supranacional, en el cual se han perfilado una pluralidad de disposiciones que, de la mano de los vicios tradicionales, regulan las figuras, no del todo sinonímicas, de la desproporción o ventaja excesiva (*gross disparity*), y de la explotación o ventaja injusta (*unfair exploitation - unfair advantage*). A fe de ello, puede verificarse que, en un primer escenario, serían los Principios Unidroit los que por intermedio de su artículo 3.2.7, acogieron una disposición de tal naturaleza, lo que fue replicado, con algunos matices y diferenciaciones, por parte del artículo 4:109 de los Principios Europeos del Derecho de Contratos, así como también, más recientemente en el tiempo, acontecería con el artículo 7:207 del Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo, y con el artículo 51 de la Propuesta de Normativa Común de Compraventa Europea (CESL), como también acontece con el artículo 37 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos.

De este modo, siguiendo los lineamientos generales que se logran abstraer de las diferentes normativas a las que hemos venido refiriendo, *grosso modo*, es posible evidenciar que el supuesto que configura la idea de la ventaja injusta suele ser representado en la ausencia de una equivalencia prestacional que se produce como consecuencia de una situación de debilidad que aflige a una de las partes de la relación, y de la cual la otra parte conscientemente se aprovecha, ello en aras de obtener un beneficio que resulta injusto o desproporcionado, configurando así una afectación de la libertad o de la consciencia del sujeto que afectado, y la cual desemboca en una lesión a su voluntad⁷¹².

Desde esta perspectiva, la figura en cuestión se articula como un instrumento tuitivo que sirve como sustento para la construcción de relaciones más equilibradas y equitativas en la contemporaneidad⁷¹³, y cuyo propósito final es el de brindar una tutela efectiva del consentimiento negocial⁷¹⁴, para lo cual, en el fondo, y a diferencia lo que acontece con los demás vicios de la voluntad, se requerirá del desarrollo de una valoración del contenido contractual, en aras de poder determinar si el aprovechamiento de una situación de debilidad de una de las partes, efectivamente desemboca en la constitución de una ventaja para la otra, instituyéndose así como una especie de ‘muro de contención’ ante el ejercicio irrestricto de la libertad contractual que permite que este último principio logre armonizarse con aquel de la buena fe en el escenario contractual⁷¹⁵.

Es por virtud de lo anteriormente expuesto que, es posible comprobar que la reprobación de ventaja injusta se armoniza perfectamente con los lineamientos del nuevo modelo contractual, ya que, bañándose en las aguas de la moralidad y la equidad, enaltece el reinado

⁷¹² GÓMEZ CALLE, Esther. *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2018. p. 155.

⁷¹³ PAPAYANNIS, Diego Martín. “La debilidad contractual en el proyecto de unificación civil y comercial”, en *Lecciones y Ensayos*, Vol 76, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001. p. 66.

⁷¹⁴ En opinión de la doctrinante española ROSA BARCELÓ COMPTE, quien ha abordado con gran detenimiento y rigor investigativo la temática en cuestión, “La finalidad de una figura como la ventaja injusta es proteger la integridad del consentimiento; dotar de una acción para proteger [ante] las consecuencias (injustas) de aquel consentimiento que se dio sin la plena libertad de elección, y no sólo solucionar una falta de equivalencia objetiva entre las prestaciones”. BARCELÓ COMPTE, Rosa. *La ruptura del equilibrio inicial del contrato: la ventaja injusta*, en *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, op.cit. p. 278.

⁷¹⁵ GÓMEZ CALLE, Esther. “El ventajismo, nuevo vicio de la voluntad en la propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil”, en *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol 2, UAM Ediciones, Madrid, 2019. p. 1619.

de buena fe, al proscribir los abusos que puede padecer el sujeto débil o vulnerable, y, reafirma el encuadramiento de la persona como el centro gravitacional del Derecho contractual⁷¹⁶, fungiendo así como un instrumento idóneo y sumamente conveniente para la legítima y correcta protección de los sujetos que se encuentran en una especial indefensión, particularmente en periodos de crisis como los que hemos vivido y seguimos viviendo en los últimos tiempos, los cuales se han visto caracterizados por una arrasadora y deplorable pandemia.

En tal sentido, bien miradas las cosas, se corrobora que el propósito de proscribir de las relaciones contractuales la presencia de ventajas injustificadas amén que injustas, se articulan postulados que atienden a la justicia material y a la procedimental, pues a diferencia de otros institutos, no se encuentra confinada a naturaleza rigurosamente objetiva o subjetiva en puridad⁷¹⁷, sino que, de ella se predica una morfología híbrida (objetivo-subjetiva), ya que para su configuración, tanto el factor objetivo como aquellos subjetivos, adquieren relevancia cardinal y se ven amalgamados en un mismo juicio de valoración, lo cual permite escapar al carácter restringido que se predica del primero de estos factores, pues este se verá flexibilizado por la presencia del segundo de ellos, el cual apela a criterios de naturaleza abierta que permiten darle un marco más amplio y arropador a la figura en cuestión, todo lo cual ha llevado a que la misma sea calificada como una suerte de vicio ‘híbrido’ o ‘complejo’⁷¹⁸.

Ahora bien, con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, y enfocándonos en el análisis de los supuestos subjetivos que encuentran relieve en las normativas previamente aludidas, es posible evidenciar que el denominado ‘factor sorpresa’ puede fungir como un elemento idóneo para conformación de una ventaja injusta, o, visto a partir de la perspectiva del sujeto sorprendido, de una ‘injusta desventaja’ la cual ameritará de una clara respuesta por parte del ordenamiento jurídico.

En este sentido, no debe olvidarse que, algunos de los factores subjetivos que se abstraen de las diversas disposiciones internacionales y que interiorizan la idea de una situación de debilidad o indefensión de uno de los contratantes respecto de la cual se adquiere una ventaja, tales como lo son, la existencia de una relación de confianza, la ignorancia, la falta de experticia, la carencia de las habilidades de negociación, así como la falta de previsión, han

⁷¹⁶ Así lo ha puesto de presente la profesora de la Universidad Complutense, MARÍA LINACERO DE LA FUENTE, al manifestar que “la figura de «lesión por aprovechamiento injusto» o «ventaja injusta» es reflejo de un progresivo refinamiento jurídico y moral y una manifestación de la protección de la persona en el marco de la contratación, como reflejo del auténtico espíritu del Derecho Civil como Derecho de la Persona”. DE LA FUENTE, María Linacero. *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico: la ventaja injusta*, tirant lo blanch, Valencia, 2019. p. 96.

⁷¹⁷ En este sentido, la profesora NURIA GINÉS CASTELLET ha señalado que, a diferencia de lo que acontece con los tradicionales vicios del consentimiento, en los cuales la valoración del equilibrio prestacional no adquiere una gran relevancia, en el supuesto de la ventaja injusta la consideración de estos aspectos de naturaleza objetiva tiene una gran relevancia, ya que en el caso de esta última se da lugar a una “inevitable ponderación del contenido del acuerdo contractual”. GINÉS CASTELLET, Núria. “La ventaja o explotación injusta el ¿futuro? Derecho contractual”, en *InDret*, 4, 2016. pp. 13 y 14.

⁷¹⁸ Según lo ha puesto de presente BARCELÓ COMPTE, “La explotación injusta refleja un régimen de vicio híbrido, complejo: para que prospere una acción de rescisión o adaptación del contrato por explotación injusta se requieren tres aspectos: la posición de la parte débil en un estado negocial susceptible de ser explotado; una conducta de explotación de la otra parte y una ganancia desproporcionada obtenida en forma de una ventaja manifiestamente injusta o beneficio”, a lo cual agregaría seguidamente que “Se trata, por tanto, de una institución de nuevo cuño”. BARCELÓ COMPTE, Rosa. *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, *op.cit.* p. 143 y ss.

sido todos considerados como elementos concomitantes a la sorpresa entendida como vicio de la voluntad, lo cual, por sí mismo, pone en evidencia los vasos comunicantes o puntos de convergencia entre ambas figuras.

En tal sentido, baste con señalar que, la defraudación de la confianza, al igual que la existencia de una falta de previsión, tal como lo hemos señalado en reiteradas oportunidades, representan supuestos que tienen una denotada potencialidad para la configuración de la sorpresa⁷¹⁹. Sin perjuicio de ello, en nuestra opinión, la sorpresa, incluso en los eventos que no llega a ser conjugada con uno de las circunstancias que han sido expresamente positivizadas por las normas precitadas, tiene la virtualidad suficiente para fungir como supuesto detonador de una ventaja injusta, puesto que, en lo que respecta a tales disposiciones, podemos decir que no nos encontramos ante un listado taxativo, o un *numerus clausus*, ya que cercenaría la misma formulación flexible que resulta connatural a dicha figura, sino que, por el contrario, son cláusulas abiertas que permiten el ingreso de otros factores que no fueron expresamente demarcados por las mismas.

Así, como sustento de lo anterior, es menester recordar que en los Comentarios oficiales a los Principios Unidroit, expresamente se puso de presente que, para la consideración de la existencia de una ventaja injustificada “puede ser necesario tomar otros factores en consideración”⁷²⁰, lo cual no solo ratifica la naturaleza abierta de la disposición, sino que, adicionalmente, brinda un mayor soporte a la posibilidad de que la sorpresa, o, incluso, el denominado ‘elemento sorpresivo’, pueda ser reconducido hacia los factores que tienen la virtualidad para llegar a configurar un típico supuesto de ‘ventaja injusta’ merecedora de todo reproche y proscripción.

Siguiendo esta línea de ideas, cabe memorar que, en el Proyecto de Código civil argentino presentado en el año 1998, al regular la figura de la lesión dentro del título atinente a ‘los vicios de la voluntad y de los actos jurídicos’, se determinó que, la explotación de las circunstancias objetivas o subjetivas, la cual da lugar a la configuración de una ventaja desmesurada e injustificada, se presumirá cuando el demandante logre probar “que fue sorprendido por la otra parte”, y que con ello se materialice una notable desproporción de las prestaciones⁷²¹.

Al respecto, debe señalarse igualmente que, la cuestión relativa al papel que puede llegar a desempeñar la sorpresa en el ámbito de la reglamentación de la normativa concerniente a la lesión ha despertado una considerable atención en la doctrina argentina, la cual se ha visto dividida con relación a la conveniencia de integrar la sorpresa como supuesto configurador de la ventaja injusta, y, por tal vía, de la lesión⁷²², lo que llevó a que en el marco de las ‘XVII

⁷¹⁹ Al respecto, en relación con la estrecha vinculación que puede predicarse entre la sorpresa y el aprovechamiento de la confianza, el distinguido profesor argentino ALEJANDRO BORDA, comentado el Proyecto de Código civil argentino del año 1998, habría manifestado con gran elocuencia que: “El Proyecto establece ahora que el comportamiento del lesionante no se reduce a la explotación de la inferioridad sino también a la actuación por sorpresa que lleva a aprovechar una relación de confianza. ¡Cuántas amistades conocemos que se han destruido justamente por el aprovechamiento de la confianza! La confianza lleva, muchas veces, a preguntar poco, a fiarse en el amigo y, cuando menos se lo imagina, ha sido sorprendido y perjudicado”. BORDA, Alejandro. *Los vicios del consentimiento y en especial el vicio de la lesión: apuntes sobre el proyecto de Código Civil de 1998*, AR/DOC/158822/2001. p. 5.

⁷²⁰ *Principios Unidroit: 2016*, Instituto internacional para la Unificación de Derecho Privado, Roma, 2018. p. 121.

⁷²¹ Artículo 327 del proyecto de Código Civil argentino de 1998.

⁷²² Entre los autores que se inclinan por favorecer la incorporación de la sorpresa en el marco de la regulación de la figura de la lesión se encuentran los distinguidos profesores RUBÉN STIGLITZ y RAMÓN

Jornadas Nacionales de Derecho Civil’, de gran relevancia y trascendencia jurídica en dicha geografía-, se diese lugar a una votación académica para determinar la inclusión del “factor sorpresa como un supuesto subjetivo de lesión”, la cual arrojó un resultado que mostró una contundente posición mayoritaria que se habría inclinado por una respuesta afirmativa en tal sentido⁷²³.

Así pues, teniendo en cuenta lo anteriormente reseñado, parece posible llegar a la conclusión según la cual, a pesar de que en el actual Código Civil y Comercial argentino cuando se regula la lesión como un supuesto de los vicios de los actos jurídicos, no se acude expresamente a la sorpresa, la toma en consideración a la ‘necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia’ como circunstancias que pueden ser explotados por una de las partes para lograr obtener una ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación, permiten que en la norma en cuestión se englobe una amplia variedad de supuestos, dentro de los cuales, la sorpresa podrá encontrarse comprendida. Al respecto, no debe olvidarse que la sorpresa no representa una figura extraña, o ‘forastera’ en relación al ordenamiento jurídico argentino, y, por tal virtud, su consideración en el ámbito particular de la lesión no resulta en lo absoluto incoherente o, si se prefiere, ‘sorpresa’⁷²⁴.

En un sentido similar, y desde una proyección más general, tomando como fundamento la naturaleza dúctil o flexible de este instrumento de protección el hemos venido desarrollando, podría concluirse igualmente que, en virtud de la naturaleza lesiva y perjudicial que se desprende de la sorpresa, la que, incuestionablemente puede llegar a colocar a un sujeto en una situación de manifiesta debilidad e indefensión, de la cual el otro sujeto de la relación puede obtener una ventaja que resulta injustificada, esta última puede ser concebida como un elemento o factor que cuenta con la virtualidad suficiente para vehicular un auténtico y prototípico supuesto de ventaja injusta en sede contractual, llegando así a articularse dentro de este nuevo modelo de protección del consentimiento contractual.

De hecho, cabe memorar en este punto que, un sector doctrinal se ha inclinado por considerar que la figura de la sorpresa se explica cuando una de las partes ha obtenido una ventaja injusta o indebida aprovechándose de determinadas circunstancias que posicionarían al sujeto sorprendido en una situación de debilidad⁷²⁵.

Ahora bien, el hecho que la sorpresa, así como muchas otras anomalías o figuras, pueda llegar a configurar un supuesto que dé lugar a la materialización de una ventaja injusta, no

PIZZARO, quienes habrían manifestado en su momento que “podría ser conveniente admitir en una futura reforma al código civil, a la condición económica, social o cultural que conduce a la incomprensión de alcance de las obligaciones, al poder resultante de la autoridad que el lesionado ejerce sobre el lesionado, a la existencia de una relación de confianza entre las partes, y a la sorpresa, como posibles factores subjetivos relacionados con la víctima del acto lesivo, como con buen criterio lo hacía el Proyecto de 1998 en su art. 327”. STIGLITZ, Rubén S. & PIZARRO, Ramón D. *Lesión subjetiva. Aspectos sustanciales y procesales*, AR/DOC/1484/2010. Por su parte, sosteniendo una postura contraria, el profesor DIEGO MARTÍN PAPAYANNIS, ha expresado que resulta innecesaria la inclusión de la sorpresa en el ámbito de la lesión por cuanto, en su opinión, esta configura un supuesto de ‘dolo menor’, lo que la reconduce al dominio del dolo como vicio, y que, incluso si no se considerase como un supuesto de dolo, será en todo caso una actuación de mala fe y, en tal evento, se debe acudir a la vía del resarcimiento del daño. PAPAYANNIS, Diego Martín. *La lesión subjetiva-objetiva en el Derecho argentino*, op.cit. pp. 109 y 110.

⁷²³ Véase *supra* nota 157.

⁷²⁴ RIVERA, Julio César. *La lesión en el proyecto de Código Civil de 1998*, Ar/Doc/13550/2001. pp. 3 y 4.

⁷²⁵ Entre otros, véase: LAURENT, François. *Principes de droit civil*, T XVII, op.ict. p. 603; MARCADÉ, Victor-Napoléon. *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, T IV, op.cit, p. 533; y PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Istituzioni di diritto civile italiano*, Libro III, T II, op.cit. p. 299.

debe llevar a considerar que el espectro de la primera se ve marginado única y exclusivamente a este escenario, puesto que, como hemos podido evidenciar, esta figura ha adquirido una *corpus* conceptual propio y autónomo, el cual ha permitido dar lugar a la constitución de concretos regímenes de protección del consentimiento negocial, en sede del moderno Derecho de contratos. Sin embargo, la reconducción de la sorpresa en el marco de la ventaja injusta permite, en principio, que la misma pueda llegar a desempeñarse en sede de todas aquellas normativas que expresamente le han dado acogimiento a esta última figura, lo cual da lugar un importante ensanchamiento de los alcances de la sorpresa en el ámbito internacional en la actualidad.

3.2. EL REDIMENSIONAMIENTO DE LA SORPRESA COMO VICIO DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL CONSUMO

3.2.1 *La sorpresa como 'nuevo vicio de la voluntad' y su desenvolvimiento en el marco de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y los contratos a distancia.*

Para mediados del siglo XX, compaginando con las nuevas tendencias que para la época habrían comenzado a abriese camino en la legislación internacional, particularmente en lo tocante con la regulación de las condiciones generales de la contratación y las normas atinentes a la protección de los consumidores, la problemática relativa a los riesgos que sorpresa puede acarrear en relación con la correcta formación del consentimiento contractual, emerge nuevamente a la luz de este panorama⁷²⁶, y se cristaliza en dos escenarios particularmente: i) en el marco de los métodos no tradicionales de contratación, y ii) en el ámbito de la contratación predispuesta, concretamente en lo que concierne a las denominadas cláusulas sorpresivas.

Al respecto, teniendo en consideración que la temática atinente a las cláusulas sorpresivas la desarrollaremos con mayor detenimiento en los dos capítulos subsiguientes, en esta sección de nuestra investigación nos centraremos a abordar el redimensionamiento de la sorpresa en el ámbito de los métodos no tradicionales de la contratación.

Así las cosas, podemos señalar que el escenario que daría lugar al referido redimensionamiento de la sorpresa se desencadenaría como consecuencia de la verificación de un proceso metamórfico que sobrellevarían las técnicas de comercialización, las cuales, jalonadas impetuosamente por las exigencias económicas y sociales que serían delineadas por un ávido mercado con miras a una inagotable expansión, terminarían por superar raudamente las barreras que precedentemente las circunscribían a modelos tradicionales, y de suyo más restringidos, caracterizados por el acostumbrado desplazamiento, físico, voluntario y espontáneo, por parte del cliente, hacia los recintos donde predominaba el comercio. A lo cual, debe sumársele las acentuadas transformaciones que los modelos de contratación habrían evidenciado, fruto de una indómita evolución que habría traído consigo la tecnología, la cual ha dado paso a un constante proceso de mutación del comercio, lo que ha llevado que los conceptos de 'límites' y 'confines' cada vez resulten más extraños a este último, de modo tal que, las limitaciones de tiempo, modo y lugar -las cuales anteriormente

⁷²⁶ Según observa el profesor italiano ALBERTO GIANOLA, "A partire dagli anni '70 il tema della protezione del consumatore dalla sorpresa emerge prepotentemente anche a livello comunitario". GIANOLA, Alberto. *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, op.cit. p. 81.

coartaban sustancialmente sus alcances-, resulten simples espejismos de un modelo mercado que ha sido superado ya, todo lo cual ha llevado a que, en la hora de ahora, cualquier lugar o entorno, así como también, cualquier instante o momento, se ha convertido en idóneo para la realización de transacciones negociales.

Ahora bien, como clara consecuencia de todo este proceso evolutivo, se dio lugar al enlazamiento de una disciplina ampliamente comprensiva, direccionada principalmente a regular y delimitar las posibles asimetrías que se generan como consecuencia de la aparición de nuevos modelos distributivos que contribuirían a la reformulación del mercado *in genere*, los cuales, inicialmente, fueron concebidos como métodos ‘agresivos’ de contratación, y que hoy, con mejor criterio, se califican como ‘no tradicionales’ o, inclusive, ‘sorprendentes’⁷²⁷, siendo estos principalmente dos, los denominados ‘contratos celebrados fuera de los establecimientos de comercio’, y los llamados ‘contratos celebrados a distancia’.

Así las cosas, con fundamento en lo anteriormente expuesto, terminó por instaurarse una nueva disciplina cuyo propósito, cabe destacar, no sería el vedar o reprimir el implemento de estas metodologías de contratación, las cuales, no puede desconocerse, traen consigo importantes ventajas para el comercio, sino que su verdadero propósito fue el de regular y delimitar el modo en que las mismas se desarrollan, trazando como un norte la intención de neutralizar los posibles efectos negativos que pueden llegar a derivarse del implemento desmedido de este tipo de técnicas. Todo lo anterior, en aras de garantizar una legítima protección del consumidor, el que se ve afectado por este tipo de técnicas, ya que las mismas, valiéndose del factor sorpresa, suelen generar una sustancial afectación de la serenidad psicológica que se requiere en orden a lograr a dar cabida a la correcta formación del consentimiento contractual, protección que se conseguiría a través del reconocimiento de un *ius poenitendi*, es decir, de un derecho de desistimiento, que recae en cabeza exclusiva del consumidor⁷²⁸, constituyendo este una nueva ‘adarga’ remedial que ofrenda el ordenamiento jurídico en la lucha contra la sorpresividad en el terreno contractual.

De este modo, puede verificarse que, parte de la esencia nuclear sobre el cual se sustenta la formación de una disciplina de estos nuevos modelos de contratación, se incardina en propósito de evitar que los comerciantes, valiéndose de la sorpresa o de otros elementos que perturban el proceso de formación del consentimiento negocial, y que pretenden con ello adquirir un posicionamiento ventajoso, terminan por colocar al consumidor en una situación de particular debilidad al dar lugar la producción de una suerte de ‘situación psicológica subalterna’⁷²⁹, la cual puede llegar a desembocar en el impío perfilamiento de un vicio que trastorna su voluntad, el que, a su turno, desde una perspectiva ‘macroeconómica’, cuenta

⁷²⁷ En lo tocante a la denominación de este tipo de contratos como ‘agresivos’, el profesor colombiano CARLOS IGNACIO JARAMILLO ha señalado con buen criterio que “la agresión no debería ser tolerada por la ciencia jurídica directa o indirectamente, menos en los tiempos que corren signados por una idea enteramente diferente, en guarda de la preservación y respeto a la ultranza de los derechos humanos, y de la evitación de toda confrontación que pueda poner en peligro la estabilidad ciudadana y la paz social, como derecho supremo de todos los pobladores. Ventas ‘invasivas’, o mejor aún no ortodoxas, o heterodoxas, o *sorpresivas*, podrían expresar análoga idea por de pronto de mejor manera (...)”. JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La compraventa en el Derecho del consumo*, Ibañez, Bogotá, 2015. p. 277.

⁷²⁸ TROIANO, Onofrio. “L’ambito oggettivo di applicazione e le esclusioni del D. lgs. 15 gennaio 1992, n. 50”, en *Le vendite aggressive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995. p. 63; y MUSIO, Antonio. *I contratti conclusi fuori dai locali commerciali*, *op.cit.* p. 286.

⁷²⁹ MUSIO, Antonio. *I contratti conclusi fuori dai locali commerciali*, *op.cit.* p. 284.

con la potencialidad para dar cabida a una negativa alteración de los engranajes que permiten el correcto funcionamiento del modelo de un mercado concurrencial⁷³⁰.

3.2.1.1. *Importancia, dimensión y alcance del elemento sorpresa en sede de los contratos celebrada fuera de los establecimientos de comercio.*

Uno de los primeros escenarios en los que la sorpresa se habría desenvuelto en el ámbito particular del Derecho de consumo, se presentó con la aparición de las llamadas ‘ventas a domicilio’ (*door to door*, o *Haustürgeschäft*), las cuales dierton lugar a la construcción de una disciplina pionera en cuanto a la integración de una política ‘consumerística’, propiamente concebida a nivel internacional, lo que permite concluir que incluso en los albores mismos de la regulación jurídica de las relaciones de consumo, la sorpresa llegó a desempeñar un papel trascendental, pues ya para entonces se logró evidenciar la naturaleza desestabilizadora de esta figura que impide la correcta formación de un consentimiento libre, consciente y reflexivo, lo cual dio paso a que se reconociese la necesidad de incorporar medidas remediales enderezadas a reestablecer una situación más conveniente de igualdad entre las partes de la relación negocial⁷³¹.

Esta modalidad de comercialización introdujo una inversión la lógica con la que se venían desarrollando las negociaciones tradicionales, pues ya no sería el consumidor quien, *motu proprio*, se desplazaría hacia los locales del comercio en búsqueda de bienes y servicios que le permitiesen satisfacer sus intereses y necesidades, sino que ahora sería el comercio el que, de forma imprevista, se remitiría a él postrándose en las mismas puertas de sus aposentos.

Así, a la luz de este nuevo panorama, los comerciantes, acudiendo al empleo de la sorpresa y la presión psicológica, pretendían obtener un provecho o una ventaja de la situación de debilidad en la que se encontraba el consumidor, pues llevaban a que sus clientes concluyesen contratos sin la intersección de un adecuado proceso de meditación que respaldase su decisión, lo que en muchas ocasiones daba lugar a que estos últimos adquiriesen productos o servicios que en realidad no necesitaban⁷³², o que, inclusive, se vieran obligados a contratar con la única finalidad de librarse del incisivo acoso de un comerciante impudoroso. Por tal motivo, este tipo de modalidades de contratación llegaron a ser concebidos como prácticas o técnicas erosivas de la paz y la tranquilidad que deben reinar en el hogar⁷³³ -el cual representa, según enseña la antigua jurisprudencia anglosajona, ‘el castillo y fortaleza de todo hombre’, dentro del cual, ni siquiera el rey podría llegarlo a perturbar-⁷³⁴,

⁷³⁰ SERRANO CAÑAS, José Manuel. “La nueva caracterización legal de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles proveniente de la Directiva 2011/83/UE: ¿la superación del elemento sorpresivo?”, en *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, iustel, Madrid, 2015. p. 190.

⁷³¹ GHESTIN, Jaques. *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, Paris, LGDJ, 1988. p. 115.

⁷³² Al respecto, DANIELA VALENTINO, en su estudio monográfico dedicado a las ‘ventas agresivas’, afirmó que “Le tecniche di *démarchage* consentono di sfruttare la debolezza di questi consumatori, facilmente suggestionabili, inducendoli, tra l’altro, a consumi il piú delle volte del tutto superflui. In queste particolari conizione il soggetto ha solitamente capacità di resistenza veramente ridotta e il proceso di formazione della sua volontà e in alcuni casi del tuto inverito, perché deve avere possibilità di manifestare di ‘non’ voler concludere alcun affare”. VALENTINO, Daniela. *Recesso e vendite aggressive*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996. p. 16.

⁷³³ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La compraventa en el Derecho del consumo*, op.cit. p. 281.

⁷³⁴ COKE, Edward. *The reports of Sir Edward Coke, Kt, late lord Chief Justice of England*, H. Twyford, London, 1680. p. 339. En relación con la máxima del Derecho ingles según la cual ‘el hogar de todo

dando lugar con ello a que se posicionase al consumidor en una situación de grave o acentuada vulnerabilidad, lo cual impelería a que se diera lugar a la búsqueda de nuevos mecanismos que pudiesen brindarle una particular protección a este último en este tipo de escenarios.

En efecto, esta modalidad de ventas que se valen del elemento sorpresa, por regla general, aparejan una clara desventaja en detrimento del consumidor⁷³⁵, pues suelen desenvolverse cuando el profesional de, forma ‘intempestiva’⁷³⁶ e inesperada, aborda al primero en momentos y en escenarios en los cuales suele estar desprevenido, valiéndose así de un factor sorpresivo, y, por intermedio del implemento astutas habilidades y de estrategias de presión psicológica, lleva a que este último adquiera un bien o un servicio del cual no tenía un interés alguno o el cual, inclusive, podría llegar a no serle de utilidad alguna.

Ahora bien, con el tiempo, y fruto del celer desarrollo del mercado, el interés sobre este tipo de modalidades de contratación terminaría por superar la visión limitada de las denominadas ‘ventas a domicilio’ y se extendería a una disciplina, de suyo más amplia y comprensiva, que recaería sobre los ‘contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales’⁷³⁷, la que, bajo su formulación más reciente, ha comprendido, en términos generales, y sin perjuicio de algunas excepciones, aquellos supuestos de contratos que, habiendo intermediado la presencia física y simultánea del comerciante y consumidor, son celebrados en un lugar diverso a aquellos que habitualmente son empleados por el profesional para desarrollar su actividad de comercialización, siendo comprendidos igualmente los contratos que, a pesar de haber sido perfeccionados dentro del establecimiento de comercio, se fundamentan en un contacto precedente e inmediato entre el consumidor y el profesional que tuvo lugar fuera de dicho establecimiento, pues se concibe que en todos estos supuestos igualmente el consumidor podrá verse afectado por el elemento sorpresa⁷³⁸.

hombre es su castillo’ conviene traer a colación las elocuentes palabras que en desarrollo de la misma pronunció WILLIAM PITT, *Earl of Chatham*, quien, con gran altisonancia, manifestó en uno de sus discursos que “The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the Crown. It may be frail—its roof may shake—the wind may blow through it—the storm may enter—the rain may enter—but the King of England cannot enter!”. L. BROUGHAM, Henry. *Historical sketches of statesmen who flourished in the time of George III*, Baudry’s European Library, Paris, 1893. p. 22.

⁷³⁵ ZIMMERMAN, Reinhard. *The new German law of obligations*, Oxford University Press, 2005. p. 213.

⁷³⁶ El carácter de ‘intempestivo’ de este tipo de contratos es expresamente recogido por parte del consumidor colombiano (Ley 1480 del 2011), el que, al entrar a definir las ‘ventas con utilización de métodos no tradicionales’, determina que se entenderán por tales, entre otras, “las ofertas realizadas y aceptadas personalmente en el lugar de residencia del consumidor, en las que el consumidor es abordado por quien le ofrece los productos *de forma intempestiva* por fuera del establecimiento de comercio o es llevado a escenarios dispuestos especialmente para aminorar su capacidad de discernimiento” (se destaca).

⁷³⁷ Para un estudio general con relación a esta tipología de ventas y contratos, véase con gran provecho la afamada e internacionalmente reconocida obra sobre la compraventa realizada por el ilustre profesor de la Universidad de Salamanca, EUGENIO LLAMAS POMBO. Para tal propósito, puede consultarse las siguientes ediciones han sido publicadas en España y en Colombia, respectivamente: LLAMAS POMBO, Eugenio. *La compraventa*, La Ley, Madrid, 2014. pp. 968 y ss; y LLAMAS POMBO, Eugenio. *La compraventa*, T II, *op.cit.* pp. 1027 y ss.

⁷³⁸ PAISANT, Gilles. *Droit de la consommation*, puf, Paris, 2019. pp. 154 y 155. Sobre este particular correctamente ha sido evidenciado por la doctrina que, aquello que reviste mayor importancia en relación con esta disciplina particular es que la voluntad del consumidor se formó fuera de los locales comerciales y no que el contrato, como tal, se haya concluido fuera de los mismos. En este sentido véase, LIVI, Maria Alessandra. “Contratti con i consumatori: contratti negoziati fuori dei local commerciali”, en *I contratti del consumatore*, Giuffrè Editore, Milano, 2014. p. 448

En este sentido, se ha considerado que este tipo de contratación que se aleja de los métodos habituales o tradicionales, se encuentra caracterizada por la convergencia de dos elementos de índole y naturaleza diversa que la particularizan e individualizan. Así, por un lado, tal y como su denominación misma permite anticipar, se requiere de un elemento de carácter locativo, el cual consiste en que la celebración del contrato se desarrolle en un escenario diferente al del establecimiento del comerciante, mientras que, por el otro lado, se encuentra otra nota particular de índole psico-volitiva, la cual engloba la afectación o alteración de la voluntad que pone en una situación de vulnerabilidad al consumidor, en razón del carácter sorpresivo que interioriza la misma metodología que sigue este tipo de contratación⁷³⁹.

Así las cosas, ha sido en virtud de lo anterior que, la doctrina ha solido coincidir en identificar a la sorpresa como un elemento de naturaleza esencial y que termina por caracterizar a esta modalidad de contratación⁷⁴⁰, a punto tal que, algunos autores han llegado a considerar más adecuado aludir a la ella empleado el término de ‘contratación sorprendente’⁷⁴¹. En este sentido, dando fe de lo expresado en presencia, el docto profesor de la Universidad de Córdoba, LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO, con buen criterio, ha puesto de manifiesto que, para que pueda llegar a tener cabida la aplicación del régimen concerniente a la contratación fuera de los establecimientos comerciales, “es necesario que [el contrato] se celebre sorpresivamente para el consumidor”, siendo entonces, en opinión suya, el “*elemento o factor sorpresa* esencial en este sistema de celebrar contratos”⁷⁴².

De esta forma, se ha considerado que es precisamente en razón de la presencia de este elemento sorpresivo, así como también por la reprochable presión psicológica que suele acompañarlo, que en este tipo de contratos el espacio para la consciencia y la meditación (*spatium deliberandi*) se ve cercenado o estrechamente restringido, lo cual permite que se de paso al menoscabo voluntad del consumidor⁷⁴³, puesto que, en línea de principio general, este último en este tipo de circunstancias se verá privado de la posibilidad de verificar la conveniencia de la operación económica, al no contar con la oportunidad de confrontar, en ese preciso instante en el que es abordado por el comerciante, la calidad del producto o del

⁷³⁹ MIRANDA SERRANO, Luis María. “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles”, en *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2006. p. 225.

⁷⁴⁰ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía. “Principales novedades que introduce la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera del establecimiento”, en *InDret*, Barcelona, 2014. p. 6; SERRANO CAÑAS, José Manuel. *La nueva caracterización legal de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles proveniente de la Directiva 2011/83/UE: ¿la superación del elemento sorpresivo?*, *op.cit.* 194 y 195; REYES LÓPEZ, María José. “Contratos celebrados fuera de establecimiento comercial”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters, Navarra, 2012. pp. 286; y BARCA, Alessandro. *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Giuffrè Editore, Milano, 2011. pp. 49 y 50.

⁷⁴¹ Fiel testimonio de ello puede ser hallado en los escritos de dos renombrados profesores italianos en los que constantemente se emplea la locución ‘contratación sorprendente’ a punto tal que, inclusive, es acogida en sus mismos títulos, así: BRECCIA, Umberto. “La contrattazione su valori mobiliari il controllo della contrattazione «sorprendente»”, *op.cit.* pp. 17 y ss; y TROIANO, Onofrio. *Disciplina dei mercati e ius poenitendi nella contrattazione a distanza ed in quella sorprendente*, *op.cit.* pp. 241 y ss.

⁷⁴² MIRANDA SERRANO, Luis María. “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles”, *op.cit.* p. 235.

⁷⁴³ CALVARI, F., PUTTI, P.M. & SCARPELLO, A. “I contratti del consumatore”, en *I diritti dei consumatori*, T I, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009. p. 326.

servicio que le está siendo ofrecido, al igual que el precio del mismo, con otros productos que se encuentran en el mercado⁷⁴⁴.

Por tal motivo, puede evidenciarse como, en los supuestos de esta categoría de contratación, la sorpresa se manifiesta o desenvuelve en el escenario que antecede a la celebración del acuerdo negocial, es decir, acaece dentro del arco temporal que comprende la denominada etapa pre-contractual, trastornando el acostumbrado *modus operandi* con el que se suele desenvolver las negociaciones en el comercio, siendo este el aspecto central sobre el cual se enfoca la regulación de esta particular disciplina contractual⁷⁴⁵.

Así las cosas, sería con fundamento en lo anteriormente expuesto que se llegó a considerar que la verdadera *ratio* de las normas que regulan estos modelos de contratación se individua en el propósito de tutelar a los consumidores ante la indeseada sorpresa⁷⁴⁶. Al respecto, debe recordarse que, sería la misma Directiva 85/57/CEE, la que pondría de manifiesto que es el “elemento sorpresa” -al cual alude expresamente-, el que coloca al consumidor en un estado de indefensión pues, al ser tomado desprevenido y sin preparación alguna, este no se encontrará “en condiciones de comparar la calidad y el precio de la oferta con otras ofertas”⁷⁴⁷. A fin de cuentas, el propósito nuclear de esta disciplina y de las diferentes disposiciones que la regulan, es el de proteger a los consumidores frente a los riesgos que entrañan un sistema de comercialización que no solo se caracteriza por invertir la manera que tradicionalmente se concluyen los contratos, sino que, en adición, implica una inquietante perturbación psicológica para el consumidor⁷⁴⁸.

⁷⁴⁴ En este sentido, el profesor de la Universidad de Salerno, ANTONIO MUSIO, abordando la temática relativa a los contratos celebrados fuera de los establecimientos de comercio, afirma que “in questo tipo di contrattazioni il consumatore viene, di norma, a trovarsi in una situazione psicologica subalterna rispetto al professionista e, proprio per questo, non è in grado di valutare correttamente l'utilità e la convenienza dell'operazione propositagli” y continúa señalado que en aquellos eventos en los que es “il professionista a sollecitare l'acquisto in luoghi diversi rispetto ai local di vendita, l'acquirente *si trova colto di sorpresa, e, quindi non pronto a valutare adeguatamente la convenienza e l'opportunità dell'operazione economica*” (se destaca) . MUSIO, Antonio. *I contratti conclusi fuori dai locali commerciali*, op.cit. p. 284. Cfr. BRACA, Alessandro. *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Giuffrè Editore, 2011. p. 44.

⁷⁴⁵ Al respecto, ANTONIO JANNARELLI recuerda que en el ámbito concerniente a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, “non è più il contratto, bensì il *processo della negoziazione*, a costituiré il punto di fonamentale ricaduta de la disciplina e, in definitiva, l'oggetto della stessa”. JANNARELLI, Antonio. “La tutela dei consumatori nella negoziazione fuori dai locali commerciali: introduzione generale”, en *Le vendite aggressive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995. p. 16.

⁷⁴⁶ BATTELLI, Ettore. “I contratti a distanza e i contratti negoziati fuori dai locali commerciali”, en *Diritti e tutele dei consumatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014. p. 211; GIRSI, Giuseppe. “Lo «ius poenitendi» tra tutela del consumatore e razionalità del mercato”, en *Rivista Critica di Diritto Privato*, 2001. pp. 593 y 594; SANTOSUOSSO, Daniele U. “Jus poenitendi e servizi di investimento: la tutela dell'investitore dall'effetto sorpresa”, en *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Vol 61, Fas. 6, 2008. p. 776; y MUSIO, Antonio. *I contratti conclusi fuori dai locali commerciali*, op.cit. p. 285.

⁷⁴⁷ En efecto, en el cuarto considerando de la Directiva 85/577/CEE, del 20 de diciembre de 1985, expresa que “los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales del comerciante se caracterizan por el hecho de que la iniciativa de las negociaciones procede, normalmente, del comerciante y que el consumidor no está, de ningún modo, preparado para dichas negociaciones y se encuentra desprevenido ; que, frecuentemente, no está en condiciones de comparar la calidad y el precio de la oferta con otras ofertas ; que dicho elemento de sorpresa generalmente se tiene en cuenta, no solamente para los contratos celebrados por venta a domicilio, sino también para otras formas de contrato, en los cuales él comerciante toma la iniciativa fuera de sus .establecimientos comerciales”.

⁷⁴⁸ Al abordar la temática de las ventas fuera de los establecimientos mercantiles, el profesor salmantino, EUGENIO LLAMAS POMBO, amplio conocedor de la materia, pone de presente que el propósito de las normas que regulan esta disciplina se encuentra en “la necesidad de proteger al consumidor de los problemas

En tal sentido, resulta evidente que la sorpresa, entendida como un elemento desestabilizador que cuenta con la potencialidad de perturbar y alterar la voluntad, adquiere una especial relevancia en la esfera de la reglamentación frente a este tipo de negociaciones y por lo tanto deberá ser objeto de una respuesta más contundente por parte del ordenamiento.

En este punto, es menester señalar que, con el paso del tiempo, el elemento sorpresivo ha llegado a asumir un relieve de tanta trascendencia e importancia en este ámbito particular que, contrario a una postura tendencial que se inclinaba por considerar que podrían llegar a haber eventos en los cuales -tal como acontece en aquellos supuestos en los que es el mismo consumidor quien, de manera previa y espontánea, le extiende una invitación al profesional- el elemento sorpresa se desvanece de la ecuación que interioriza esta fenomenología de negociación contractual⁷⁴⁹, en la actualidad ha prevalecido una lectura, de suyo más tuitiva e inclinada por la salvaguardia de los intereses de los consumidores, de conformidad con la cual, se entiende que, con independencia de la manera en cual ha sido desarrollado, todo contrato que ha sido celebrado fuera del establecimiento de comercio se considerará portador de un elemento sorpresivo⁷⁵⁰.

De este modo, quienes se han inclinado por esta tesis consideran que, incluso en aquellos eventos en los cuales el comerciante se acerca al consumidor por una invitación que este último le ha extendido, existe el riesgo de que el segundo tome una dedición que no ha sido fruto de un verdadero proceso de meditación y reflexión, y que, por tal virtud, se puede llegar a generar como resultado una deformación del consentimiento en razón de la misma naturaleza que se desprende de este tipo de contratación en la que se genera un ambiente persuasivo (*persuasione ambientale*) que recluye la capacidad de cognición del consumidor⁷⁵¹.

y riesgos que entraña un sistema de comercialización de productos y servicios, *caracterizado por una especial presión psicológica*, puesto que se invierte la manera habitual en la que se concluyen los negocios de consumo (...) La propia Exposición de Motivos de la LCFEM señalaba que la oferta y el negocio se efectúan en lugares en los que el consumidor no espera ni está preparado para recibir una oferta que no ha solicitado, *y lo sorpresivo de la visita le coloca en una situación idónea para ser objeto de tácticas agresivas* por parte de un comercial que sí se encuentra perfectamente pertrechado para hacer frente a la situación” (se destaca). LLAMAS POMBO, Eugenio. *La compraventa*, T II, *op.cit.* p. 1029.

⁷⁴⁹ Así, por ejemplo, lo habría sostenido en su momento la Audiencia Provincial de Madrid en una sentencia proferida el 17 de septiembre de 2007 en la cual habría afirmado que, en supuestos como el que hemos descrito, “el elemento sorpresa, al proceder la iniciativa del propio consumidor y no del comerciante, o celebrarse la entrevista conforme a un proyecto o acuerdo previo, disponiendo aquél de la posibilidad de comparar la oferta con otras similares”. Citada por VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía. *Principales novedades que introduce la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera del establecimiento*, *op.cit.* pp. 6 y 7.

⁷⁵⁰ De forma ciertamente anticipada el profesor LUIS MARÍA MIRANDA, años antes de que fuese incorporada la Directiva 2011/83/UE, ya había manifestado que en el ámbito de la contratación celebrada fuera de los establecimientos comerciales “El legislador presume que todo contrato celebrado en un lugar distinto del establecimiento mercantil del empresario es un contrato inesperado o sorpresivo para la parte que actúa en condición consumidora (...) dada la finalidad tuitiva de la LCCFEM, deberá estimarse existencia de sorpresa en el consumidor (aunque, en principio, pudiera no parecerlo) en los casos en el que el empresario es invitado por el consumidor para que le visite en un lugar distinto de su establecimiento mercantil (...)”. MIRANDA SERRANO, Luis María. *La contratación fuera de los establecimientos mercantiles*, *op.cit.* p. 239.

⁷⁵¹ TROIANO, Onofrio. *Disciplina dei mercati e ius poenitendi nella contrattazione a distanza ed in quella sorprendente*, *op.cit.* p. 250. En este sentido, el profesor italiano ALBERTO GIANOLA ha afirmado con buen criterio que “Colui che conclude un contratto indotto dalla sorpresa o da un contesto persuasivo intenzionalmente creato (potremmo chiamarla *persuasione ambientale*) e un soggetto dalla capacità critica

Esta, precisamente, fue la visión adoptada más recientemente en el escenario normativo europeo por parte de la Directiva 2011/83/UE, la cual, acogiendo una definición de naturaleza más abierta y comprensiva, partiría de la base según la cual, a todo contrato que se perfeccione fuera de un establecimiento comercial le resultará inherente un elemento de sorpresa, ello con total independencia de la consideración de si, previa a su celebración, antecedió una invitación por parte del consumidor⁷⁵². Al respecto, señala la Directiva en su considerando número veintiuno que: “Fuera del establecimiento, el consumidor podría estar bajo posible presión psicológica o verse enfrentado a un elemento de sorpresa, independientemente de que haya solicitado o no la visita del comerciante”.

Así, nos encontramos ante una nueva formulación del concepto de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, la cual tiene en plena consideración la presencia del elemento sorpresa en esta clase de escenarios, con independencia del modo particular en el que los mismos puedan llegar a desarrollarse, toda vez que, tal y como lo ha puesto de presente el prestigioso profesor de la Universidad de Salamanca, EUGENIO LLAMAS POMBO, la nueva definición de contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil se justifica en el hecho que “fuera del establecimiento, el consumidor y usuario podría estar bajo posible presión psicológica o *verse enfrentado a un elemento de sorpresa*, independientemente que haya solicitado o no la visita del empresario. La definición abarca también aquellas situaciones en que se establece contacto personal e individual con el consumidor y usuario fuera del establecimiento, aunque luego el contrato se celebre inmediatamente después en el establecimiento mercantil del empresario o a través de un medio de comunicación a distancia” (se destaca)⁷⁵³.

Como resultado de todo ello, el elemento sorpresa ha pasado a constituir una especie de ‘desencadenante objetivo’ de la protección que otorga el ordenamiento frente este tipo de contrataciones potencialmente perturbadoras del elemento volitivo⁷⁵⁴, siendo este un aspecto que no puede tomarse a la ligera, puesto que, en el fondo, implica un auténtico y revolucionario redimensionamiento de la forma en que el ordenamiento responde a la presencia de la sorpresa jurídicamente relevante, pues, a la sombra de este supuesto, se llega a la conclusión que, en razón al elevado potencial de sorpresividad (*überraumpelungspotentialder*) que se predica de esta modalidad de contratación a la que venimos refiriendo, y, en procura otorgar una mayor y más efectiva protección a los consumidores, se presumirá la naturaleza sorpresiva de todo contrato que se celebre bajo esta modalidad, dando lugar con ello a que, en todo supuesto, el consumidor pueda contar con los mecanismos remediales pertinentes para poder contrarrestar los posibles efectos negativos

minorata che, conseg uentemente, esprime un consenso difettoso”. GIANOLA, Alberto. *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, op.cit. p. 73.

⁷⁵² Según la interpretación de los profesores alemanes PETER BÜLOW y MARKUS ARTZ, la definición que incorpora la nueva Directiva en materia de contratos celebrados fuera de los establecimientos es considerablemente más amplia que la que ofrecía su predecesora, pues esta ya no determina situaciones concretas e individuales tipificadas en las que se asume el riesgo de la sorpresa, sino que parte de la base de que todo contrato que se celebre bajo esta modalidad le es inherente el elemento de la sorpresa. BÜLOW, Peter & ARTZ, Markus. *Verbraucherprivatrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2018. pp. 100 y 101. En el mismo sentido véase con interés LLAMAS POMBO, Eugenio. *La compraventa*, op.cit. p. 1028; y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía. *Principales novedades que introduce la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera del establecimiento*, op.cit. p. 7.

⁷⁵³ LLAMAS POMBO, Eugenio. *La compraventa*, T II, op.cit. p. 1028.

⁷⁵⁴ REYMANN, Christoph. *Das sonderprivatrecht der Handels-und Verbraucherverträge*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009. p. 316.

que puede traer consigo la presencia del elemento sorpresa, todo lo cual, pone en evidencia el proceso evolutivo que la figura ha tenido a partir de su redimensionamiento a través del Derecho consumo.

3.2.1.2. *Importancia, dimensión y alcance del elemento sorpresa en sede de la contratación a distancia.*

De las mutaciones que se han evidenciado en el mercado en los últimos años, la contratación fuera de los establecimientos comerciales no fue la única que despertó el interés de los legisladores, pues a la par de esta, prontamente se abriría el camino a una regulación de los denominados ‘contratos celebrados a distancia’, los que, de forma rauda y masiva, terminaron por irrumpir en el mercado global, llegando a caracterizar gran parte del comercio que se desempeña en la actualidad⁷⁵⁵, representado así un canal de contratación que, si bien, de un lado, facilita y agiliza de forma ostensible y sustancial el modo en que se desenvuelve el comercio, del otro, entraña e interioriza importantes riesgos y desventajas considerables para el consumidor, de los cuales -lo anticipamos-, la sorpresa también hace parte, aunque se desenvuelva con ciertos matices y diferencias.

Así pues, en esta categoría de contratación suelen reconducirse todos aquellos contratos que, sin que concurra la presencia física y simultánea del comerciante y el consumidor en un mismo escenario -diferenciándose con ello de la disciplina precedentemente reseñada-, se celebran a través del uso exclusivo de uno o varios medios de telecomunicación, bajo el implemento de un sistema organizado de comunicación a distancia. De este modo se puede evidenciar, *ab initio*, que el campo de aplicación de esta categoría de contratación se verifica con la conjunción de dos elementos concomitantes: uno, de naturaleza subjetiva y formulado en un sentido negativo, que consiste en la necesidad de que la celebración del contrato no se verifique de forma presencial, pues debe existir una disgregación o distanciamiento físico entre los sujetos de la relación negocial, esto es, se celebra *inter absents*, y, otro, de carácter objetivo y formulado en sentido positivo, relativo a la necesidad del implemento exclusivo de una o varias técnicas de comunicación a distancia⁷⁵⁶.

Como puede apreciarse, el riesgo que se deriva de este modelo de contratación se enfoca de un déficit informativo que se deriva del mismo distanciamiento que delinea la naturaleza de esta tipología de contratación, y no propiamente del intempestivo y persuasivo ofrecimiento que aminora la capacidad de reflexión del consumidor, por cuanto, en estos escenarios, es la regla, el consumidor tiene la posibilidad de meditar sosegadamente y sin

⁷⁵⁵ LLAMAS POMBO, Eugenio. *La compraventa*, T II, *op.cit.* p. 997.

⁷⁵⁶ CAPOBIANCO, Enrico, MEZZASOMA, Lorenzo, & PERLINGIERI, Giovanni. *Codice del consumo: annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018. pp. 280 y 281; BRAVO, Fabio. “I contratti a distanza nell’evoluzione del diritto privato europeo”, en *I contratti del consumatore*, Giuffrè Editore, Milano, 2014. p. 534; y SAPORITO, Livia. “I contratti a distanza”, en *La tutela del consumatore*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009. pp. 322-327.

apuros⁷⁵⁷, razón por la cual, alguna doctrina ha considerado que en ellos el factor sorpresa tiene un rol marginal o, incluso, inexistente⁷⁵⁸.

Sin embargo, por nuestra parte consideramos que no resulta convincente, ni mucho menos conveniente, una interpretación en este sentido, puesto que, como se expresará a continuación, la sorpresa, contrario a lo que, con cierta premura, se ha llegado a afirmar, configura un riesgo constante que amenaza la correcta formación del consentimiento negocial en el marco de esta particular modalidad de contratación, razón por la cual, su relevancia no debe ser subestimada o infravalorada.

En tal sentido, resulta evidente que los alcances que se predicán de la sorpresa superan con creces los limitados dominios que comprende la contratación que se celebra al externo de los establecimientos comerciales⁷⁵⁹, ello bajo el entendido que, dicha anomalía encarna un riesgo virtual que no resulta ajeno a otros modelos de contratación, así como tampoco lo resulta a ninguna tipología contractual, pues no debe olvidarse que nos encontramos ante una figura que, correctamente entendida, se proyecta de forma transversal en el amplio panorama que comprende la teoría general obligacional, sin perjuicio de que, su potencialidad pueda incrementar en ciertos ámbitos o escenarios, tal como acontece -como se verá- en el marco de aquella contratación en la existencia de una presencia física y simultánea de las partes contratantes brilla por su ausencia.

En efecto, cuando se habla de contratos celebrados a distancia, de entrada no puede excluirse en lo absoluto los supuestos de indeseadas sorpresas que pueden ingresar y afectar la relación contractual, puesto que, si bien es cierto que en los casos de este tipo de contratos el consumidor, de ordinario, no es abordado de forma inesperada viéndose constreñido por una incisiva presión psicológica ejercida directamente por parte del comerciante, también es cierto que en este tipo de escenarios en los que el distanciamiento *inter partes* es la regla, una naturaleza sugestiva puede igualmente llegar a revelarse, pues en estos supuestos el consumidor no está exento de ser víctima de posibles tácticas de presión o de engaño⁷⁶⁰, a lo que se agrega que en ellos no se cuenta con la posibilidad de verificar aquello que le está siendo ofreciendo, quedado así a merced de la información y publicidad que, en ocasiones, de forma astuta y estratégica, el comerciante puede estructurar para crear ideas o representaciones ilusorias.

⁷⁵⁷ Así lo han puesto de presente los profesores franceses JEAN CALAIS-AULOY y HENRI TEMPLE, expresando que “Le risque est différent dans la vente à distance: l’acheteur a tout loisir de réfléchir avant de passer commande, mais il est parfois déçu lorsqu’il a l’objet en mains. C’est donc après la livraison qu’un délai de sept jours lui est accordé pour retourner le produit au vendeur”. CALAIS-AULOY, Jean & TEMPLE, Henri. *Droit de la consommation, op.cit.* p. 120. Así mismo, véase LLAMAS POMBO, Eugenio. *La compraventa*, T II, *op.cit.* p. 1003.

⁷⁵⁸ SANNICCHIO, Nicola. “La vendita a distanza come mezzi di comunicazione istantanei”, en *Le vendite aggressive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995. pp. 229-232.

⁷⁵⁹ En opinión del reconocido profesor italiano ONOFRIO TROIANO, el gran énfasis que se le ha dado a la sorpresa en sede de los contratos fuera de los establecimientos comerciales genera el riesgo que se pueda llegar a ‘encerrar’ el espectro de la sorpresa únicamente en este escenario, los cuales, en su opinión “son ben più estesi”. TROIANO, Onofrio. *Disciplina dei mercati e ius poenitendi nella contrattazione a distanza ed in quella sorprendente, op.cit.* p. 253.

⁷⁶⁰ Al respecto, el profesor de la Universidad de Mannheim, JENS-UWE FRANCK, expresa que, en ciertos canales de comercialización a distancia, tal como acontece en el caso del denominado ‘telemarketing’, puede acontecer que los oferentes de un producto lleguen a emplear tácticas psicológicas que creen una ‘situación de sorpresa’ (*überraumpelungssituation*) similar a la que se materializa en el caso de las ventas domiciliarias. FRANCK, Jeans-Uwe. *Europaisches Absatzrecht*, De Gruyter Recht, Berlin, 2006. pp. 289 y 290.

Es por virtud de ello que, incluso desde esta perspectiva, puede decirse que el riesgo de la sorpresa se encuentra presente en este tipo de contratos, así sea de forma más reducida o limitada con respecto al modelo de los contratos celebrados fuera del establecimiento de comercio⁷⁶¹. En este sentido, es posible verificar que, el principal riesgo que se predica del elemento sorpresa a la luz de los supuestos de los contratos que son celebrados a distancia, se articula diversamente al modo en el que el mismo se desempeña en el caso de la contratación celebrada fuera de los establecimientos comerciales.

En efecto, cuando el consumidor acude a los canales en los que la distancia impera en la contratación, a pesar de poder contar, por regla general, con la posibilidad de meditar o reflexionar, sin mayor prisa o premura, sobre la conveniencia del producto o servicio que está por adquirir, y sin llegar a ser víctima de maquinaciones persuasivas estructuradas por el comerciante para impelerlo a contratar, no puede desconocerse que este último se encontrará igualmente expuesto a riesgo de poder llegar a ser defraudado por una indeseada sorpresa que se materializa en virtud de la acentuada discordancia que se predica de la quimérica imagen mental que, con fundamento en la limitada información gráfica y/o alfanumérica que le es suministrada a través del respectivo medio de telecomunicación, el consumidor llegó a formarse del producto o servicio que contrató, y la imagen real, material o tangible con la que efectivamente cuenta dicho producto o servicio, la cual solo podrá llegar a verificar con posterioridad a que el contrato haya sido celebrado⁷⁶².

Así, en estos eventos, la sorpresa se configura en virtud de la defraudación que se genera las expectativas que el consumidor pudo llegar a albergar al momento de la celebración del acuerdo contractual, lo que acaece como clara consecuencia de la verificación de un déficit de naturaleza informativa que tiene como resultado de la imposibilidad para el consumidor de poder corroborar personalmente y desde un inicio el producto o servicio que representa el objeto del acuerdo negocial⁷⁶³. Es precisamente por razón de lo anterior que, en lo que respecta a esta tipología de contratación, la obligación informativa en cabeza del comerciante se torna particularmente rigurosa, pues con ello se busca reducir, cuanto más sea posible, el riesgo del elemento sorpresa que constituye una amenaza constante para los consumidores que deciden contratar por este tipo de canales, especialmente en aquellos eventos en los que el objeto del acuerdo se caracteriza por una marcada complejidad que le resulta inherente⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ Sobre este particular se ha pronunciado ONFORIO TROIANO, quien, en un llamativo artículo de su autoría, manifiesta que en los supuestos de la contratación a distancia no puede excluirse la existencia de perfiles, aunque generalmente más atemperados, de la sorpresa contractual, poniendo de manifiesto que: “Preme rilevare la sussistenza di non poche convergenze tra le problematiche della sorpresa contrattuale e quella della contrattazione a distanza, fundamentalmente perché la naturale suggestività di ogni attività promozionale cresce esponenzialmente quando il bene è distante: la sua forza specifica si accresce proprio perché diventa una suggestività non verificabile”. TROIANO, Onofrio. *Disciplina dei mercati e ius poenitendi nella contrattazione a distanza ed in quella sorprendente*, op.cit. pp. 260-263.

⁷⁶² CALAIS-AULOY, Jean & TEMPLE, Henri. *Droit de la consommation*, op.cit. p. 126.

⁷⁶³ PAISANT, Gilles. *Droit de la consommation*, op.cit. pp. 144 y 145; y FRANCK, Jeans-Uwe. *Europäisches Absatzrecht*, op.cit. p. 289.

⁷⁶⁴ El doctrinante italiano GIUSEPPE CARREIRO pone de presente la trascendencia que reviste la transmisión de la información por parte del comerciante en el caso de los contratos a distancia, la cual, en su opinión, debe acentuarse en los casos de venta a distancia de servicios financieros los cuales, al ser productos altamente sofisticados, tienen una mayor propensión a que en su comercialización pueda llegar a generar un ‘efecto sorpresa’ en perjuicio del consumidor. CARRIERO, Giuseppe. “Vendite a distanza, informazione precontrattuale disciplina comunitaria: la tutela del consumatore dei servizi finanziari” *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Giuffrè Editore, Milano, 2001. p. 377. En relación con la importancia de la obligación de información y de su proyección tripartita a lo largo de las diferentes etapas del *iter* contractual en el ámbito de

Es menester señalar en este punto que, en estos eventos, la manifestación de la sorpresa no se perfila en el escenario precontractual, tal como acontece en el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, sino que se materializa en la etapa subsiguiente a la celebración del acuerdo contractual, esto es, en la fase ejecutiva, bajo el entendido que, el evento que da lugar a la activación de la sorpresa en estos supuestos particulares, acaece cuando el consumidor logra verificar, situado ya en el estadio de la ejecución del acuerdo contractual, que el producto o el servicio no compagina con la idea que él había construido al momento de la celebración⁷⁶⁵.

Es en razón de lo anteriormente expuesto que, en materia de la aplicación del derecho de desistimiento como mecanismo de respuesta ante las dificultades que apareja este tipo de contratación para el consumidor, el *dies a quo* a partir del cual se iniciará el cómputo del término para ejercicio de dicha facultad que le otorga el ordenamiento al consumidor en estos escenarios, se da a partir del día en que este último recibe el bien que solicitó, pues será en este preciso momento, y no con antelación, que este último podrá verse sorprendido como resultado de la desavenencia que existe entre el producto recibido y las expectativas que este legítimamente pudo haberse forjado sobre el mismo.

3.2.1.3. *La necesidad de una visión conjunta del elemento sorpresa.*

Siguiendo esta línea argumentativa, vistas bien las cosas, puede apreciarse que, el elemento sorpresa representa en realidad un riesgo anómalo que se enraíza en las mismas bases de los dos modelos de contratación no tradicionales que previamente reseñamos, manifestándose así como una suerte de común denominador que interioriza un mismo imperfecto con la potencialidad de poner al consumidor en una situación de debilidad más acentuada, y que, por tal virtud, requiere de una clara respuesta por parte del ordenamiento jurídico, puesto que, de lo contrario, fungiría como una “verdadera y propia arma vencedora”⁷⁶⁶, la cual permitirá que quien se valga de ella adquiera una ventaja injusta y, por lo tanto, reprochable.

Es por este motivo que, en nuestra opinión, a pesar de ser cierto que este elemento puede incidir con una mayor o menor intensidad cuando se trate de uno u otro supuesto, y que la manera en que se exterioriza igualmente puede llegar a variar, no debe perderse de vista que la deformación del consentimiento, así como la frustración que se genera como resultado del mismo, no es distinta, y que, por lo tanto, nos encontramos ante una misma anomalía contractual.

En efecto, no parece que exista una diferencia sustancial entre el supuesto de quien adquiere un producto y luego al momento de recibirlo se ve sorprendido por la discordancia entre la realidad y aquello que razonablemente pudo haber esperado, y aquel supuesto en el

la contratación a distancia, véase PIÉDELIÈVRE, Stéphane. *Droit de la consummation*, Economica, 2020, pp. 261 y 262.

⁷⁶⁵ No se equivoca en este sentido el profesor de la Universidad de Roma Tre, VINCENZO CUFFARO, cuando puntualiza que, en lo que respecta a la contratación a distancia, se verifica un “ridimensionamento della sorpresa come elemento giustificativo del rimedio”, lo cual manifiesta que se debe al hecho de que tal elemento “si posiziona non già nella fase antecedente la conclusione del contratto, bensì nella fase successiva, ossia esecutiva, in cui si materializza l’oggetto del contratto a seguito della sua consegna”. CUFFARO, Vincenzo. *Codice del consumo*, Giffrè Editore, 2012. p. 298.

⁷⁶⁶ De este modo sería expresivamente calificada la sorpresa por parte de TROIANO, Onofrio. *Disciplina dei mercati e ius poenitendi nella contrattazione a distanza ed in quella sorprendente*, op.cit. p. 252.

cual, encontrándose desprevenido el consumidor, es sorprendido por un empresario que lo lleva a adquirir un producto, siendo una transacción de la cual puede llegar a arrepentirse cuando la evalúa posteriormente con un mayor campo de reflexión: en ambos casos la sorpresa se encuentra presente, y, a pesar de poder haberse materializado en un modo distinto, a fin de cuentas, sea en uno que en otro evento, interioriza un mismo imperfecto que termina por afectar o alterar la volición del sujeto que lo padece, el cual le impide poder apreciar y valorar integralmente la conveniencia, tanto jurídica como económica, del acuerdo negocial que está por celebrar, siendo por lo tanto una anomalía que resulta acreedora de una misma reacción por parte del ordenamiento jurídico.

Siguiendo este orden de ideas, podemos afirmar señalado que no se equivoca la profesora de la Universidad de Pisa, MARIA CARLA CHERUBINI, al observar que “del factor «sorpresa» parece, posible hablar en un sentido más amplio, atinente, por lo tanto, a la serie de hipótesis en las cuales, en razón de la técnica de contratación utilizada, el contratante «no profesional» no se encuentra en grado, al momento de la estipulación, de conocer integralmente los términos de la operación y, por lo tanto, valorar su conveniencia”⁷⁶⁷.

Al respecto, conviene en este punto señalar que, de la concepción global que se tiene del ‘elemento sorpresa’ en el marco de la contratación no tradicional, pueden llegar a evidenciarse dos estadios que, a pesar de hacer parte de la estructura de un mismo cuerpo conceptual, no deben ser confundidos, ni mucho menos interiorizarse como dos ‘vestiduras’ o manifestaciones disimiles y aisladas de la sorpresa⁷⁶⁸, ya que ambos hacen parte de un mismo proceso que los concatena y termina por englobar y explicar la idea de la sorpresa como una anomalía que cuenta con la potencialidad para desfigurar el consentimiento negocial, particularmente en sede de estos canales de contratación a los cuales hemos venido refiriendo.

En tal sentido, en un primer escenario se encuentra el hecho o acontecimiento desencadenante de la sorpresa, el cual corresponde con las -muy dicientes- locuciones germanas ‘*überraschende situation*’ (situación de sorpresa) y ‘*überraschungsmoment*’ (momento de sorpresa), y se identifica con la verificación de un supuesto de naturaleza fáctica o coyuntural⁷⁶⁹, el que, en el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, se materializa en la esfera de las tratativas en el momento en el cual el comerciante aborda súbita e intempestivamente al consumidor que se encuentra desprevenido, es decir, cuando lo ‘toma por sorpresa’.

Por su parte, un segundo estadio, de suyo más relevante para efectos del análisis de la figura en cuestión, es aquel que tiene lugar cuando, como consecuencia de la materialización de un

⁷⁶⁷ Traducción libre. CHERUBINI, Maria Carla. *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso*, op.cit. p. 18.

⁷⁶⁸ Parece afiliarse a la idea de una concepción binaria o separada del fenómeno de la sorpresa el profesor italiano de la Universidad de Roma Tre, Giuseppe Girsi, quien sobre el particular ha manifestado que, sorpresa puede ser concebida “in una duplice veste. V’è la sorpresa legata all’evento stesso della negoziazione, dacché ‘il consumatore è impreparato di fronte a queste trattative’; e v’è la sorpresa che può derivare dalla difficoltà ‘di confrontare la qualità e il prezzo che gli vengono proposti con altre offerte’”. GIRISI, Giuseppe. “Ius poenitendi e tutela del consumatore”, en *Il contratto telematico*, CEDAM, 2002. pp. 175 y 176, puede consultarse igualmente GIRSI, Giuseppe. *Lo «ius poenitendi» tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, op.cit. pp. 593 y 594.

⁷⁶⁹ En relación al carácter o elemento fáctico, algún sector se ha inclinado por considerar que la naturaleza remedial que debe brindar el ordenamiento en el campo de la contratación celebrada fuera de los establecimientos comerciales, se justifica en razón de un motivo de naturaleza puramente coyuntural, el cual se resume en la celebración de un contrato en una situación de sorpresa. En este sentido, BÜLOW, Peter & ARTZ, Markus. *Verbraucherprivatrecht*, op.cit. pp. 99 y 100.

acontecimiento inesperado, se genera una alteración cognitiva y volitiva la cual es fruto de la intempestiva irrupción sorpresiva de un nuevo estímulo o elemento que desarticula la estructura del proceso decisional adulterando así la voluntad del sujeto que la padece, pues genera como consecuencia una configuración de una desorientación y disfunción cognitiva que posiciona a dicho sujeto en una situación de mayor debilidad, siendo este un fenómeno que, a su turno, ha sido descrito con la voz alemana *'überraschungseffekt'* (efecto sorpresa). Desde esta perspectiva, puede concebirse que, este último será el punto donde convergirá el núcleo real de la problemática que fundamenta la necesidad de otorgar un remedio que permita expurgar de las relaciones contractuales las consecuencias desestabilizadoras de la sorpresa.

Así las cosas, habiendo diferenciado estos dos estadios que permiten dar lugar a la configuración de la sorpresa en la órbita contractual, particularmente en el escenario de la contratación no tradicional, se torna necesario señalar que, sin pretender menoscabar la relevancia y trascendencia del primero de estos, la atención del intérprete al evaluar la necesidad de brindar un remedio a esta anomalía contractual deberá enfocar su atención e interés en las consecuencias que se producen como resultado de la configuración del efecto sorpresa, v.gr. la acentuada dificultad que se genera para el sujeto sorprendido de poder verificar, de forma adecuada y concienzuda, aspectos de particular trascendencia que revelan la conveniencia del acuerdo negocial, evitando así circunscribirse a la simple evaluación de los elementos circunstanciales que pueden dar lugar a la producción de dicho efecto, ya que, a fin de cuentas, con independencia de la fuente que pueda llegar a generar una sorpresa, o del hecho que esta se verifique a lo largo de una u otra etapa del *iter contractual*, el ordenamiento en cualquier caso deberá optar por brindar una efectiva respuesta cuando dicha sorpresa resulte jurídicamente relevante.

Otra cosa es que el legislador, fundamentado en la alta propensión que tienen ciertos escenarios para que acaezcan sorpresas fácticas que representan riesgos potenciales para la correcta formación de la voluntad, decida introducir una presunción *pro tempore* y de *iuris et de iure* en procura de asegurar una mayor y más efectiva tutela para el sujeto contractual que se encuentra en una situación de mayor debilidad e indefensión, lo cual, no obstante, no significa que el núcleo de la cuestión se traslade a la simple verificación de un supuesto fáctico potencialmente sorpresivo.

En efecto, lo que realmente sucede en este supuesto es que el legislador parte de la base de que en todos estos supuestos se genera una alteración de la voluntad del sujeto que es sorprendido (efecto sorpresa), y, por tal virtud, le otorga un mecanismo de defensa al contratante consumidor para que este, durante el curso de un tiempo razonable, el cual le permita purgar la perturbación cognitiva que generó la sorpresa, tenga la posibilidad de reflexionar y decidir si el acuerdo que concluyó coincide o no con sus intereses reales, y, con base en ello, determinar si quiere desistir del contrato que celebró.

En suma, a pesar de las diferencias circunstanciales que puedan dar lugar al desencadenamiento de la sorpresa, resulta necesario dar paso a un entendimiento de esta como una figura con una amplia naturaleza tuitiva dentro de la cual pueden ser reconducidas todas las deformidades del consentimiento que se produzcan a causa de la verificación de un hecho o circunstancia que, además de ser perjudicial o desventajoso para uno de los sujetos de la relación negocial, resulta legítima y razonablemente inesperado o imprevisible, y, por lo tanto, sorpresivo, ya que en, todos estos supuestos nos encontraremos ante una misma anomalía que conlleva a la desarticulación de la estructura racional sobre la cual se estructura el proceso decisional del sujeto que la padece, lo que, a todas luces, merece de una reacción del ordenamiento direccionada a dar alivio al quien se ve sorprendido.

3.2.1.4. *El desistimiento como nuevo instrumento tuitivo ante la presencia de la sorpresa en el ámbito del Derecho del consumo.*

Llegados a este punto, vale la pena detenerse un instante para hacer alguna mención de este particular mecanismo remedial que representa la ‘pieza maestra’ o el ‘corazón’ de la función tutelar que se predica de estas particulares disciplinas de la contratación con el consumidor⁷⁷⁰, y que, dentro del marco de este escenario, se incardina como el instrumento que ha decidido brindar el ordenamiento jurídico para contrarrestar los efectos desestabilizadores que la sorpresa puede llegar a acarrear con su presencia.

En este sentido, podemos señalar que, en líneas muy generales, este derecho de desistimiento, denominado diversamente en el ámbito del Derecho comparado, particularmente como derecho de retracto, de receso, de ‘re-pensamiento’, de arrepentimiento, o *ius poenitendi*, consiste en la facultad que le es concedida al consumidor, para que este, *motu proprio* y sin tener que acudir ante un órgano jurisdiccional para tal propósito, pueda decidir liberarse del vínculo jurídico emanado de la precedente celebración de un acuerdo contractual, sin necesidad de interpelar a un motivo concreto o específico para legitimar su ejercicio⁷⁷¹, diferenciándose con ello, de forma tangencial, de los demás institutos tradicionales que fungen como remedios en la órbita negocial⁷⁷².

En este sentido, como connatural consecuencia de los diversos riesgos que aparejan los nuevos canales en los que se desempeña la contratación contemporánea, los cuales no lograban ser apaciguados por los instrumentos más tradicionales como lo son la teoría clásica de los vicios de la voluntad y aquella de los vicios redhibitorios⁷⁷³, se verificó la necesidad de incorporar un nuevo instrumento tuitivo más contundente por medio del cual se lograra auxiliar a tales disciplinas⁷⁷⁴, ello en aras de ampliar el espectro de protección del consentimiento negocial y de brindar un auxilio al sujeto de la relación que se encuentra en una particular situación de debilidad.

Desde esta perspectiva, siendo representando entonces el derecho de desistimiento como la adarga que, por excelencia, reconocen los ordenamientos para la protección al consumidor en el campo de la contratación no tradicional, la cual se articula como respuesta a la posible formación irregular del consentimiento que ha manifestado y que le ha dado vida al acuerdo contractual, no resulta sorprendente que este haya sido individuado como el instrumento indicado para reequilibrar la posición desventajosa en la que el consumidor puede hallarse en razón de la desestabilización que desencadena la presencia de la sorpresa en la relación

⁷⁷⁰ PIÉDELIÈVRE, Stéphane. *Droit de la consommation*, op.cit. p. 267; y PAISANT, Gilles. *Droit de la consommation*, op.cit. pp. 145 y 146.

⁷⁷¹ CALAIS-AULOY, Jean & TEMPLE, Henri. *Droit de la consommation*, op.cit. pp. 120 y 121.

⁷⁷² Para un estudio más profundo sobre el derecho de desistimiento, de sus elementos cardinales e incoativos, así como también de sus antecedentes y trayectoria histórica, nos remitimos al concienzudo estudio realizado por JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La compraventa en el Derecho del consumo*, op.cit. pp. 259 y ss.

⁷⁷³ MUSIO, Antonio. *I contratti conclusi fuori dai locali commerciali*, op.cit. p. 284.

⁷⁷⁴ En opinión de la doctrinante francesa ISABELLE DEMESLAY, el derecho de desistimiento o arrepentimiento (*droit de repentir*) desempeña un papel auxiliar en relación con la teoría de los vicios del consentimiento. DEMESLAY, Isabelle. “Le droit de repentir”, en *Revue juridique de l’Ouest*, 1997, II p. 166.

negocial⁷⁷⁵, llegando así a ser concebido como una ‘válvula de salvaguardia’ para el consumidor ante los riesgos que interioriza la sorpresa⁷⁷⁶.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, debe indicarse que, en virtud naturaleza facultativa y discrecional que se estructura en beneficio exclusivo del consumidor, este contará con la plena libertad de decidir si, incluso en aquellos eventos en los que ha visto sorprendida su voluntad, prefiere mantener incólumes los efectos resultaste del acuerdo contractual, al no hacer uso de dicha facultad⁷⁷⁷, lo cual se explica precisamente por el hecho que, con estas nuevas disciplinas de control de la contratación no se pretende coartar el libre acuerdo de las partes, ya que, en línea de principio, y siempre que no resulte injusto o abiertamente desproporcionado, el consumidor podrá concluir cualquier tipo de acuerdo con el profesional, sino más bien pretende brindar una tutela adecuada ante los posibles efectos perjudiciales que se desprenden de la sorpresa, la cual, en últimas, corresponderá al consumidor decidir si acudir o no a dicha protección⁷⁷⁸.

En efecto, en estos supuestos es posible hablar de una especie de ‘saneamiento’ de la sorpresividad pues, aplicando una presunción en sentido inverso, puede llegar a asumirse que, después de haber transcurrido un determinado y razonable periodo de tiempo -ya que el desistimiento se estructura como un remedio *a posteriori*⁷⁷⁹- la sorpresa necesariamente terminará desapareciendo, ello bajo el entendido que, nadie puede permanecer en estado de perplejidad *ad aeternum*. Por tal virtud, quien se abstiene a ejercer su derecho durante el arco temporal que le ofrenda la ley, a lo del cual cuenta con la posibilidad de madurar una percepción más adecuada del negocio que celebró, podrá entenderse que es fruto de su voluntad, límpida, sana, reflexiva y meditada, la intención de conservar los efectos de dicho acuerdo en cuestión.

Todo lo señalado hasta este punto, puede llevarnos a concluir que, el fundamento que se encuentra detrás y que justifica la ‘*mise en scene*’ de un mecanismo remedial tan drástico y contundente -como lo es el derecho de desistimiento-, con el cual se ha puesto en entredicho grandes postulados axiomáticos de la teoría general del Derecho contractual clásico, particularmente en el ámbito de los contratos celebrados fuera de los establecimientos

⁷⁷⁵ Según expresa el autor italiano ALESSANDRO BARCA, “il ricesso è diventato uno strumento di tutela del consumatore molto importante per porre fine allo squilibrio contrattuale che lo contraddistingue nei rapporti con il professionista”. BARCA, Alessandro. *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, op.cit. p. 40.

⁷⁷⁶ En palabras del profesor JANNARELLI “a fronte del carattere sorprendente della negoziazione e, di conseguenza, della frequente impossibilità per il consumatore di «confrontare la qualità e il prezzo che gli vengono proposti con altre offerte» il diritto di recesso opera quale valvola di salvaguardia del consumatore”. JANNARELLI, Antonio. *La tutela dei consumatori nella negoziazione fuori dai locali commerciali: introduzione generale*, op.cit. p. 19. Con relación a la naturaleza de ‘válvula’ que se predica de este instrumento tuitivo, véase también: DE HIPPOLYTIS, Roberta. “La disciplina unitaria del recesso”, en *Il Foro Italiano*, Anno CXXXVII, 2012, p. 186.

⁷⁷⁷ BÜLOW, Peter & ARTZ, Markus. *Verbraucherprivatrecht*, op.cit. pp. 99 y 100.

⁷⁷⁸ En un sentido similar se habrían pronunciado los profesores británicos GERAINT G. HOWELLS y STEPHEN WEATHERILL, los que, comentando la Directiva Europea 85/557, anotarían que “The transaction may be concluded and enforced on whatever terms the parties may agree, but the consumer is to be supported in the pre-and post-bargaining phase. This is consumer choice in the free market, but with account taken of the ‘surprise element’ in such deals (...)”. HOWELLS, Geraint & WEATHERILL, Stephen. *Consumer protection law*, Ashgate, Aldershot, 2005. p. 70.

⁷⁷⁹ PAISANT, Gilles. *Droit de la consommation*, op.cit. p. 145; y VALENTINO, Daniela. *Recesso e vendite aggressive*, op.cit. p. 191.

comerciales y a distancia⁷⁸⁰, reside -al menos en parte- en el propósito de garantizarle al consumidor una protección o un ‘remedio’ frente a los potenciales efectos desestabilizadores que la sorpresa genera, especialmente en el marco de estos canales particulares de contratación⁷⁸¹, efectos que, tal como hemos señalado, dan lugar a la formación de un consentimiento anómalo o viciado⁷⁸², pues le impiden al sujeto que los padece poder llegar a dimensionar correctamente la imagen global del acuerdo contractual *in concreto*.

Sin embargo, lo anterior no significa que, desde el punto de vista práctico, y ciñéndose a un supuesto particular, un consumidor que no haya sido víctima de una desagradable sorpresa no pueda llegar a acudir a este mecanismo remedial, pues el ordenamiento jurídico reconoce la titularidad de tal derecho de forma indistinta y, en principio, incondicionada, para lograr otorgar una protección más efectiva al sujeto débil de la relación negocial, lo cual no desvirtúa el argumento según el cual el fundamento general y abstracto sobre el que se encuentra edificada la naturaleza de este instrumento tuitivo en sede de estos modelos contemporáneos de la contratación, se encuentra direccionado hacia el propósito de garantizar una tutela adecuada ante la sorpresa jurídicamente relevante, tal como señalamos

⁷⁸⁰ Al plantear el interrogante consistente en el ¿por qué otorgarle un derecho de retracto al consumidor en el caso de contratos a distancia?, los profesores AULOY y TEMPLE, consideran que ello se debe a que en tales eventos el consumidor celebra un contrato únicamente basándose en imágenes o descripciones, situación que interioriza un riesgo consistente en que este último puede llegar a recibir un artículo que no corresponda con lo que había esperado, lo cual, en otras palabras, quiere decir que es el riesgo de que el consumidor pueda llegar a ser ‘sorprendido’ el cual constituye la razón de fondo que justifica la presencia de un derecho de tal naturaleza en el supuesto de este modelo de contratación. CALAIS-AULOY, Jean & TEMPLE, Henri. *Droit de la consommation*, *op.cit.* p. 120.

⁷⁸¹ Según expresa el profesor de la Universidad de *Roma Tre*, ETTORE BATTELLI, la justificación de la atribución de un derecho de desistimiento (*ripensamento*) reside en el temor que el consumidor pudo no haber llegado a ponderar correctamente el negocio ‘como consecuencia del efecto sorpresa’, o del hecho de no haber podido adquirir un conocimiento suficiente sobre las características del recurso busca procurarse, como consecuencia de no tener la posibilidad de valorar directamente el bien o servicio, aspecto este último que, tal como hemos señalado, igualmente se reconduce a un riesgo que interioriza la sorpresa. BATTELLI, Ettore. *I contratti a distanza e i contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, *op.cit.* pp. 237 y 238.

⁷⁸² Sobre la naturaleza de ‘vicio de la voluntad’ que se desprende del ‘elemento sorpresa’ en el escenario de la contratación no tradicional, ALESSANDRO BARCA, al abordar algunos de los supuestos que el legislador italiano concibe como contratos celebrados fuera del establecimiento comercial, señala que en ellos el consumidor es tomado ‘sustancialmente por sorpresa’, y que, en tal sentido, la intervención del legislador es la de proteger al consumidor que ha sido inducido a otorgar un consentimiento ‘viciado’ como consecuencia de las circunstancias particulares en las que se desenvuelven las negociaciones. BARCA, Alessandro. *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, *op.cit.* p. 56.

CAPÍTULO IV

LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS COMO PARADIGMÁTICA MANIFESTACIÓN DE LA SORPRESA JURÍDICAMENTE RELEVANTE

1. EL ACTO SORPRESIVO. SU MANIFESTACIÓN Y PROYECCIÓN EN EL CLAUSULADO CONTRACTUAL. ORIGEN, Y CONFIGURACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS.

Luego de haber examinado, con carácter general, algunos de los primordiales aspectos de la sorpresa jurídicamente relevante, y de su concreta manifestación en el escenario de los vicios de la voluntad, al igual que habiendo estudiado su particular desenvolvimiento en el ámbito de la contratación a distancia y de aquella celebrada fuera de los establecimientos comerciales, resulta necesario detenernos en los siguientes apartes en el estudio de las llamadas ‘cláusulas sorprendentes’, también identificadas por algunos a través de la expresión ‘cláusulas sorprendentes’, e incluso de ‘cláusulas insólitas’, ‘inusuales’ e ‘inauditas’, locuciones que, por su significado, *ab initio*, revelan una disfunción o una anomalía contractual, puesto que es en este terreno, el del contrato, en el que ellas se introducen, con graves secuelas para una de sus partes, a raíz de la aparición del ‘elemento sorpresa’.

Así las cosas, tal y como se desprende del título de este capítulo, a continuación nos centraremos en el estudio de una de las manifestaciones más elocuentes de la sorpresa jurídicamente relevante, especialmente en la esfera reservada a la contratación predispuesta, como también a la contratación con consumidores, en la que reviste mayor incidencia e igualmente vigencia en la actualidad.

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ESCENARIO EN EL CUAL FUE PERFILADA LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS.

1.1.1. *El antiguo linaje de la prohibición frente a los clausulados insólitos.*

Si bien es cierto que la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes, propiamente entendida, encuentra su auténtico origen para mediados del siglo XX, particularmente de la mano de la jurisprudencia alemana atinente a la regulación de las condiciones generales de la contratación (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*), lo cierto es que, contrario a lo que podría pensarse, la búsqueda del rechazo de clausulados que pudiesen concebirse como sorprendentes o inusitados, y, por ende indeseados, cuenta con un antiguo linaje que se originó con varios siglos de antelación.

En efecto, en nuestra opinión, esta moderna figura debe ser comprendida como una manifestación de la figura, de suyo más amplia y comprensiva, de la sorpresa jurídicamente relevante, cuyas huellas, tal y como hemos podido corroborar, se hallan dispersas a lo largo de los siglos, lo que evidencia que la preocupación por contrarrestar los efectos emanados de la sorpresa en el campo contractual no representa un patrimonio de la modernidad, o posmodernidad, así como tampoco lo representa el rechazo de particulares clausulados que puedan dar cabida a la sorprendente.

En sustento de lo anterior, como un novedoso e interesante dato de carácter histórico, puede comprobarse que, ya para el siglo XVIII, existió un fehaciente interés de evitar que, en razón del desconocimiento de un clausulado, se permitiese que la sorpresa pudiese enseñorearse del

consentimiento contractual, tal como se corrobora en una elocuente cita que hace POTHIER de la “Declaración del Rey del 22 de septiembre de 1733”, con la cual se buscó “evitar las sorpresas frente a las personas que firman actos que se les presentan sin haber leído el contenido” (se destaca)⁷⁸³.

Así mismo, debemos resaltar que, del análisis efectuado por nosotros de vetustos textos jurídicos, pudimos verificar que, ya de antaño, en el atávico Derecho francés -cuna por excelencia de la sorpresa con connotación jurídica- se hablaba con cierta propiedad de las llamadas ‘cláusulas insólitas’ (*clauses insolites*), locución que, a pesar de su moderna apariencia, puede ser rastreada hasta los empiezos del siglo XVI, pues las mismas figuran en obras de gran importancia para la época, tal y como es el caso del histórico *Regulis Iuris* escrito en 1525 por el ilustre jurista italiano FILIPPO DECIO, al igual que, en las Glosas de Las Leyes de Toro, desarrolladas tan solo dos años más tarde por el jurista español DIEGO DEL CASTILLO DE VILLASANTE⁷⁸⁴, y con la que se pretendió referir a estipulaciones que no se ajustan a lo común, que contrarían las usanzas y se contraponen a la costumbre⁷⁸⁵, y que, en razón de su naturaleza inusual, daban lugar a una presunción de dolo o fraude⁷⁸⁶ (*‘Clausule insolite suspicione fraudis inducut’*)⁷⁸⁷, llegándose así a afirmar que, este tipo de cláusulas no podrían llegar a tener efecto alguno, pues su presencia daría lugar a la constitución de un vicio contractual⁷⁸⁸.

En armonía con lo anteriormente expuesto, el jurista francés BENOÎT LÉON MOLIERES FONMAUR, abordando la cuestión concerniente a las presunciones relativas a la perpetración de un fraude, afirmó que: “Los pactos y las cláusulas insólitas hacen sospechosa la cosa, a veces, incluso, proporcionan la prueba completa del dolo, es decir, cuando parece que *están enmascarando la injusticia o la contravención de las Leyes*”⁷⁸⁹ (se destaca).

⁷⁸³ Traducción libre. POTHIER, Robert Joseph. *Traité des Obligations*, op.cit. p. 242.

⁷⁸⁴ En la primera edición publicada para el año de 1527 en Burgos puede verificarse que en su ‘*Repertorius*’ se expone “*Clausule insolite an arguant actu esse suspectum et factum in fraudem*”, mientras que, en su segunda edición publicada en 1544 en la ciudad de Salamanca, además de tal referencia, puede comprobarse que en glosa de la ‘*Ley septuagessima*’, ‘*Fallit 2*’, se expresa “*in contractu apponuntur clausule insolite apponi in cōtractu permutationis presumatur simulatus et in fraudem initus (...)*”. DE VILLASANTE, Diego del Castillo. *Las Leyes de Toro glosadas*, Burgos, 1527, y Salamanca, 1544. s/p.

⁷⁸⁵ La voz francesa ‘*insolite*’ es definida para la época por el *Dictionnaire universel* de autoría de ANTOINE FURETIÈRE como aquello “*qu’on n’a pas coûtume de faire, qui est contre l’usage & les regles*” y se indica que “*Ce mot vient de souloir, qui signifioit aussi avoir de coûtume*”. FURETIÈRE, Antoine. *Dictionnaire universel, contenant generalement tous les mots françois*, T II, Chez Arnout & Reinier, Haye, 1690. s/p. Por su parte, la Academia Francesa en su afamado diccionario define tal locución como “*Qui est contre l’usage, contre les regles*”, y justamente ofrece como ejemplo del vocablo la expresión de ‘*Clause insolite*’. *Dictionnaire de l’académie fraçoise*, T I, Chez la Veuve de Bernard Brunet, Paris, 1762. s/p.

⁷⁸⁶ GUYOT, Joseph Nicolas. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, T XI, Paris, Chez Panckoucke, Paris, 1777. p. 204, consultese igualmente *1Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 a 1845*, T III, Au Bureau du Journal du Palais, Paris, 1846. p. 545.

⁷⁸⁷ PHILIPPUS, Decius. *De regulis iuris*, 1525. s/p.

⁷⁸⁸ Sobre el particular, el jurista y abogado real, FRANÇOIS GRIMAUDET, señaló que: “*Au rang des presomptions des contracts usuraires & pignoratifs sont les clauses & conventions insolites trop subtilement excogitées, pour deçevoir les acquerieurs (...)* *Sur celà est à noter que toutes les pactions & clauses insolites n’ont mesme effect: car les unes sont viceuses & usuraires, & vicient les contracts, ausquels elles sont apposées (...)*” (Se destaca). GRIMAUDET, François. *Les oeuvres de M. François Grimaudet*, Chez Robert Foüer, Paris, 1669. pp. 378 y 379.

⁷⁸⁹ Traducción libre, la cita en su lengua original reza de la siguiente forma: “*Les pactes & clauses insolites rendent la chose suspecte, quelquefois même ils fournissent la preuve complete du dol, c’est-à-dire,*

Al respecto, conviene señalar que, si bien la figura en cuestión no alude propia y expresamente al elemento sorpresa, sino que refiere a lo insólito o inusitado, no puede desconocerse la estrecha proximidad conceptual que comparte con aquel elemento, pues aquello que se predica insólito y desacostumbrado, tal y como lo indicaremos con más detenimiento posteriormente, en línea de principio general, suele además resultar sorprendente, razón por la cual puede predicarse una clara conexión entre ambos fenómenos, ya que comparten un mismo propósito genético el cual puede individuarse en el rechazo de lo inesperado. Es precisamente por virtud de lo anterior que, actualmente, incluso con cierta frecuencia, suele hablarse indistintamente de ‘cláusulas sorprendidas’ y ‘cláusulas insólitas’, como si fuese concepciones sinonímicas, lo cual, como explicaremos con más detenimiento en líneas posteriores, no consideramos del todo conveniente, pues no son gotas de agua y convienen ser diferenciadas, a pesar de que, como se expresó, en la mayoría de ocasiones puedan comulgar en un mismo principio.

1.1.2. *Antecedentes más próximos de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas en el marco de la regulación de la contratación predispuesta y del consumo.*

Sin pretender menospreciar la incuestionable relevancia que se desprende de los precedentes históricos que hemos reseñado anteriormente, los que, sin lugar a duda, se sitúan en altos escaños de la prosapia de la cual proviene la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas, lo cierto es que, en realidad, el origen de esta regla, propiamente concebida, tuvo lugar con varios siglos de posterioridad, en un escenario jurídico y económico enteramente diverso, el cual se origina y fundamenta en el encumbramiento de la llamada contratación predispuesta y generalizada.

En este sentido, entendemos que uno de los precedentes del desarrollo por parte de los tribunales alemanes de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas puede ser hallado en algunos de los primeros y más reveladores estudios que se desarrollaron con relación a la temática concerniente a la contratación predispuesta y estandarizada, e los cuales logra comprobarse que, para inicios del siglo pasado, el potencial pernicioso que se desprende de la sorpresa cuando esta se desempeña en este concreto escenario ya habría sido anticipado por algunos renombrados autores a nivel internacional, los cuales se dieron a la tarea de abordar la cuestión atinente al control de estos nuevos canales de la contratación.

Así, una muestra paladina de lo anteriormente expuesto puede ser hallada en la afamada obra *‘De la Déclaration de la Volonté’* escrita para el año de 1901 por parte del renombrado jurista francés, RAYMOND SALEILLES, a quien, cabe destacar, suele atribuírsele haber implementado por vez primera, y a falta de un mejor calificativo, la denominación de contrato de adhesión (*contrat d’adhésion*), el cual describió como una especie de contrato que de ‘contrato no tienen más que el nombre’, ya que, en su opinión, con este tipo de contratos se da lugar a un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes, la cual dictamina unilateralmente la *lex contractus* no solo a un individuo sino a una colectividad indeterminada⁷⁹⁰.

lorsqu’il paroît qu’ils masquent l’injustice ou la contravention aux Loix”. MOLIERES-FONMAUR, Benoît-Léon. *Traité des droits de lods et ventes*, Chez les Feres Perisse, Lyon, 1783. p. 281.

⁷⁹⁰ SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté: contribution a l’étude de l’acte juridique dans le Code Civil allemand*, op.cit. pp. 229 y 230.

Pues bien, en los comentarios que el mencionado autor realizó en su obra del artículo 133 del Código Civil alemán -y con ocasión de los cuales dio lugar a su afamada definición de los contratos de adhesión, previamente aludida-, puede corroborarse que la idea de que prevenir la sorpresa constituye un requisito necesario en orden a lograr asegurar un mayor grado de justicia a nivel contractual, no fue extraña o ajena al precitado profesor de la Universidad de París, ya que este llegó a afirmar en su momento que, quien se desempeña como el destinatario de una declaración de voluntad deberá ceñirse a realizar una interpretación normal de la misma, la cual deberá ajustarse a lo que este llegue a captar del pensamiento y de las intenciones del declarante, así como también de las exigencias que se desprenden de la equidad, no pudiendo atenerse así a una interpretación exegética de la misma, razón por la cual dicho destinatario deberá, “comprender la intención de la persona que se está dirigiendo a él y evitar cualquier sorpresa que sea contraria a la lealtad” ello bajo el entendido que, “En los negocios hay que jugar limpio; y este juego limpio se impone a ambas partes”⁷⁹¹.

En un sentido análogo, otra muestra paladina de la estrecha conexión que se predica entre la sorpresa y los que, para la época, se edificaban como nuevos modelos de contratación, la encontramos en un relevante estudio llevado a cabo por GEORGES DEREUX, concerniente a ‘la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión’, publicado en el año de 1910. En este interesante escrito, DEREUX desarrolla un planteamiento verdaderamente revolucionario para la época – acreedor de todo reconocimiento-, pues, separándose de quienes ponían en tela de juicio la validez jurídica de estos novedosos modelos que cada vez se abrían mayor camino en el tráfico jurídico, abogó por reconocer una naturaleza contractual respecto de los mismos, considerando que la verdadera solución no se encontraba en negarles carta de ciudadanía, sino más bien en “subordinar escrupulosamente el efecto de cada una de sus cláusulas a la verdadera voluntad de las dos partes”⁷⁹², de este modo se opondría abiertamente a las políticas

⁷⁹¹ Traducción libre. SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté: contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand*, op.cit. p. 213.

⁷⁹² Traducción libre. DEREUX, Georges. “De la nature juridique des «contrats d’adhesion»”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1910. p. 535. Por su parte, asumiendo una postura similar a la de DEREUX, el profesor español HIPÓLITO MONTAGNÉ, también asumiendo tempranamente el asunto por intermedio de un artículo intitulado ‘El contrato de adhesión’ publicado en el año de 1936, destacaba como la solución respecto a estas modalidades negociales no debía ser la de rechazar su naturaleza contractual sino más bien la de propender que las mismas sean un resultado de la voluntad, evitando así la ‘sorpresa’ que puede derivar de ellas, y para la consecución de tal finalidad anticipaba la necesidad de introducir requisitos formales de inclusión frente a estos modelos de contratación, adelantándose considerablemente a la tipificación por parte del Legislador español de estos requerimientos por intermedio de la Ley del contrato de seguro del año 1980, cuyo artículo 3 exige que “las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa”, y posteriormente por la Ley de Condiciones generales de la contratación del año 1998, la cual introduce expresamente en su artículo 5 los “Requisitos de incorporación”. Así, acudiendo a las precisas palabras del profesor español: “El asegurador destaca las ventajas. El aceptante se decide. Firma la solicitud, que es ya la aceptación, es decir, el contrato. Después recibe la póliza y empiezan las sorpresas. Una multitud de cláusulas, a veces en varios tipos de letra, algunas si no ocultas por lo menos disimuladas. Todo lo que ellas contienen está aceptado, lo ‘ha querido’ el asegurado. Sin duda que nadie ha de pensar que esto no sea seriamente objetable. Solamente el prestigio y ventajas del seguro, que cada vez penetra más en todas las esferas, puede hacer tolerable este régimen no sólo de ficción sino de verdadero abuso. Pero para evitarlo, la solución no está, no puede estar, evidentemente, en sostener que el contrato de seguro, por la forma como se lo realiza – mezcla de avance y de negligencia-, no es contrato. Lo que interesa es reglamentar el contrato de seguro y los análogos por el modo de formación, de manera tal que el aceptante esté en aptitud de conocer, de informarse de todas las cláusulas a que va adherir, a fin de que su adhesión sea, o por lo menos pueda ser, resultado de una efectiva voluntad. Así se evitará la sorpresa y el contrato, para resguardo del consentimiento, podrá concluirse como si hubiera mediado una discusión solemne y se reducirá al menor grado la ficción, con

encaminadas a prohibir la presencia de determinados clausulados en estos modelos contractuales, ya que, en su opinión, “La mayoría de cláusulas que se prohíben de esta manera no son en sí mismas reprobables: *lo reprobable es introducirlas por sorpresa en un acto jurídico*” (se destaca)⁷⁹³.

Siguiendo esta línea de cosas, podemos comprobar que, en los mismos preludios de la formación teórica de la regulación jurídica de la contratación sujeta a condiciones generales en el marco del Derecho alemán, existió igualmente una clara, a su vez que entendible, preocupación respecto a la presencia e incidencia que puede llegar a tener el elemento sorpresa en dicho ámbito de la contratación, lo cual puede corroborarse en los escritos del reputado profesor alemán, LUDWING RAISER, quien tempranamente se habría dado a la tarea de desarrollar un escrupuloso estudio en trono a la ‘habilitación’ o la validez de las condiciones generales de la contratación, el que vería la luz para el año 1935 con la publicación de la primera edición de su obra ‘*Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*’, -uno de los trabajos pioneros en la materia a nivel internacional-, y en el cual se logra evidenciar un claro postulado según el cual, como necesaria consecuencia del otorgamiento de una carta de ciudadanía a estos mecanismos de contratación masificada -entendidos como instrumentos necesario para el progreso y la imperiosa oxigenación del mercado-, el ordenamiento jurídico debe igualmente procurar por proteger a los contratantes ante las que él denominó como ‘sorpresas penosas’ (*peinliche Überraschungen*)⁷⁹⁴.

En efecto, en opinión del respetado profesor de la Universidad de Hamburgo, ya que el contratante adherente suele estar obligado por las condiciones generales -incluso si las desconoce o no logra comprenderlas-, “a cambio está protegido de todas las sorpresas sumamente inapropiadas”, razón por la cual, continúa afirmado que, “Las cláusulas inusuales e injustas, que no tiene que esperar, no tienen por qué aplicarse en su contra”, y, en plena concordancia con lo anteriormente expuesto, en líneas posteriores determina que, debido al hecho que quien contrata bajo condiciones generales asume el riesgo que implica vincularse bajo un desconocimiento detallado del contenido contractual, “el sistema jurídico tiene la tarea de reducirlo en la medida de lo posible y de evitar las sorpresas”⁷⁹⁵.

Por su parte, retornando al escenario del Derecho francés del siglo XX, conviene señalar que en un sentido similar se pronunció igualmente el ilustre jurista LUIS JOSSEMAND, quien en un magnífico escrito intitulado ‘*La protection des faibles par le Droit*’, publicado en el año de 1935, poniendo en evidencia la necesidad de evitar la inclusión clausulados que inviten a la sorpresa y que con ello puedan perjudicar a los contratantes, aseveró que, dentro los procedimientos preventivos empleados por el modelo de ‘protección moderna’ del Derecho frente a los débiles, se encuentra aquel que consiste en que “El legislador tome medidas para evitar que en los contratos entre empresas poderosas y sus clientes, se introduzcan

la ventaja de la brevedad. Como garantía de la posibilidad real de informarse antes de la aceptación, que el contrato sea nulo si la aceptación no está consignada en la propia póliza, o sea el pliego que contiene todas las cláusulas, las cuales deben ser perfectamente visibles del punto de vista gráfico y claras en la expresión” (se destaca). MONTAGNÉ, Hipólito. “El contrato de adhesión”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Nº 5 y 6, 1931. p. 64.

⁷⁹³ Traducción libre. DEREUX, Georges. *De la nature juridique des «contrats d’adhesion»*, op.cit. p. 534.

⁷⁹⁴ Traducción libre. RAISER, Ludwing. *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, op.cit. p. 93.

⁷⁹⁵ RAISER, Ludwing. *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, op.cit. pp. 101 y 170.

subrepticamente y por sorpresa cláusulas, las cuales no habrían sido efectivamente conocidas por el destinatario”⁷⁹⁶.

Siendo esta una interpretación con la cual, ya en el ámbito del Derecho italiano, parece haber coincidido el reconocido magistrado MICHELE FRAGALI, quien, también para mediados del siglo pasado, manifestó que, “la disciplina de los contratos de adhesión se fundamenta en la necesidad de evitar la preponderancia de una parte sobre la otra, y de asegurar a esta última contra la sorpresa a la cual da lugar la predisposición unilateral de las partes contratantes” (se destaca)⁷⁹⁷, afirmación la cual, en algún modo, sería reivindicada más recientemente en el tiempo por parte del ilustre profesor de la Universidad *La Sapienza*, CESARE MASSIMO BIANCA, quien, a propósito de sus estudios con relación a la contratación predispuesta, indicó que, “La exigencia de una tutela particular a favor del adherente *se ha querido ver en el peligro de la sorpresa*, esto es, en el peligro de que quien acepta las cláusulas predisuestas por otro no se dé cuenta, suficientemente, del alcance y del significado de cada una de las cláusulas” (se destaca)⁷⁹⁸.

Ahora bien, cabe destacar que, en adición a estas primeras, y de suyo reveladoras, aproximaciones que se dieron en relación con la figura de la sorpresa y su particular proyección en sede de la contratación sujeta a condiciones generales, las cuales seguramente coadyuvarían a que se conformase la regla nugatoria de las cláusulas sorpresivas, debe señalarse que, tal y como lo ha puesto de manifiesto el profesor alemán, JOACHIM SCHMIDT-SALZER, un segundo precedente que igualmente se configuró como una de las bases sobre las cuales se erigió la regla en cuestión en el ordenamiento jurídico alemán, puede ser hallado -esta vez en el ámbito particular de las relaciones ente comerciantes-, en los pronunciamientos judiciales de mediados del siglo XX que se habrían proferido en relación con la temática concretamente a las cartas comerciales de confirmación (*Kaufmännische Bestätigungsschreiben* o KBS)⁷⁹⁹.

Al respecto, debe señalarse que, si bien en Derecho alemán se ha solido considerar que el silencio o la inacción de un comerciante frente a una ‘carta comercial de confirmación’ por medio de la cual se introducen nuevos elementos que modifican lo que había sido estipulado contractualmente, se entenderá como aceptación a la misma⁸⁰⁰, según la jurisprudencia germana de inicios de los años cincuenta, este efecto vinculante que se desprende del silencio del comerciante que recibe la carta no puede hacerse extensivo al evento en cual lleguen a intermediar clausulados que, por virtud de su naturaleza inusual no hubiesen podido llegar a

⁷⁹⁶ Traducción libre. JOSSERAND, Louis. “La protection des faibles par le Droit” en *Legal essays in tribute to Orrin Kip McMurray*, University of California Press, Berkeley, 1935. p. 233.

⁷⁹⁷ Traducción libre. FRAGALI, Michele. “Dei requisiti del contratto”, en *Codice Civile: libro delle obbligazioni*, Vol 1, G. Barbèra Editore, Firenze, 1948. p. 375.

⁷⁹⁸ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile: il contratto*, op.cit. p. 329.

⁷⁹⁹ SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Die Kontrolle ungewöhnlicher /überraschender AGB-Klauseln: deutsche Vergangenheit und europäische Zukunft*, op.cit. pp. 365-367.

⁸⁰⁰ Sobre la regulación frente a las cartas comerciales de aceptación tanto a nivel del Derecho alemán como en el ámbito internacional puede consultarse KRÖLL, Stefan & HENNECKE, Rudolf. *Kaufmännische Bestätigungsschreiben beim internationalen Warenkauf*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 67, 2003, así mismo, en relación con el particular, véase el interesante escrito del profesor colombiano JORGE OVIEDO ALBÁN, “Negociación y documentos preliminares en la contratación internacional”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 22, 2012. pp. 94 y ss, Cfr. ESSER, Michael. “Commercial letters of confirmation in international trade: austrian, french, german and swiss law and uniform law under the 1980 Sales Convention”, en *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol 18, N° 3, 1988.

ser esperados⁸⁰¹, lo que, en opinión del profesor SCHMIDT-SALZER, representó un instrumento a través del cual los tribunales alemanes habrían buscado proteger la confianza legítima de las partes contratantes⁸⁰².

Así las cosas, siguiendo tal interpretación, las estipulaciones que resultasen sorprendivas o legítimamente inesperadas serían excluidas de los efectos derivados de aceptación tácita fundada en el silencio⁸⁰³, dando lugar con ello a la expulsión del elemento sorpresa que pudiese llegar a afectar la confianza, la seguridad y la buena fe, las cuales deben reinar en las relaciones comerciales⁸⁰⁴.

En estricto apego con lo reseñado hasta este punto, podemos señalar que, todos estos importantes antecedentes que se encontraron enderezados hacia el rechazo de la sorpresa terminarían fungiendo como un claro sustentáculo para la posterior gestación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas, propiamente entendida, en el marco del ordenamiento jurídico alemán.

De esta forma, sería para los empujes de los años sesenta que, de la mano de la jurisprudencia del alto Tribunal Federal de Justicia Alemana (*Bundesgerichtshof* o BGH), inició la etapa que podemos denominar como ‘embrionaria’ o ‘gestacional’ de la regla en

⁸⁰¹ Claro ejemplo de ello, siendo posiblemente el primer precedente al respecto, viene a ser la sentencia del Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH) del 24 de septiembre de 1952, NJW 1952, 1369 (II ZR 305/51), en el cual, a pesar de que el alto tribunal alemán consideró que no resultaba aplicable al caso concreto, habría puesto de manifiesto que, a una solución diferente habría podido arribarse en aquellos eventos en los que la cláusula hubiese podido resultar inusual en el tráfico normal del comercio, y que por lo tanto fuese una cláusula que no tuviese que ser esperada por el contratante. En un sentido similar, en sentencia proferida en 1963 el mismo órgano jurisdiccional habría señalado que, de conformidad con la posición doctrinal y jurisprudencialmente mayoritaria, las consecuencias que normalmente se desprenden de la falta de oposición a una carta de confirmación comercial no se producirán si el contenido de esta última difiere de lo que se había acordado en las reuniones precedentes hasta tal punto que el remitente no podría llegar a esperar razonablemente el consentimiento del destinatario en relación con la misma. BGH, sentencia del 26 de junio de 1963, NJW 1963, 1922 (VIII ZR 61/62).

⁸⁰² Al respecto, puede consultarse con sumo interés un estudio realizado por el profesor SCHMIDT-SALZER dedicado exclusivamente al análisis del ‘control de las cláusulas inusuales/sorprendivas’ el cual desarrolla, por un lado, abordado los orígenes de la figura en del Derecho alemán, y, por el otro, abarcando su proyección en el campo europeo. SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Die Kontrolle ungewöhnlicher/überraschender AGB-Klauseln: deutsche Vergangenheit und europäische Zukunft*, op.cit. pp. 365 y 366.

⁸⁰³ En relación con la inadmisibilidad de que la aceptación tácita pueda llegar a darle cabida a la sorpresa, un revelador precedente puede encontrarse en una sentencia de apelación proferida por parte de la Corte de Milán el 12 de enero de 1917, en la cual se juzgó si frente a la ausencia de una reclamación por parte de quien acepta una factura pueden ser permitidas las modificaciones al contrato previamente celebrado que se introducen por medio de esta última, afirmando que: “Non si può disconoscere l’accettazione tacita delle clausole contenute nella fattura, riguardanti specialmente il modo ed il luogo del pagamento, *quando siano conformi alla pratica commerciale sempre usata* dalla ditta che emette la fattura anche nei precedenti rapporti avuti colla parte alla quale la fattura è diretta, e sempre quando non urtino contra espressi accordi intervenuti fra le parti medesime. *L’anima del commercio è la buona fede; quindi, come non è ammissibile che un contraente, mediante una fattura, inserisca a sorpresa dei patti contrari a quelli in precedenza usati*, così non debe essere lecito alla parte che riceve la fattura, nella quale sono chiaramente indicati dei patti rispondenti ai precedenti rapporti, di accettare ed usare le merci per poi impugnare i patti di fattura” (se destaca). *Sinossi giuridica*, Fascicoli 361 a 372, Direzione ed Amministrazione, Roma, 1917-1918. p. 365.

⁸⁰⁴ STOFFELS, Markus. *Der Schutz vor überraschenden Vertragsbestimmungen*, op.cit. p. 159; LÖWE, Walter, VON WESTPHALEN, Friedrich Graf & TRINKNER, Reinhold. “§3 Überraschende Klauseln” en *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft MBH, Heidelberg, 1977. p. 87; y LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. “§ Überraschende und mehrdeutiger Klauseln”, en *AGB-Recht*, C.H Beck, München, 2020. p. 186.

cuestión, pues fue en este periodo en el cual se aludió por vez primera, y con propiedad, a la figura de las ‘cláusulas sorpresivas’ y en el cual se delinearía el razonamiento que llevaría a fundamentar su rechazo, a pesar de que, como explicaremos con más detenimiento en líneas posteriores, en este escenario primigenio no existió una total concreción de lo que estas cláusulas querían significar, así como tampoco existió una absoluta claridad sobre los linderos conceptuales que las dividen respecto de las llamadas cláusulas ‘irrazonables’ o ‘abusivas’.

Siguiendo esta línea de cosas, debemos señalar que, la primera vez que creemos fue empleado el término ‘cláusulas sorpresivas’ por parte del Tribunal Federal alemán tuvo lugar en el año de 1964 con ocasión de un importante pronunciamiento en el cual se determinó que: “las condiciones generales pueden perder su validez si contienen cláusulas inapropiadas y sorpresivas que encarnan la búsqueda abusiva de intereses unilaterales a expensas de la contraparte del predisponente y que, por lo tanto, contradicen la equidad al sopesar los intereses de los grupos normalmente involucrados en tales transacciones”⁸⁰⁵.

Partiendo de este revelador precedente, inició un afloramiento de trascendentes pronunciamientos jurisprudenciales, los cuales, a lo largo de un periodo que comprendería algo más de un decenio, llegaron a constituir el núcleo fundamental de la ‘etapa gestacional’ de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas en el Derecho alemán⁸⁰⁶, y sería con fundamento en ellos que, se llegaron a sentar las bases necesarias para la posterior tipificación positiva de la figura en cuestión en el año de 1976 con la expedición de la Ley Alemana de Condiciones Generales de la Contratación (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* o AGB-Gesetz), la cual representó la primera normativa que, *stricto sensu*, le daría un expreso acogimiento a la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas (*Überraschende klauseln*) a nivel internacional, y lo habría hecho por medio de su sección tercera (§ 3), a cuyo tenor, “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 hubiese podido contar con ellas”⁸⁰⁷.

A su vez, cabe destacar que, con los años, la citada regla de las cláusulas sorpresivas sería reivindicada nuevamente en el sistema alemán para el año 2002, con ocasión de la reforma a su Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB) del año 1900, y se incorporó por medio de la sección § 305c, la cual, por medio de su numeral primero, reprodujo con literalidad la fórmula de la antigua § 3 de la ley de 1976⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ Traducción libre. BGH, sentencia del 4 de noviembre de 1964 – NJW 1965, 246 (VIII ZR 46/63).

⁸⁰⁶ Con una intención simplemente ejemplificativa pretendemos señalar algunos de los pronunciamientos más relevantes proferidos por el Tribunal Federal de Justicia alemán en relación con la materia, los cuales antecedieron a la incorporación legislativa de las cláusulas sorpresivas y sirvieron como un claro fundamento para la constitución de misma, así: sentencia del 4 de noviembre de 1964 – NJW 1965, 246 (VIII ZR 46/63); -citando al pronunciamiento previamente citado- sentencia del 20 de septiembre de 1965, NJW 1965, 1589 (III ZR 214/63); sentencia del 6 de noviembre de 1967 NJW 1968, 149 (VIII ZR 81/65); sentencia del 22 de febrero de 1967, NJW 1967, 1225 (VII ZR 215/64) sentencia del 11 de noviembre de 1968 NJW 1968, 230 (VIII ZR 151/66); sentencia del 4 de junio de 1970, NJW 1970, 1596 (VII ZR 187/68); sentencia del 27 de enero de 1974, NJW 1974, 653 (V ZR 85/72); y sentencia del 30 de junio de 1976, NJW 1976, 1886 (VIII ZR 267/75).

⁸⁰⁷ Traducción realizada por el profesor PEDRO PORTELLANO DÍEZ, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000. p. 601.

⁸⁰⁸ Código Civil alemán (BGB) § 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

2. APROXIMACIÓN A LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS. NOCIÓN DESCRIPTIVA, DETERMINACIÓN Y FUNDAMENTO.

Habiendo realizado un recuento del panorama histórico de las cláusulas sorprendidas, consideramos necesario ahora dar cabida a una breve aproximación a esta figura, para lo cual daremos inicio realizado una revisión general de su noción, así como también de sus elementos más determinantes y característicos.

De este modo, procedemos a establecer una noción propositiva, que de ningún modo resulta ser definitiva e inmutable, alrededor de lo que entendemos como cláusulas sorprendidas. Así, en un primer término, y en líneas generales, podrá reputarse como sorprendida toda cláusula que, además de vulnerar la buena fe, resulte razonablemente⁸⁰⁹ inesperada para el co-contratante⁸¹⁰, en franco desconocimiento de las expectativas o de la confianza legítimas que este último hubiese llegado a albergar, pudiendo resultar, además, en tal virtud, ‘insólita’ o ‘inaudita’.

Conforme a lo anteriormente expuesto, puede entenderse que, la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas se instituye como instrumento idóneo de tutela frente a todas aquellas estipulaciones contractuales que, a pesar de que se haya reconocido genéricamente su presencia en el plexo contractual, y que incluso hayan podido ser conocidas formalmente, se encuentran en clara contravía de la confianza, legítima y razonable, que el contratante habría forjado en razón de todas aquellas circunstancias, de diversa índole y naturaleza, que concurrieron durante la primera etapa del *iter* contractual, esto es, a lo largo del proceso gestacional en el que se desempeñó la celebración del contrato, y que, por lo tanto, deberán considerarse como ajenas a su voluntad⁸¹¹.

En este sentido, con la adopción de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas, en últimas, se está dando lugar a la materialización de un instrumento tuitivo que permita proteger la sanidad del consentimiento contractual de los perversos efectos que se derivan de la sorpresa

contraparte del predisponente no hubiese podido contar con ellas”, traducción realizada por VIVES MONTERO, María Luisa. “Traducción de la reforma 2002 del BGB”, en *Anuario de derecho civil*, N° 3, Boletín Oficial del Estado, 2002. p. 1255.

⁸⁰⁹ Para la determinación de lo que puede entenderse como razonable, nos remitimos nuevamente al reciente y meticuloso estudio realizado sobre el particular por, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida & JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *El criterio de razonabilidad en el Derecho privado*, op.cit. Por su parte, una interesante y breve definición sobre lo que puede entenderse por razonable igualmente ha sido ofrecida por el profesor uruguayo GUSTAVO ORDOQUI, quien afirma que, “Razonable es lo justo, lo equilibrado, lo moderado, lo prudente, lo que surge del sentido común. Permite determinar qué es posible exigir en la conducta debida. Se entenderá por razonable, y por tanto exigible, lo que cualquier persona actuando de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, considerare como tal. En especial para determinar aquello que sea razonable habrá que tener en cuenta: a) la naturaleza y objeto del contrato b) las circunstancias del caso, y c) los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que se refiera (...)”. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Desequilibrio en los contratos*, Tradinco S.A., Uruguay, 2008. p. 155.

⁸¹⁰ Resaltando el carácter inesperado de las cláusulas sorprendidas, Don LUIS DIEZ PICAZO alude a ellas señalando que, resultarán de tal naturaleza “aquellas cláusulas con las que el adherente no podía contar de acuerdo con las circunstancias y en especial con las que el adherente no podía contar de acuerdo con las circunstancias y en especial aquellas que resultan desacostumbradas de acuerdo con la idea del contrato que el predisponente se pudo formar”. DIEZ PICAZO, Luis. “Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)”, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002. p. 66.

⁸¹¹ GONZÁLEZ PAGANOWSKA, Isabel. “Artículo 7: No incorporación” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Arazandi, Navarra, 1999. pp. 256 y 257.

jurídicamente relevante, ya que, con dicha lo que se pretende es garantizar, en la medida de lo que razonablemente resulte posible, que quien celebre un acuerdo contractual logre tener un verdadero conocimiento de aquello a lo que se está comprometiendo, contando así con la posibilidad real de dimensionar las cargas e implicaciones que se desprenden del acuerdo a partir de una cosmovisión global del mismo, y que, de tal modo, su voluntad no se vea posteriormente alterada o perjudicada por el sorpresivo develamiento del contenido de una cláusula que, de forma subrepticia, se habría incorporado al documento contractual, siendo esta una estipulación que deberá entenderse ajena al consentimiento del sujeto sorprendido, puesto que, “con arreglo a las buenas doctrinas jurídicas”, tal y como lo puso de presente en su momento el Tribunal Supremo español en un pronunciamiento proferido el 19 de abril del año de 1875, para obligarse “no basta una frase embozada que pueda ser *hija de una sorpresa*, es preciso que clara y terminantemente se diga y sepa lo que se hace el que se obliga” (se destaca)⁸¹².

Así, a la luz de esta esta noción preliminar y descriptiva puede deducirse que, lo que caracteriza, singulariza y determina esta tipología anómala de clausulados es precisamente el elemento sorpresivo o simplemente ‘elemento sorpresa’, el que, sin lugar a dudas, se configura como la piedra angular sobre la que se fundamenta y se justifica por entero la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, resultando entonces inherente a la misma, tal como ha sido reiterado en diversas oportunidades por parte de la jurisprudencia alemana⁸¹³. No en balde, cuando se alude a esta regla, en un modo ciertamente locuaz y expresivo, se ha llegado a hablar de la existencia de un ‘control de sorpresividad’ (*Überraschungskontrolle*), propiamente entendido.

De este modo, en lo que respecta a la regla en cuestión, es tan elevada la entidad y significación que adquiere el elemento sorpresivo, de suyo nocivo y desestabilizador, que, bastará con su efectiva materialización -la cual deberá ser parametrizada bajo criterios objetivados-, siempre que la misma acarre consigo algún perjuicio, para que con ello se dé lugar al necesario rechazo de un determinado clausulado, sin que se requiera, en adición, la concurrencia de intenciones insidiosas, o de un comportamiento de mala fe por parte del otro contratante, como tampoco se será necesario que se verifiquen los requisitos que tradicionalmente han sido considerados como necesarios para que se configure un error vicio,

⁸¹² Así lo pondría de manifiesto el alto tribunal español expresando concretamente que “la escritura referida fue una mera carta de pago por su forma y por su fondo, por más que se sugiriese una frase que no está al alcance de los otorgantes: que en ella no se hace mérito de pretensiones distintas de lo que se fija y concierta para transigirlas, cual se hace en buenas prácticas, y sin ello no puede decirse que haya transacción: que las obligaciones han de ser claras y categóricas como son de interpretación restrictiva, con arreglo á las buenas doctrinas jurídicas; y para extinguir un derecho sagrado, cual el suplemento de legítima, para darse al acto el carácter de transacción, única que reconoce y califica la ley, no basta una frase embozada que puede ser hija de una sorpresa, es preciso que clara y terminantemente se diga y sepa lo que hace el que se obliga”. *Colección legislativa de España: sentencias del Tribunal Supremo en materia civil*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1877. p. 710.

⁸¹³ Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH): sentencia del 21 de julio de 2016, NJW-RR 2017, 501, (VI ZR 475/15); sentencia del 30 de julio de 1995, NJW 1995, 2637 (V ZR 184/94); sentencia del 21 de noviembre de 1991, NJW 1992, 1234, (IX ZR 60/91); sentencia del 1 de julio de 1986, NJW 1989, 2255 (X ZR 78/88); sentencia del 6 de marzo de 1986, NJW 1986, 1803 (III ZR 195/84); y sentencia del 17 de mayo de 1982, NJW 1982, 2309, (VII ZR 316/81).

ni que el contenido de la cláusula en cuestión resulte, en rigor, inapropiado o que el mismo traiga consigo una injustificada desestabilización del sinalagma prestacional⁸¹⁴.

En tal virtud, será precisamente en razón del elevado potencial tuitivo que se desprende de la regla nugatoria de las cláusulas sorprendivas que, tal y como magistralmente lo habría manifestado en su momento el reputado profesor alemán PETER SCHLOSSER, esta última representa, en realidad, el arma más poderosa o ‘afilada’ (*die schärfere Waffe*)⁸¹⁵ la cual podrá esgrimirse en aras de lograr contender al ventajismo, la deslealtad, y la injusticia contractual.

Ahora bien, la cuestión relativa a la posibilidad de dar lugar a la proscripción de un determinado clausulado en razón de su naturaleza sorprendiva no puede ser entendido como algo que se dejará librado a la mera discrecionalidad, ya que, en orden a poder justificar la correcta activación de este poderoso mecanismo de protección, el intérprete o juzgador deberá dar paso a la realización de lo que se puede denominar como un juicio o ‘test’ de sorprendividad, de conformidad con el cual, a través de un proceso valorativo que se encuentra estructurado en tres fases o estadios, será posible determinar si un determinado clausulado pudo haber llegado a dar lugar a la materialización de un injusto efecto sorprendivo que lo hace acreedor de una necesaria veda o proscripción.

Así, el intérprete o juzgador, en línea de principio general, deberá: i) determinar las expectativas o la confianza que, legítimamente y razonablemente, pudo haber albergado el sujeto, las cuales se originan como fruto de las diversas y particulares circunstancias en las que se llegó a desempeñar el acuerdo negocial; ii) analizar el contenido del clausulado en cuestión; y, iii) por último -y he aquí el punto clave de la cuestión-, determinar si el margen de discrepancia que se predica entre lo que el sujeto habría podido razonablemente esperar, de un lado, y el contenido real de la cláusula, del otro, fue tan marcado como para permitir considerar que en el caso particular se dio lugar a la verificación de una sorpresa jurídicamente relevante⁸¹⁶.

De todo lo reseñado, puede apreciarse con claridad que, el verdadero propósito que encarna la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas es el de evitar que el contratante sea tomado por sorpresa⁸¹⁷, o, en mejores y más precisos términos, que sea tomado injusta e inaceptablemente por sorpresa⁸¹⁸, pues debe recordarse que, no toda sorpresa merecerá ser objeto de una veda por parte del ordenamiento jurídico, ya que, para ello no solamente se requerirá que la misma tenga una connotación negativa, y que, por lo demás, cuente con una

⁸¹⁴ SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, C.H. Beck, München, 1997. p. 180.

⁸¹⁵ SCHLOSSER, Peter. “§ 3 Überraschende Klauseln”, en *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Verlag Ernst und Werner Geiseking, Bielefeld, 1977. p. 125.

⁸¹⁶ Así, KÖTZ, Hein. “§ 3 Überraschende Klauseln”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1993. p. 1825; BASEDOW, Jürgen. “Überraschende und mehrdeutiger Klauseln”, in *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H. Beck, München, 2016. p. 1195; ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, Editorial Civitas. Madrid. 1991. p. 258; PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, *op.cit.* p. 499; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. “Los contratos de adhesión”, en *Tratado de contratos*, T II, Tirant lo Blanch, 2009. p. 1641.

⁸¹⁷ LINDACHER, Walter F. “§ 3 Überraschende Klauseln” en *AGB-Gesetz: Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 1984. p. 124; y BROX, Hans & WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, C.H. Beck, München, 2018. pp. 45 y 46.

⁸¹⁸ ROLOFF, Stefanie. “§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln” en *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, OVS, Köln, 2014. p. 1126.

entidad y relevancia suficiente⁸¹⁹, sino que, adicionalmente, será necesario que la misma amerite un juicio de reproche en virtud de su discordancia con caros postulados como el de la buena fe, lo cual le permitirá conjugar así con el concepto más decantado de la ‘sorpresa jurídicamente relevante’.

Es precisamente por motivo de lo anterior que, a lo largo del presente escrito, *ex profeso*, hemos acudido, y seguiremos acudiendo permanentemente, a la denominación de ‘cláusulas sorpresivas’, y no de ‘cláusulas sorprendentes’, pues a pesar de ser expresiones que suelen emplearse de forma indistinta -pareciendo que la única distinción entre quienes recurren a uno u otro calificativo se encontrase justificada por cuestiones etnográficas, ya que, por regla generalizada, los autores latinoamericanos frecuentan el uso de la primera⁸²⁰, mientras que los europeos suelen inclinarse por emplear la segunda-, en nuestra respetuosa opinión, consideramos que es necesario hacer una distinción entre ambos, sin perjuicio que, tal como podrá comprobarse a continuación, reconocemos que ello atienda a cuestiones más semánticas que propiamente de técnica jurídica.

En tal sentido, debe señalarse que, contrario a lo que podría pensarse, los adjetivos ‘sorpresivo’ y ‘sorprendente’ no se configuran como locuciones sinonímicas y por lo tanto conviene optar por su diferenciación⁸²¹, ya que los mismos representan manifestaciones contrapuestas de la sorpresa concebida *in genere*, de la cual, como lo mencionamos en su momento, se pueden derivar efectos con una connotación positiva (sorprendentes), al igual que con una connotación negativa (sorpresivos). En efecto, ha sido la misma Real Academia de la Lengua Española la que ha puesto de presente que ‘sorpresivo’ “Aunque a veces se emplea como sinónimo de sorprendente (‘que sorprende o admira’), se recomienda usarlo solo con el sentido de ‘inesperado o que se produce por sorpresa’: «Al final de la tarde, tuve un sorpresivo y desagradable encuentro» (...); «El sorpresivo ataque [...] nos dejó un saldo de 127 compañeros muertos» (...)”⁸²².

Siguiendo esta línea de cosas, consideramos más conveniente, a su turno que pertinente, referir a cláusulas ‘sorpresivas’ y no ‘sorprendentes’, pues este primer adjetivo es el que parece comulga de mejor forma con la figura de la sorpresa jurídicamente relevante, en relación con la cual, esta tipología de anomalía contractual -las cláusulas sorpresivas- representa solo una de sus manifestaciones. Por motivo de lo anterior, consideramos más conveniente que el título del artículo 2.1.20 de los Principios Unidroit, el cual se regula la regla prohibitiva de las

⁸¹⁹ En el sentido indicado, entre otros autores, el profesor SANDOVAL SHAIK, reseña que las cláusulas sorpresivas “se presentan cuando los efectos que de ellas se derivan, se constituyen, además de desfavorables, en notoriamente inesperados (...) de manera que existe una incompatibilidad entre los efectos esperados o previsibles de éstas y los jurídicamente procedentes según su formulación (...)”. SANDOVAL SHAIK, Darío A. *Las condiciones generales del contrato de seguro y su control interno e internacional*, Universidad Compútense, Madrid, 2014. p. 125.

⁸²⁰ Ello encuentra su razón de ser en el hecho que el término ‘sorpresivo’ se originó en el continente latinoamericano. SANTAMARÍA, Francisco J. *Diccionario general de americanismos*, T III, Editorial Pedro Robredo, Méjico, 1942. p. 100. URIBE, Max. *Notas y apuntes lexicográficos: americanismos y dominicanismos*, Editorial Colores, Santo Domingo, 1996. p. 434.

⁸²¹ La Real Academia de la Lengua Española ha definido como ‘sorpresivo’ aquello “Que sorprende, que se produce por sorpresa”, mientras que, por su parte, ‘sorprendente’ lo describe como lo “Que sorprende o admira”. Véase sobre el particular ARAUCO ALIAGA, Domingo. *Primeros estudios del castellano en la Sierra Central*, Editorial ‘La voz de Huancayo’, 1982. p. 33, en donde se expresa que: “Sorpresivo y sorprendente, no son sinónimos. Sorpresivo- es lo que produce sorpresa. Sorprendente-, es lo que causa sorpresa o asombro”.

⁸²² *Diccionario panhispánico de dudas*, Real Academia de la Lengua Española, 2005.

cláusulas sorpresivas, en su versión oficial en la lengua castellana, haya aludido a ‘cláusulas sorpresivas’ y no ‘sorprendentes’.

Ahora bien, habiendo realizado una breve mirada introspectiva de algunas de las cuestiones más generales en relación con las cláusulas sorpresivas, creemos que resulta necesario en este punto reconducir el estudio de esta figura al ámbito particular de la llamada contratación masificada y de consumo, ya que es en ella donde adquiere un mayor realce y preponderancia, a pesar que, lo anticipamos, el rechazo a las cláusulas sorpresivas no representa un mecanismo tutelar que solo pueda ser invocado en el escenario de la contratación estandarizada, pues ningún modelo contractual se encuentra exento de poder encunarse una sorpresa que termine por viciar o invalidar el consentimiento que en él se aloja. Así pues, podemos anticipar que, es tan elevado el grado de relevancia que se puede predicar del control de las cláusulas sorpresivas en el ámbito de la contratación generalizada y predispuesta que, ha llegado a ser concebido como el instrumento más deslumbrante para combatir⁸²³.

En este sentido, debemos indicar que, el importante acogimiento que esta regla ha presentado en el escenario de la contratación masificada encuentra una clara justificación en el hecho que, quien se adhiere a un contrato regulado por condiciones predispuestas, por regla general, no suele detenerse a analizar o, en ocasiones, siquiera a atisbar, la integridad de cláusulas que lo componen⁸²⁴, siendo este un comportamiento que, en ocasiones, - particularmente en el ámbito del consumo- no puede llegar a reprochársele, ya que el mismo debe ser entendido como una conducta bastante racional⁸²⁵, el cual, sin embargo, deja al co-contratante en un estado de indefensión e inferioridad, ya que le imposibilita conocer el verdadero alcance del consentimiento que ha otorgado. Por este motivo, será el ordenamiento jurídico quien deberá intervenir en procura de favorecer la tutela de sus intereses, buscando evitar con ello la integración de clausulados que puedan contradecir las legítimas y razonables expectativas que este último se pudo haber formado, previniendo con ello que la sorpresa se enseñoree del acuerdo contractual.

Por tal virtud, se ha considerado que, con la adopción de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas se ofrece un reconocimiento jurídico a la irreprochabilidad de la conducta típica de los adherentes consistente en la abstención de leer las condiciones generales⁸²⁶, dando lugar

⁸²³ SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Die Kontrolle ungewöhnlicher /überraschender AGB-Klauseln: deutsche Vergangenheit und europäische Zukunft*, op.cit. p. 362.

⁸²⁴ SCHULZE, Reiner. *Bürgerliches Gesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 2019. p. 427. Al respecto, el profesor de la Universidad de Hamburgo, JÜRGEN BASEDOW, indica que la regla de las cláusulas sorpresivas se basa en el hecho que el co-contratante no conoce, o no puede conocer, las condiciones generales que le han sido proporcionadas, ya sea por que no las ha leído en su totalidad o porque, a pesar de haberlas leído, no cuenta con los conocimientos suficientes para reconocer cláusulas que puedan sorprenderlo, imposibilitando su posible defensa contra ellas. BASEDOW, Jürgen. *§ Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, op.cit. p. 1194.

⁸²⁵ Al respecto, el profesor WALTER LINDACHER ha afirmado que la motivación de la reglamentación de la norma relativa a la prohibición de las cláusulas sorpresivas se fundamenta en el hecho que los adherentes no conocen, o conocen de forma insuficiente, las condiciones generales que regulan la relación contractual, al respecto afirma que es discutible que un adherente llegue a leer media página de condiciones generales, sin embargo afirma que tal comportamiento no puede serles reprochado pues debe considerarse como bastante razonable, LINDACHER, Walter F. *§ 3 Überraschende Klauseln*, op.cit. pp. 123, 124 y 135. En relación con la naturaleza racional que puede predicarse de la abstención de leer el contenido de las condiciones generales, véase con interés ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. “Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales”, en *Anuario Jurídico de la Rioja*, N° 4, 1998. pp. 62 y 63

⁸²⁶ SCHULZE, Reiner. *Bürgerliches Gesetzbuch*, op.cit. p. 427; LEENEN, Detlef. *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, De Gruyter, Berlin, 2011. pp. 346 y 347; BASEDOW, Jürgen. *§ Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, op.cit. p. 1194; PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas*

con ello a una clara excepción al el denominado ‘deber de leer’ (*duty to read*) el cual, al menos en lo que a la contratación con consumidores respecta, se ha visto recluido en los confines de la mitología jurídica⁸²⁷.

En efecto, pretender abordar el extenso y laberíntico contenido prestacional y obligacional que se desprende del documento contractual que el predisponente presenta suele implicar importantes costos y no le brindará mayores beneficios, particularmente si se tiene en consideración que, aún en el caso que el co-contratante se tomase la molestia de leer los clausulados, seguramente no los comprendería⁸²⁸, y aunque los comprendiese no podrá modificar o negociar su contenido⁸²⁹, todo lo cual lleva a concluir que la realización de una lectura detallada de estos documentos no solo puede llegar a resultar ineficiente en términos económicos, sino además frustrante desde una perspectiva psicológica⁸³⁰.

Así las cosas, teniendo en plena consideración estas circunstancias que caracterizan la contratación predispuesta o sujeta a condicionados generales, no parece difícil anticipar que, para el contratante que no ha leído, y que por lo tanto desconoce, o que no ha leído con atención, la mayoría de clausulados que entrarán a regular la relación contractual, y que, sin embargo, brinda un genérico consentimiento a los mismos, la sorpresa, cual espada de DAMOCLES, tenderá sobre su cabeza, representando un riesgo constante que resulta inherente a este tipo de contratación. En este sentido, cabe recordar que, precisamente uno de los ejemplos que empleó POTHIER para explicar cuándo la sorpresa puede llegar a tener trascendencia jurídica y llegar a invalidar la imputación del pago que es llevada a cabo por el acreedor, fue justamente el de un

contractuales predisuestas..., *op.cit.* p. 493; y MATO PACÍN, Natalia. *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, BOE, Madrid, 2017. p. 74. En relación con este particular, la profesora de la Universidad de Valladolid, Marta Pérez Escolar, ha manifestado que, con la integración de la regla de las cláusulas sorpresivas “se otorgaría reconocimiento jurídico a la irreprochabilidad (moral) de la conducta típica de los adherentes, que les lleva a no conocer el contenido contractual, al tiempo que se intenta garantizar su confianza en la honradez del predisponente, que tendría un deber específico de información con relación a este tipo de cláusulas «insólitas»”. PÉREZ ESCOLAR, Marta. “Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas”, en *Anuario de Derecho Civil*, T LXVIII, 2015. p. 435.

⁸²⁷ WILKINSON-RYAN, Tess. “The perverse consequences of disclosing standard terms”, en *Cornell Law Review*, Vol 103, 2017. p. 127.

⁸²⁸ BENOLIEL, Uri & BECHER, Samuel I. “The duty to read the unreadable”, en *Boston College Law Review*, Vol 60, 2019. p. 2289; y HILLMAN, Robert A. “Debunking some myths about unconscionability: a new framework for U.C.C. section 2-302”, en *Cornell Law Review*, Vol 67, 1998. p. 13.

⁸²⁹ Sobre este particular, el afamado profesor granadino, JOSÉ LUIS PÉREZ-SERRABONA, ha señalado que, en el tráfico jurídico, actualmente, suele emplearse un modelo de “contratación que se realiza mediante actos mucho más simplificados por parte de los clientes que no tienen más que aceptar íntegramente el ofrecimiento de prestaciones que le hace el empresario en contratos-tipo, pólizas o formularios, y que, en ocasiones, no son apenas conocidos por aquellos a quienes van dirigidos y en la mayoría de casos ni si quiera entendidos, bien sea por la falta de preparación de quien contrata -preocupado únicamente de asegurar un determinado bien, por ejemplo, o de enviar una mercancía de un lugar a otro-, bien sea por la excesiva complejidad de un lenguaje técnico y de difícil comprensión, articulado de modo poco inteligible (...) De ahí que los clientes no se preocupen, muchas veces, de cuál es el contenido de los contratos que les ofrecen, movidos por la urgencia (a veces por la necesidad) de celebrarlos. Por otro lado, ha de tenerse también en cuenta la escasa utilidad que supondría el no estar conforme con alguna cláusula de las contenidas en el contrato; muy poco podría hacer el cliente sino aceptarla en el conjunto de todas las demás (...)”. PÉREZ-SERRABONA, José Luis. *El contrato de seguro interpretación de las condiciones generales*, *op.cit.* 16.

⁸³⁰ Según ha indicado el profesor MELVIN ARON EISENBERG, la reacción de un consumidor a la perspectiva de leer los densos textos que suelen componer las condiciones generales sería de ansiedad y de evasión, EISENBERG, Melvin Aron. “Text anxiety”, en *Southern California Law Review*, Vol 59, 1986. pp. 309 y 310.

campesino que no sabe leer, ello bajo el entendido que, quien desconoce lo que esta aceptando se encontrará siempre a merced del riesgo de ser tomado por una indeseada sorpresa.

En razón de lo anterior, una de las finalidades que pretende obtener con la aplicación de la regla nugatoria de las cláusulas sorpresivas es que el ordenamiento jurídico pueda garantizar un mínimo de confianza para los co-contratantes en el tráfico jurídico⁸³¹, quienes a pesar de no conocer el contenido contractual, y por lo tanto verse en dificultad para poder velar por la maximización de sus propios intereses a través de una negociación, sí podrán legítimamente esperar que, cuanto menos, no serán víctimas de indeseadas sorpresas, pues pueden confiar en que aquellas cláusulas que harán parte del acuerdo contractual deberán encontrarse en armonía con lo que un contratante honesto razonablemente habría podido llegar a esperar, teniendo en consideración las circunstancias particulares en las que se desempeñó la celebración del contrato en concreto⁸³².

En este sentido, los co-contratantes podrán confiar que no serán sorprendidos, ya sea por el hecho que en cabeza del predisponente recae una exigencia de comunicarle de forma especialmente transparente sobre aquellas cláusulas que, en razón de las circunstancias particulares, puedan llegar a encunar un indecoroso elemento sorpresa, o sea porque, en caso que se incumpla dicha exigencia, tales cláusulas no llegarán a formar parte del contrato, pues, por medio de la aplicación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, se ha blindado su consentimiento contractual frente a posibles artimañas e indeseadas sorpresa, todo lo cual llevará a asegurar un tráfico jurídico más justo y eficiente⁸³³.

En efecto, si bien, de una parte, resulta necesario que en el sistema jurídico consienta el implemento de este tipo de técnicas jurídicas que invitan a la estandarización de los contratos, y que, por tal virtud, se le otorgue legitimidad al ‘consentimiento general’ (*blanket assent*) que una de las partes otorga a un documento contractual cuyas disposiciones en gran parte desconoce, pudiéndose entender que este último está conscientemente asumiendo un genérico riesgo frente a lo ignoto - concebido *in globo*-, por el otro lado resulta indispensable que esta suerte de ‘aceptación inadvertente’ que realiza el co-contratante, la cual se encuentra sustentada en un grado de confianza, no puede llegar a extenderse frente a clausulados individuales que, *in concreto*, resultan sorpresivos⁸³⁴, pues se encuentran en clara discordancia con lo que este último, legítima y razonablemente, habría podido llegar a esperar del contrato que estaba

⁸³¹ ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. “§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln” en *AGB-Recht: Kommentar*, Ottoschmidt, Köln, 2016. pp. 299 y 300.

⁸³² BERGER, K.P. “§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln”, en *BGB Kommentar, Luchterhand Verlag*, Köln, 2016. p. 548.

⁸³³ Según han señalado los célebres profesores alemanes, MANFRED WOLF y JÖRG NEUNER, la finalidad que radica en la disposición de la § 305c, con la cual se integra la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, es la de proteger al co-contratante de que, sobre la base del consentimiento general que este otorga a un contrato predispuesto, se lleguen a incorporar al mismo cláusulas que razonablemente no cabría llegar a esperar teniendo en consideración las circunstancias en que se desempeñó el acuerdo. WOLF, Manfred & NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, C.H. Beck, München, 2016. p. 578.

⁸³⁴ Así lo ha entendido el profesor de la Universidad de Chicago, ORMI BEN-SAHAR, quien ha señalado que, “When the terms of a contract are not available upfront, it can still be said that the contracting party made a choice to be bound by them. *She made a choice to enter into an agreement that is bundled with a known element of surprise*—bundled with terms that will only pop out of the box after the contract is formed and the shrinkwrap is removed. *As long as the presence of such hidden terms is not in itself surprising*, and as long as there is an option not to take the contract as a whole, the hidden terms can be covered by the blanket assent” (se destaca). BEN-SAHAR, Omri. “The myth of the ‘opportunity to read’ in contract law”, en *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, N° 415, 2008. p. 13.

celebrado, por manera que, en relación con estos últimos, no deberá predicar consentimiento alguno⁸³⁵.

Así pues, si bien se ha sido necesario flexibilizar el concepto del consentimiento contractual en orden a que este lograra articularse con aquellos supuestos en los que uno de los sujetos de la relación contractual solo es consciente de los elementos básicos y fundamentales del negocio que está por celebrar, pues ignora o desconoce el entero arsenal de cláusulas restantes que se encargan de regular todas las demás especificidades del mismo, y aun así asiente, dicha flexibilización únicamente debe aceptarse en el evento que tales estipulaciones desconocidas para el contratante no resulten injustamente sorprendivas, pues difícilmente puede predicarse la existencia de una auténtica voluntad contractual con relación a estipulaciones contractuales que se encuentran en clara discordancia con lo que el declarante de la voluntad, razonable y legítimamente, habría podido esperar del negocio que llegó a celebrar⁸³⁶.

En efecto, esta genérica aceptación que el adherente le brinda a un documento contractual del cual no conoce por completo su contenido, tiene un necesario ‘componente negativo’, en razón del cual, a pesar de que dicho contratante no tiene claridad sobre el contenido positivo de las estipulaciones que forman parte del contrato y de las cuales desconoce, su intención no es la de homologar con su consentimiento estipulaciones contractuales que, en razón de su carácter sorpresivo, logren escapar de lo que este último razonablemente habría podido llegar a haber esperado⁸³⁷. Desde esta perspectiva, no le resta razón a la destacada profesora inglesa, PAOLISA NEBBIA, al manifestar en su obra dedicada al estudio comparativo de la temática relativa a los términos contractuales injustos (*unfair contract terms*), que: “si una de las partes no puede leer, comprender o modificar las cláusulas del contrato, *al menos no debería verse sorprendida por una 'sorpresa injusta'*: debe poder encontrar en el contrato lo que ella -o una persona razonable en su lugar- esperaría, o lo que es más probable que correspondiese con su intención” (se destaca)⁸³⁸.

⁸³⁵ Esta expresión de ‘*blanket assent*’ fue formulada por el célebre jurista norteamericano KARL LLEWELLYN, principal redactor del *Uniform Commercial Code*, el cual consideraba que, en lugar de poder pensar que existe una aceptación específica respecto a las disposiciones que hacen parte de las condiciones generales de un contrato, resultaría más factible hablar de una aceptación general la cual solo se hace extensible a aquellas cláusulas que se ajusten a la ‘decencia’ y a la ‘razonabilidad. De este modo, siguiendo la interpretación del profesor LLEWELLYN, quedarían por fuera de dicho consentimiento genérico cualquier cláusula que resulte abusiva o sorpresiva. LLEWELLYN, Karl N. *The common law tradition*, Little, Brown and Company, Boston, 1960. p. 370.

⁸³⁶ En este sentido, puede consultarse el interesante estudio realizado por el profesor FRANCIS LIMBACH, en donde contrasta la idea conceptual del consentimiento contractual y la técnica de contratación por medio de condiciones generales, y en el cual pone de presente que, si bien es posible aceptar una ‘flexibilización’ de la idea del consentimiento contractual, de modo tal que se permita que esta última logre compaginar con las modernas circunstancias en las que se desempeña la contratación estandarizada, pone de presente que, para que ello pueda llegar a tener lugar es necesario que se acepte una limitación la cual consiste en la “*l’exception des clauses surprenantes*”, pues considera que esta última representa una especie de ‘válvula de seguridad’, de naturaleza excepcional, que se articula para garantizar la existencia de una auténtica voluntad por parte de los contratantes. LIMBACH, Francis. *Le consentement contractuel à l’épreuve des conditions générales de l’utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, Paris, 2004. pp. 107-115.

⁸³⁷ LIMBACH, Francis. *Le consentement contractuel à l’épreuve des conditions générales de l’utilité du concept de déclaration de volonté*, *op.cit.* p. 114.

⁸³⁸ Traducción libre. NEBBIA, Paolisa. *Unfair contract terms in european law: a study in comparative and EC law*, Hart Publishing, Oxford, 2007. p. 38. En un sentido similar, el profesor norteamericano, MELVIN EISENBERG, en su contribución a los estudios de Derecho contractual en la obra (de tipo *outlines*) *Gilber Law Summaries*, al dar tratamiento a la temática de la ‘sorpresa injusta’, manifiesta que: “Many cases of

Desde esta perspectiva, puede verificarse que, en realidad, con la incorporación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas se está introduciendo un redimensionamiento de la jerarquía de las diferentes fuentes de la integración del contenido contractual, ya que, si se mira con detenimiento, de conformidad con la lógica que integra la misma, en un primer estadio, se encontrará la auténtica voluntad de las partes, la cual, de llegar a comprobarse libre de vicios, de imperfectos, e injusticias materiales, reinará sin resistencias u oposiciones, ello se corrobora por el hecho que, cuando se introduce al contrato una cláusula que, desde una perspectiva objetiva y abstracta puede considerarse inusual o insólita, pero que, para efectos del caso en concreto fue conocida, entendida y consentida, la misma no podrá reputarse como sorprendente. Por su parte, ya en un segundo estadio, se hallará la confianza legítima por virtud de la cual, en plena armonía con el principio rector de la buena fe, se expulsarán todos aquellos clausulados que, no habiendo sido legitimados por un auténtico consentimiento, en un modo sorprendente se contraponen a la misma. Así, en un último lugar, se encontrarán los requisitos positivos de incorporación, ya que, por virtud de estos últimos se permitirá que lleguen a formar parte de la relación contractual aquellos clausulados que, a pesar de no resultar sorprendivos, no puede llegar a considerarse que haya existido un consentimiento particular y en sentido estricto en relación con los mismos -esto bajo el entendido de que suelen ser desconocidos o ignorados al momento de contratar-, pero que, no obstante, ingresan a formar parte del contrato, en tanto y en cuanto hayan logrado satisfacer los requisitos formales de publicidad, claridad, comprensibilidad y transparencia⁸³⁹.

Así las cosas, puede señalarse que, la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas no solo encaja perfectamente dentro del sistema lógico de regulación de los modelos contemporáneos de contratación, sino que, adicionalmente, desempeña un rol fundamental en el mismo, ya que cumple con una función dual necesaria para la correcta articulación del sistema de la contratación predispuesta, pues, por un lado, brinda una legítima protección a los contratantes frente a posibles sorpresas que puedan contrariar las razonables expectativas que se pudieron haber formado, pero también, por el otro lado, favorece el desarrollo económico de estos modelos de contratación en el mercado, fomentando con ello la confianza respecto a la honradez que debe primar en los mismos, lo cual se torna en un aspecto fundamental par su funcionamiento más eficiente.

Por tal motivo resulta cardinal implementar una aplicación razonable de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas, de lo contrario podría llegarse a restringir injustificadamente la dinámica misma de estos sistemas de contratación. Para ello, debe existir claridad que la regla en cuestión no persigue la proscripción de cualquier tipo de sorpresa que pudiese alegar el contratante, pues si así fuese se imposibilitaría el progreso natural del mercado⁸⁴⁰, sino que la misma se limita a propugnar por el rechazo de aquellas estipulaciones cuyo contenido logra

uncosncionability involve unfair surprise—i.e., the disputed terms not one that a *reasonable person* would expect to find in the type of contract in question, and the drafting person, who has reason to know this, nevertheless fails to call it to the other party's attention". EISENBERG, Melvin. *Gilbert Law Summaries: Contracts*, Harcourt Brace Legal and Professional Publications, 1993. p. 108.

⁸³⁹ En este sentido véase con particular interés, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, 2004. p. 197.

⁸⁴⁰ Al respecto, KLAUS DITTMANN y HENNING STAHL advierten la importancia de la interpretación de la regla de las cláusulas sorprendivas, señalado que, por lo menos en el marco de la contratación entre empresarios, si se amplía demasiado el margen de cláusulas que puedan considerarse como sorprendivas, a falta de requisitos concretos que logren determinar que debe considerarse 'sorpresivo', se generaría como resultado una importante restricción del alcance de las condiciones generales. DITTMANN, Klaus & STAHL, Henning. *AGB allgemeine Geschäftsbedingungen kommentar*, Bauverlag GMBH, Berlin, 1977. p. 80.

frustrar las razonables expectativas que el co-contrante se pudo haber formado, lo cual comulga perfectamente con la delimitación conceptual que señalamos en relación con la figura de la sorpresa jurídicamente relevante. De tal manera, teniendo en mente este razonamiento, la regla de las cláusulas sorpresivas podrá considerarse como una regla “absolutamente razonable”⁸⁴¹.

2.1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA REGLA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS. ESPECIAL VIGENCIA EN EL DERECHO DEL CONSUMO.

Habiendo realizado una breve introducción aproximativa en lo tocante a la denominada regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, creemos necesario ahora entrar a analizar cuál será el campo aplicativo que tendrá esta última en el marco del Derecho contractual, pues como podremos corroborar a continuación, nos encontramos con una regla cuyo espectro aplicativo no es estrictamente lineal, bajo el entendido que, el grado de intensidad del mismo podrá variar en razón de las circunstancias específicas que lleguen a caracterizar cada situación en particular. Para estos efectos, y con la intención de poder desarrollar esta cuestión en un modo más esquemático, estudiaremos en un primer término algunos aspectos de naturaleza objetiva que pueden llegar a alterar el modo en el que el intérprete o juzgador deberá dar cabida a la regla en cuestión, para después entrar a desarrollar aquellos aspectos de naturaleza subjetiva que pueden aparejar el mismo efecto.

2.1.1. *Campo de aplicación objetivo.*

Ateniéndonos a la línea prefijada por nosotros, daremos paso en este punto al desarrollo de un breve estudio introspectivo de aquellos factores de naturaleza objetiva los cuales pueden llegar a condicionar la efectiva aplicación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas en materia contractual. Para ello, sea lo primero señalar que, estos aspectos objetivos que pueden incidir al momento de evaluar la posible procedencia de la no inclusión de una cláusula en razón de su naturaleza sorpresiva, atenderán principalmente a dos factores que entraremos a desarrollar en modo segmentado a continuación, el primero concierne a la categoría de contratos en los cuales la regla puede llegar a tener aplicación y mientras que el segundo respecta al tipo de clausulados sobre los cuales puede recaer esta última.

2.1.1.1. *Clase y tipología de contratos en que tiene cabida el control de las cláusulas sorpresivas.*

Siguiendo la dinámica previamente expuesta, nos ocuparemos en un primer término de la cuestión relativa a la determinación del entorno contractual en el que se desenvuelven las cláusulas sorpresivas, o, si se desea, del terreno en el que ellas suelen ser plantadas (siembra de estipulaciones), en otros términos, y con el deseo de ser más precisos, podemos señalar que, la cuestión que aquí pretendemos resolver es si la veda de este tipo de estipulaciones se podrá predicar únicamente de un concreto escenario del tráfico jurídico negocial, como lo es el del régimen de los contratos predispuestos, o si en realidad nos encontramos ante una figura que puede llegar a repercutir en la teoría general contractual, considerándose así que dicha veda lograría extenderse al supuesto de los contratos individualmente negociados.

⁸⁴¹ GONZÁLEZ PAGANOWSKA, Isabel. *Artículo 7: No incorporación*, op.cit. p. 256.

En este sentido, en un primer término, cabe señalar que, tal y como pudimos corroborar con el estudio histórico en relación al desarrollo de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas, esta última, particularmente en atención a motivaciones históricas y coyunturales de gran relieve, fue perfilada concretamente en el ámbito de la regulación de la contratación predispuesta, lo cual, *prima facie*, podría llevar a considerar a que su aplicación se encuentra delimitada o circunscrita únicamente a este escenario del tráfico negocial, sin embargo, tal como manifestaremos, ello no necesariamente debe ser interpretado de tal forma.

Al respecto, debemos indicar que, la sorprendividad, así como igualmente puede predicarse de la abusividad, no representa una patología propia o exclusiva de los contratos por adhesión, o, en general, de los contratos predispuestos⁸⁴², sino que, muy por el contrario, estas últimas constituyen anomalías que tienen la virtualidad para llegar a afectar y a alterar todo tipo acuerdo contractual, incluso a aquellos denominados como ‘paritarios’, así como también a aquellos comúnmente denominados como ‘de libre discusión’⁸⁴³.

En este sentido, la protección que ofrendan los instrumentos tuitivos que se enderezan hacia la lucha contra esta clase de anomalías a nivel contractual, bien entendida, no debería detenerse en el terreno de la contratos predispuesta, en donde la desigualdad suele ser innegable, ello bajo el entendido que, el interés por garantizar un grado necesario de justicia y equidad, una relación libre de abuso, deslealtad, oportunismo, injusticia, y, en particular, del indeseado ‘elemento sorpresa’, resulta esencial, no importa el tipo, clase o categoría de contratos ante los cuales nos encontremos⁸⁴⁴.

Así, podemos indicar que esta lectura, la cual podría denominarse como ‘maximalista’, en relación al espectro de aplicación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas llegar encuentra un sustento al ser concatenada con la figura de la sorpresa jurídicamente relevante, de suyo más amplia y general, la que, tal y como refrendamos en su momento (capítulo II), cuenta con la virtualidad para proyectarse, en modo indistinto e indiscriminado, en todo tipo de acuerdo negocial, lo cual explica que su tratamiento, particularmente en el ámbito de los vicios del consentimiento, se ha perfilado en el campo de la teoría general obligacional, siendo por lo tanto ajena a tratamientos fragmentarios o insulares.

A su turno, y adición a lo anteriormente expuesto, debe señalarse que, esta interpretación que aboga por ensanchar los confines en los cuales puede tener aplicación los efectos tuitivos que se predicen de la regla nugatoria de las cláusulas sorprendivas, logran compaginar de mejor forma con los nuevos derroteros que se han abierto camino a nivel internacional en materia contractual, y los cuales se han inclinado hacia el propósito de asegurar un mayor grado de justicia en las relaciones contractuales, *in genere*, dando lugar para tales efectos a un

⁸⁴² STIGLITZ, Rubén S. *Contratos civiles y comerciales, parte general*, T II, La ley, Buenos Aires, 2015. p. 126.

⁸⁴³ En este sentido se ha pronunciado el distinguido profesor argentino JUAN CARLOS REZZÓNICO, quien, a pesar de reconocer que las cláusulas sorprendivas poseen “agudizados peligros para el adherente”, ha señalado en modo contundente que “Desde luego que la cláusula sorprendiva también puede formar parte de un contrato individual negociado, pero en esta hipótesis confluyen otros elementos que la hacen menos riesgosa”. REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predisuestas*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987p. 481.

⁸⁴⁴ Sobre el amplio espectro de aplicación de la regla de las cláusulas sorprendivas, al menos en lo que respecta a los ‘tipos contractuales’ en los que la misma puede llegar a tener lugar, el legislador alemán ha sido sumamente claro y contundente, ya que, por intermedio de la § 310 del BGB, expresamente ha determinado que la sección § 305c -por medio de la cual se integra la sanción de la no incorporación de las cláusulas sorprendivas-, por regla general, tendrá aplicación en cualquier tipo de contrato, sin embargo, en a modo de excepción, enlista algunos ámbitos que se encuentran excluidos, tal y como acontece con el del Derecho de familia.

redimensionamiento de la proyección de instrumentos tutelares de diversa índole y naturaleza, tal y como ha acontecido, simplemente por vía de ejemplificación, en el caso de las cláusulas abusivas, respecto a las cuales cada vez más se considera que estas últimas podrán desempeñarse en escenarios en los que en el pasado no la tenían cabida⁸⁴⁵.

En suma, teniendo en consideración todo lo hasta aquí expuesto, y ateniéndonos a la normativa que a nivel internacional ha disciplinado la materia, la cuestión relativa a la regulación de las cláusulas sorpresivas parece circunscribirse al escenario de la contratación estandarizada, creemos que nada impediría a que un juzgador, o, incluso al legislador, pueda llegar a considerar que la esencia que engloba la lucha contra las este tipo de clausulados, como respuesta a la indigna vulneración que los mismos aparejan de caros postulados que, tal y como es el caso de la buena fe, suelen reinar en la mayoría de ordenamientos jurídicos, pueda tener cabida, *mutatis mutandis*, en el marco de la contratación tradicional.

Llegar a proceder de este modo, a nuestro juicio, debería ser evaluado en un sentido positivo, ya que con ello se estaría ampliando convenientemente el margen de protección a nivel contractual, negando de tal manera la existencia de repúblicas independientes en las que transiten libremente conductas que, tal y como acontece con la sorpresa, tienen un alto potencial lesivo y desestabilizador, sin embargo, debemos reconocer que, la determinación del campo aplicativo de esta clase de figuras tuitivas, resultará, en últimas, en una cuestión de política legislativa o judicial, y como tal, deberá ser resuelta por cada ordenamiento en atención de las exigencias y los vientos políticos y jurídicos que preponderen en su momento.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anteriormente reseñado, debemos reconocer que, la sede en la cual, preponderante y principalmente, se desempeñará la regla de las cláusulas sorpresivas, será precisamente aquella de la contratación predispuesta, ello particularmente como consecuencia del amplio margen de desigualdad que suele predicarse, pudiéndose considerar así que la regla en cuestión tendrá un margen de aplicación más reducido, amén que restringido, y por lo tanto excepcional, en el escenario de la contratación tradicional.

En efecto, en línea de principio general, puede considerarse que, en aquellos supuestos en los se desempeñan en términos de relación simétrica y paritaria, y en donde cada una de las estipulaciones del acuerdo es producto de una negociación libre y de un dialogo mutuo, difícilmente podría llegar a alegarse que un determinado clausulado pudo haber llegado a dado lugar a la configuración de una sorpresa jurídicamente relevante, con todo lo que ello implica, ya que, en el marco de estos escenarios, de suyo más reducidos en el tráfico contemporáneo, el riesgo que interioriza la sorpresa se encuentra más reducido y limitado, lo cual, sin embargo, tampoco permite considerar que, en sentido contrario, dicho riesgo se configure como algo impensable o imposible en el supuesto de los contratos individualmente negociados. Todo lo anterior, necesariamente lleva a concluir que, si bien la procedencia de los efectos tutelares ante la presencia de clausulados sorpresivos deberán sujetarse a un examen interpretativo más riguroso y estricto en el caso de esta modalidad tradicional de contratación, ello no implica necesariamente que los mismos queden del todo excluidos o exceptuados *in toto* en tales supuestos.

⁸⁴⁵ Con relación a este particular, conviene traer a colación un revelador pronunciamiento proferido por la Corte Suprema de Justicia colombiana, para el año de 2001, en el cual el alto tribunal de casación, al abordar la temática concerniente a las cláusulas abusivas, llegaría a determinar que: “lo abusivo -o despótico- de este tipo de cláusulas -que pueden estar presentes en cualquier contrato y no solo en los de adhesión o negocios tipo- (...)”. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de febrero de 2001.

2.1.1.2. Naturaleza o categoría de las cláusulas sujetas al control de las cláusulas sorprendivas

Una vez determinado el margen de aplicación de la regla de las cláusulas sorprendivas en función a la categoría o tipología de contratos en los que la misma puede hacer gala, resulta pertinente entrar a estudiar otro de los aspectos de naturaleza objetiva que puede llegar a incidir en la aplicación de la misma, y el cual atiende a la categoría de clausulados que regularán el acuerdo contractual. En tal sentido, lo que buscamos en este punto es determinar si el control de sorprendividad que hemos venido estudiado se aplicara igualmente frente aquellos clausulados, de suyo más relevantes, por medio de los cuales se engloba lo que suele denominarse como la *essentialia negotii*, respecto de aquellos otros en los cuales se regulan las cuestiones accesorias o secundarias atinentes al acuerdo contractual.

Al respecto, debemos señalar que, el motivo principal que podría llegar a justificar un tratamiento diferenciado entre estas dos categorías de estipulaciones, se desenvuelve primordialmente en sede de la contratación predispuesta, ya que en ella, tal y como lo hemos manifestado previamente, el comportamiento habitual, y de suyo más racional, de los co-contratantes suele ser el de dirigir o focalizar su atención en aquellas estipulaciones que se encargan de trazar los elementos esenciales del acuerdo negocial, dejando lado, por lo tanto, todo el resto de clausulados que tienen como propósito determinar y regular aspectos secundarios o accesorios del mismo, en relación con los cuales, es la regla, los co-contratantes no se empeñan siquiera en conocerlos, pues ello no resultaría beneficioso para estos en términos de eficiencia⁸⁴⁶.

En este sentido, sea lo primero señalar que, si bien no puede negarse que los términos que se encargan de gobernar los elementos esenciales del negocio contarán con una mayor relevancia, lo cual conlleva a que estos últimos no suelen pasar desapercibidos para lo co-contratante común o medio, y que, en adición, en muchas ocasiones no pueden considerarse como ‘impuestos’, *stricto sensu*, ello no exceptúa su pertenencia a la categoría de ‘condiciones generales’ ni mucho menos su carácter predispuesto, siendo este el motivo por el que, a pesar de que en determinadas latitudes -tal y como acontece en la mayoría de ordenamientos jurídicos europeos-, por regla general, se encuentran exentos de ser sometidos a un control de contenido⁸⁴⁷, lo cierto es que los mismos no solo se encuentran sujetos al resto de controles legales, tal y como debe predicarse en el caso control negativo de inclusión, en donde se evaluará su posible carácter sorprendente, sino que, en atención a la relevancia que las mismas revisten -tanto en el marco del acuerdo individual, como también, desde una proyección macroeconómica, en el mercado, en general-, adicionalmente deberán someterse a la satisfacción de un control más cualificado de transparencia con el cual podrá llegarse a habilitar que estas últimas puedan llegar a ser juzgadas en razón de su posible abusividad⁸⁴⁸.

⁸⁴⁶ Véase *supra* nota 825.

⁸⁴⁷ Este razonamiento se ha justificado bajo el entendido que, se considera que las cláusulas que regulan elementos esenciales del negocio (precio y prestación), atienden a elementos metajurídicos que deben ser determinados por el libre juego entre la oferta y la demanda y que por lo tanto escapan a un posible control judicial. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Los contratos de adhesión*, *op.cit.* pp. 1637 y 1638.

⁸⁴⁸ Así ha sido reseñado en modo preciso y acertado por parte del agudo profesor de la Universidad de Córdoba, JAVIER PAGADOR LÓPEZ, quien ha manifestado que “las cláusulas reguladoras de los elementos esenciales de la relación negocial -precio y prestación- que han sido elaboradas por uno de los contratantes -el predisponente- e incorporadas al contrato a su exclusiva incoativa, sí son condiciones generales o cláusulas predispuestas individuales en sentido legal. Lo único que sucederá es que tales cláusulas, aun recibiendo dicha

Ha sido precisamente en atención a la mayor relevancia que se predica de este tipo de estipulaciones contractuales que engloban la *essentialia negotii*, así como también del hecho que las mismas suelen ser las únicas cláusulas que los co-contratantes tienen en consideración al momento de contratar, que, algún sector se ha inclinado por considerar que el margen aplicativo de la regla de las cláusulas sorpresivas debería circunscribirse únicamente con relación a esta clase de estipulaciones contractuales⁸⁴⁹, dejando así por fuera de su radio comprensivo las cláusulas que se encargan de regular los elementos accesorios del acuerdo, siendo esta una interpretación que, a pesar de que reconocemos que la misma puede llegar a encontrar algún fundamento, no podemos compartirla.

Ello se debe a que, en nuestra opinión, las consideraciones y representaciones que llevan a contratar a un sujeto no se siempre se encontrarán resumidas, en modo exclusivo, en el elenco de estipulaciones que engloban los elementos esenciales del acuerdo negocial, sino que, en ocasiones, estas también podrán llegar a abarcar condiciones auxiliares que, en el caso en particular, resultarán relevantes para la toma de la decisión de contratar. En este sentido, debe señalarse que, a pesar de que nos encontramos ante clausulados ‘accesorios’, y que, en tal sentido, cuentan con una naturaleza ‘auxiliar’, no puede desconocerse que estos necesariamente tendrán algún impacto -así sea menor, o simplemente virtual o potencial - en el contrato, y que, por tal virtud, incidirán en el posicionamiento jurídico de cada una de las partes de la relación contractual⁸⁵⁰.

Es por motivo de lo anteriormente expuesto que, no nos resulta del todo acertado presumir, sin más, que todas aquellas cláusulas que revistan un carácter auxiliar o secundario siempre resultarán indiferentes para los co-contratantes al momento de celebrar el acuerdo negocial, y que, por tal motivo, con relación a las mismas no puedan llegar forjarse expectativas de ningún tipo o naturaleza⁸⁵¹. Esto se debe a que, la determinación del contenido o alcance de las expectativas que razonablemente se haya podido forjar el co-contratante y cuya injustificada defraudación puede dar cabida a la sanción de una cláusula en virtud de su efecto sorpresivo,

consideración legal, no podrán ser sometidas al control de contenido (...) *pero sí al resto de controles legales y, adicionalmente, a un deber reforzado de transparencia, cuyo resultado puede ser eventualmente la calificación de la cláusula como abusiva, no por razón de su contenido regulador, que no es fiscalizable, sino por ser intransparente*”. PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones Generales y Cláusulas Contractuales Predispuestas...*, *op.cit.* p. 1413.

⁸⁴⁹ Esta ha sido una visión que, aunque no compartimos, ha sido sostenida magistralmente por el reputado profesor español, LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO, quien retiene que la particular consideración de la exigencia de transparencia en relación con las cláusulas que atienden a los elementos esenciales del negocio constituye una premisa necesaria para “comprender el alcance y función de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas”, lo cual lo ha llevado a sostener que “las cláusulas sorprendentes han de ir referidas necesariamente al objeto principal o parte económica del contrato. De ahí que sea necesario limitar el alcance del control de transparencia material o sustantivo exclusivamente a dichas estipulaciones esenciales (sobre precio y prestación)”. MIRANDA SERRANO, Luis María. “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, en *InDret*, 2018. pp. 16-18.

⁸⁵⁰ PAZOS CASTRO, Ricardo. *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Pamplona, 2017. p. 418.

⁸⁵¹ En un sentido similar se han pronunciado los reconocidos profesor alemán de la Universidad de Osnabrück, ANDREAS FUCHS, quien, en relación al particular, ha manifestado que, algunas de las consideraciones típicas que llevan a los clientes a celebrar un contrato incluyen también el contenido de disposiciones auxiliares del contrato que, sin embargo, resultan relevantes para al competencia, tal como acontece con el caso de cláusulas que regulan los métodos de financiación, las garantías entre otras más. FUCHS, Andreas. “§ 307 Inhaltskontrolle”, en *AGB-Recht*, Ottoschmidt, Köln, 2016. p. 223.

no se encontrará limitada a los elementos esenciales del negocio⁸⁵², sino que, tal y como podremos comprobar más adelante, abarcará todo el amplio abanico de elementos que pudieron haber llegado a ser relevantes para este último al momento de decidir embargarse en un acuerdo comercial⁸⁵³.

De este modo, tomado como fundamento lo anteriormente expuesto, consideramos factible señalar que, por lo menos en principio, deberá predicarse una irrelevancia, para efectos de la determinación del campo aplicativo de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas, de la naturaleza o tipología de clausulados, esto es, si son principales o accesorios⁸⁵⁴. Sin embargo, lo anterior no significa que nos estemos afiliando con una lectura interpretativa que propugne por desconocer cualquier distinción entre las cláusulas que atienden a los elementos esenciales del contrato, particularmente aquellas que regulan el componente económico, y las que atienden a componentes accesorios del mismo⁸⁵⁵, pues consideramos que en este supuesto la irrelevancia de la aplicación de la regla de las cláusulas sorprendidas en razón de la tipología de estipulación en la que recaigan también deberá ser sometida a un cierto grado de matización.

En efecto, teniendo presente que, tal y como llegamos lo señalamos, el comportamiento habitual, y de suyo más racional, en el que se desempeñan los co-contratante suele ser el de dirigir o focalizar su atención en relación con aquellas estipulaciones que se encargan de trazar los elementos esenciales del acuerdo comercial⁸⁵⁶, resultará apenas natural que sus representaciones se vean dibujadas principalmente, aunque no exclusivamente -lo reiteramos-, por parte de las mismas. En este sentido, creemos que no se equivoca el agudo profesor JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, al indicar que, las cláusulas sorprendidas ‘normalmente’ -y no

⁸⁵² En relación con este particular, ha sido claro el profesor inglés CHRIS WILLETT, quien ha manifestado expresamente que, “Pre-existing expectations are not necessarily confined to core aspects of the contract. There may be also be signals and expectations on other issues related to the contract”. WILLETT, Chris. *Fairness in consumer contracts*, Routledge, London, 2016. p. 102.

⁸⁵³ Según ha expuesto magistralmente el profesor JESÚS ALFARO, bajo el entendido que las condiciones generales realmente no están legitimadas por la autonomía privada “resulta lógico que no sólo no puedan derogar el Derecho dispositivo sino que tampoco puedan contradecir aquellos aspectos contractuales legitimados por la autonomía privada”, lo que lo lleva a afirmar subsiguientemente que “Tales aspectos no son sólo los elementos esenciales del contrato, respecto de los cuales debe existir un acuerdo individual en sentido estricto sino también todos aquellos elementos que quepa esperar han sido relevantes para el adherente en el momento de tomar la decisión de contratar”. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* p. 244.

⁸⁵⁴ Así, KÖTZ, Hein. § 3 *Überraschende Klauseln*, *op.cit.* p. 1824 y BASEDOW, Jürgen. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* p. 1194. Compartiendo una opinión similar, aunque refiriendo principalmente al denominado ‘control de transparencia’, el profesor de la Universidad de Madrid, RICARDO PAZOS CASTRO, ha manifestado que “no sería irrazonable sostener que el segundo filtro, o control de transparencia *stricto sensu*, debería proyectarse sobre todas las cláusulas no negociadas individualmente (...)”. PAZOS CASTRO, Ricardo. *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, *op.cit.* pp. 418 y 419. Cfr. HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel & CAMPOS MICIN, Sebastián. *Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno*, *op.cit.* p. 155.

⁸⁵⁵ Al respecto, el acreditado profesor italiano ENRICO MINERVINI, por lo menos en lo que respecta a la distinción entre las cláusulas concernientes al componente económico del contrato y aquellas que regulan el elemento normativo del mismo, ha afirmado que no logra encontrar una justificación o sentido para dicha distinción, considerando que cualquier estipulación, incluso las que se encargan de regular el precio, puede llegar a ser considerada como abusiva. MINERVINI, Enrico. *Trasparenza ed equilibrio nelle condizioni contrattuali nel Testo Unico Bancario*, *op.cit.* pp. 21 y 22.

⁸⁵⁶ DOMÍNGUEZ ROMERO, Javier. *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas*, BOE, Madrid, 2018. p. 119.

exclusivamente-, “serán cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato (tipo, causa) o a circunstancias que han rodeado la celebración del contrato (publicidad, tratos previos...) y no las cláusulas referidas a elementos accesorios del contrato (contenido típico de las condiciones generales) porque respecto de ellas el cliente carece, normalmente, de representación alguna”⁸⁵⁷.

Teniendo en consideración lo señalado hasta este punto, puede concluirse que, debido al carácter decisivo que se desprende de las cláusulas principales en el escenario de la formación del consentimiento contractual, en relación con ellas necesariamente deberá exigirse un *plus* informativo⁸⁵⁸, o un *plus* de transparencia, en aras de poder erradicar de ellas cualquier obscuridad, complejidad, o sorpresividad que impida que el co-contratante cuente con una verídica posibilidad de conocer y comprender el contenido real y global del contrato que está por celebrar. Desde esta perspectiva, podemos decir en este punto que, entre más trascendencia o relevancia asuma una cláusula para efectos del acuerdo negocial, mayor deberá ser el grado de transparencia que se debe exigir de la misma, y en tal sentido, menor deberá ser su potencial abstracto para dar lugar a indeseadas sorpresas⁸⁵⁹.

2.1.2. *Campo de aplicación subjetivo. El consumidor como principal sujeto de protección.*

Habiendo llegado a este punto, creemos que igualmente resulta necesario entrar a analizar si la regla de las cláusulas sorpresivas tendrá una misma aplicación con independencia de la cualidad o la calificación que se llegue a preciar de las partes que hacen parte de la relación contractual, o si, muy por el contrario, la misma se encontrará delimitada subjetivamente a un único escenario de protección, tal y como acontece con otros instrumentos de naturaleza tuitiva, cuya aplicación se reserva para determinados y concretos supuestos, usualmente para aquellos en los que una de las partes se desempeña como un consumidor. Así, con el deseo de ser más precisos, la cuestión que pretendemos resolver consiste en determinar si el ámbito de aplicación de la regla de las cláusulas sorpresivas se encuentra circunscrito única y exclusivamente a las relaciones contractuales en las que una de las partes funge en calidad de consumidor (contratos B2C - *buisness to consumer*, o si, por el contrario, el mismo no tiene limitación alguna en razón del carácter subjetivo, comprendiendo por lo tanto los contratos celebrados empresarios o comerciantes (contratos B2B - *business to business*).

En relación con este particular, cabe destacar que, ya en los mismos preludios en los que se forjaría la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas en el ámbito del sistema jurídico alemán, se consideró que el espectro protector de esta misma no debe tener limitación alguna, por lo menos en lo que al ámbito subjetivo respecta, es decir, en razón a la calidad en la que se desempeñan las partes de la relación contractual. Lo anterior, puede concluirse de la misma técnica legislativa que fue empleada al momento de la tipificación de regla en cuestión, ya que en ella no se realizó delimitación alguna en relación con las cualidades de sujetos que participen en la relación negocial, lo cual ha permitido que predominantemente se haya entendido que la misma podría tener aplicación tanto en el caso de los negocios jurídicos en

⁸⁵⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 275.

⁸⁵⁸ SERRANO BARRIENTOS, Amagoia. “Los controles de incorporación, de contenido y de interpretación”, en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*, triant lo blanch, Valencia, 2019. p. 158.

⁸⁵⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 273.

los que participa un consumidor, como en aquellos que se desempeñan únicamente entre comerciantes o profesionales⁸⁶⁰.

Al respecto, debemos memorar que uno de los antecedentes directos de la regla de las cláusulas sorprendivas se desempeñó particularmente en sede de las relaciones entre profesionales, referimos con ello concretamente a la delimitación que, para mediados del siglo XX, realizaron los tribunales alemanes en materia de la aceptación de las cartas comerciales de confirmación (*Kaufmännische Bestätigungsschreiben* o KBS), al considerar que, si bien el silencio de una de las partes ante una carta de confirmación que integra modificaciones a lo que originariamente habría sido estipulado podría considerarse como una suerte de aceptación tácita, tal interpretación no podría hacerse extensiva en el caso de aquellos clausulados que, en razón de su naturaleza, pudiesen llegar a ser considerados como insólitos o sorprendivos⁸⁶¹.

Lo anteriormente expuesto resulta más que comprensible, ya que la sorpresa, la falta de transparencia, el ocultamiento, la privación de información⁸⁶², y, en últimas, la ausencia de buena fe, son fenómenos contractuales que pueden afectar de igual modo, tanto a consumidores como empresario. En este sentido, nada resultaría más artificioso que pensar que la calidad de comerciante -sin desconocer que con ella suele entrañarse un grado más elevado de diligencia y responsabilidad- se desempeña como una especie de coraza que convierte a quien la porta inmune a cualquier sorpresa, como si el profesional pudiese equipararse a una especie de oráculo que, tal y como Sibila, tuviese la facultad de anticipar lo ‘inanticipable’, ‘imprevisible’ o sorprendivo, considerándose así que, todo lo pudiese, y debiese, prever, puesto que, como acertadamente ha puesto de presente el agudo profesor WALTER LINDACHER, a pesar de la condición de profesional con la que cuente un sujeto, para efectos realizar la evaluación correspondiente encomiada a determinar si podrán tener lugar el mecanismo tutelar que se desprenden del control de las cláusulas sorprendivas, es claro que no se puede considerar que este último “tenga que contar con lo inusual debido a su mayor experiencia comercial”⁸⁶³.

Es por razón de lo anterior que, en lo que a nuestra opinión respecta, no existe una razón jurídica que cuente con el peso o soporte suficiente como para permitir limitar, desde una perspectiva subjetiva, en un modo terminante o absoluto, el ámbito de aplicación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas, o, lo que es lo mismo, que se niegue la legítima protección del consentimiento contractual brindado por un comerciante o profesional, el cual se ha visto flagelado como consecuencia de indecorosas estipulaciones que aparecen al

⁸⁶⁰ GRÜNEBERG, Christian. “§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln” en *Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H. Beck, München, “§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln” en *Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H. Beck, München, 2015. p. 434; DITTMANN, Klaus & STAHL, Henning. *AGB allgemeine Geschäftsbedingungen kommentar, op.cit.* p. 80; SCHLOSSER, Peter. § 3 Überraschende Klauseln, *op.cit.* p. 125; y SCHULZE, Reiner. *Bürgerliches Gesetzbuch, op.cit.* p. 427.

⁸⁶¹ Véase *supra* nota 801.

⁸⁶² Conviene en este punto acudir a las dicientes palabras del profesor Italiano ADOLFO DI MAJO, quien, abordando la figura de la transparencia ha manifestado que la ausencia de la misma representa “un male per tutti (professionisti e consumatori) e può essere fonte di abusi e strumentalizzazioni (solitamente preparati da chi quella clausola ha predisposto)”. DI MAJO, Adolfo. “Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie”, en *Corriere Giuridico*, Vol 17, 2000. p. 528.

⁸⁶³ Traducción libre. LINDACHER, Walter F. § 3 Überraschende Klauseln, *op.cit.* p. 136. En un sentido similar, aunque aludiendo principalmente a los ‘pequeños empresarios’ véase CHEN-WISHART, Mindy. “Regulating unfair terms”, en *English and european perspectives on contract and commercial law*, Hart, Oregon, 2014. p. 127.

imprevisto y de forma sorpresiva, y que, por lo tanto, lo posicionan en una situación de mayor debilidad⁸⁶⁴.

Muy por el contrario, teniendo en consideración la proyección solar que se predica del principio rector de la buena fe, creemos que resulta imperativo entender que, las legítimas y razonables expectativas que un comerciante hubiese podido formarse en el marco de la celebración de un contrato con otro sujeto que llegue a detentar la misma calidad de profesional, merecerán igualmente ser objeto de una especial tutela y de una legítima protección, y, en tal sentido, deberán prevalecer respecto al contenido que se desprende de los clausulados que, de forma abrupta, intempestiva, amén que inesperada, se contraponen a las mismas⁸⁶⁵.

Por tal motivo, consideramos que resultará más adecuado favorecer este tipo de interpretación en relación con espectro de protección frente al contratante sorprendido, ya que la misma logrará entroncar de mejor manera con los nuevos lineamientos tendenciales propugnados por una expansión del rango tutelar del co-contratante a nivel internacional, comoquiera que, por ejemplo, hoy se aboga porque las cláusulas abusivas puedan tener cabida en relaciones en las que en el pasado no solían tenerla, como sucedía entre los contratos entre profesionales, en los que se entendía que una protección especial alrededor del abuso no era menester, visión que hoy no se estima adecuada y acorde con la realidad de los contratantes, pues el abuso, al igual que la sorpresa, según sea el caso, puede lesionar aun a quienes sean profesionales, confirmándose que cuando él concurre, debe haber una respuesta afirmativa orientada a su rechazo.

Ahora bien, no obstante lo expresado en precedencia, no puede llegar a considerarse que el carácter subjetivo que ostenten las partes de la relación negocial pueda llegar a resultar del todo irrelevante al momento de juzgar la posible aplicación de la regla de las cláusulas sorpresivas en un caso particular, ya que, muy por el contrario, este último adquirirá una gran trascendencia con relación a la determinación del rigor y mayor grado de exigencia con el cual se deberá evaluar la corroboración del elemento sorpresa como un requisito necesario para dar cabida a la aplicación de este instrumento tuitivo, pues, como acertadamente se ha puesto de presente a nivel jurisprudencial, en consideración del estado actual del Derecho a nivel internacional, “el régimen de protección al adherente no consumidor frente a las cláusulas sorprendentes no puede tener la misma intensidad que la protección del consumidor”⁸⁶⁶.

En efecto, es menester señalar que, para poder llegar a evaluar correctamente la posible verificación del elemento sorpresa en el caso de una relación contractual entre empresarios, deberán aplicarse baremos más rigurosos que aquellos que se aplicarían en el caso de que el contratante sorprendido sea un consumidor, ya que, por regla general, cuando sujeto contratante funge como un empresario puede esperarse de él un mayor grado de diligencia en

⁸⁶⁴ Cabe destacar que en el sistema jurídico alemán tal y como contundentemente lo ha manifestado el profesor de la Universidad de Bielefeld, MARTIN SCHWAB, la sección 305c, de la cual se desprende la no incorporación de clausulados sorpresivos, no se encuentra sujeto a ninguna restricción de naturaleza subjetiva, a diferencia de lo que si se predica de otras disposiciones como acontece con las secciones §305 II, y §§ 308 y 309 del BGB. SCHWAB, Martin. AGB-Recht, C.F. Müller, Heidelberg, 2019. p. 96.

⁸⁶⁵ En este sentido véase, MIRANDA SERRANO, Luis María. *El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria*, op.cit. p. 58. Al respecto, cabe destacar que esta interpretación por medio de la cual, fundamentándose en el áureo principio de la buena fe, se pretende dar cabida a un régimen de protección en el caso de contratantes empresarios frente a las cláusulas sorpresivas ha sido acogida por parte del Tribunal Supremo español en sentencia del 3 de junio de 2016.

⁸⁶⁶ Tribunal Supremo Español, sentencia STS 3956/2017, del 7 noviembre de 2017.

virtud de su experiencia, conocimiento y de su necesaria profesionalidad, lo que hace más exigente la verificación de los presupuestos necesarios para considerar meritorio el reto rechazo de una cláusula en razón de su efecto sorpresivo⁸⁶⁷.

De este modo, para valorar la razonabilidad de las expectativas del empresario se deberán tener en consideración no solo el comportamiento positivo del predisponente, enderezado al cumplimiento de informar con transparencia a su contraparte, sino que también deberá evaluarse el grado de diligencia que resultaba exigible para el sujeto profesional⁸⁶⁸, pues en estos escenarios, tal y como lo pudimos manifestar al abordar esta cuestión en relación con la temática de la sorpresa jurídicamente relevante -en general-, se deberá aplicar aquella máxima milenaria que conforme a la cual el Derecho deberá favorecer a quien vele en forma responsable por sus propios intereses (*vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*)⁸⁶⁹. Así pues, en estos casos el juzgador deberá tener en particular consideración el cumplimiento del deber de ‘auto-información’ y de la llamada ‘carga de sagacidad’⁸⁷⁰, los que, en tratándose de transacciones mercantiles, desempeñan un papel cardinal al momento de evaluar la adecuación de la actuación del contratante empresario frente a estándares conductuales objetivados, tal como sucede con el modélico ‘buen hombre de negocios’.

Por tal virtud, puede afirmarse que, no toda sorpresa que pudiese concibiéndose como razonable, y que, por lo tanto, en línea de principio, debiese ser considerada merecedora un impávido rechazo por parte del ordenamiento jurídico, en los supuestos que la misma haya perjudicado a un contratante consumidor, deberá reputarse de la misma manera en el evento que sea un comerciante quien contrata, pues en este caso resulta legítimo esperar -y exigir- de aquel un grado mayor de agudeza y perspicacia.

En efecto, para la correcta procedencia de los efectos remediales que se predicen regla de las cláusulas sorpresivas en el ámbito de las relaciones mercantiles se deberán tener en especial

⁸⁶⁷ ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* pp. 301 y 302; ROLOFF, Stefanie. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* pp. 1126 y 1127; BASEDOW, Jürgen. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* pp. 1194; y STADLER, Astrid. “§ 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*”, en *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H. Beck, München, 2018. p. 406. En un sentido similar, pero hablando particularmente del ‘control de transparencia’, véase PAZOS CASTRO, Ricardo. *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, *op.cit.* p. 442.

⁸⁶⁸ Al respecto, el profesor de la Universidad de Granada, FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, ha señalado que: “En la valoración de cuando es legítima una expectativa del adherente prestatario se debe ponderar no sólo la información proporcionada por el predisponente al respecto (publicidad, comunicaciones en tratos preliminares en los que se obviara la existencia de la cláusula, etc.) o, en sentido negativo, la información no proporcionada, sino también la diligencia empleada por el empresario adherente en el conocimiento de la condición general cuya incorporación al contrato le ha sorprendido”. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. “Buena fe ex art. 1.258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios”, en *InDret*, 2016. p. 17.

⁸⁶⁹ Véase *supra* nota 246.

⁸⁷⁰ Sobre la importancia y trascendencia del deber contractual de auto-informarse, y en particular en lo concerniente en la relación armónica que presenta con su contrapartida, es decir, con el ‘deber de informar’, la Corte Suprema colombiana en sentencia del indicó que: “en materia informativa, como secuela de la buena fe y, en particular, del postulado de la cooperación negocial, el límite o el confin de la carga de informar al otro radica, precisamente, en el deber de informarse a sí mismo, en la medida de lo posible, y de las circunstancias que rodean cada asunto, observación que coincide con la opinión expresada por los juristas galos GERARD CAS y DIDIER FERRIER, según la cual existe claramente ‘...una relación dialéctica entre la obligación de información, de una parte y, de la otra, el deber de informarse’, el que a juicio de un sector de la dogmática jurídica, como ya se ha referido, está enclavado en otro deber, aun de mayor espectro: el de cooperación, signado por un criterio de reciprocidad negocial, tan propio de la ratio contractual”. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de agosto de 2001.

consideración estándares más rigurosos, pues reiteramos, el rechazo a la sorpresa no se instituye como una adarga para la desidia o la indolencia, muy por el contrario, constituye un broquel inquebrantable que solo hará sombra para aquellos que se hayan comportado bajo la razonable diligencia que les fuese exigible, lo cual, es natural, deberá evaluarse teniendo en consideración la calidad en que se desempeña cada contratante, así como también de las circunstancias del caso particular. Para ello, cuando nos encontremos frente a contratos mercantiles predisuestos, se deberá tener en especial consideración que el denominado ‘deber de lectura’ (*duty to read*) no se disipará en el mismo modo en que acontece en el caso de las con consumidores, siendo esto un aspecto que portará consigo importantes implicaciones al momento de evaluar la legitimidad de un posible efecto sorpresa⁸⁷¹.

En atención a todo lo anteriormente expuesto podemos concluir señalado que, si bien la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, en principio, puede llegar a tener cabida tanto en las relaciones que son celebradas entre profesionales como también en aquellas que estos entablan con los consumidores, lo cierto es que, será en este último supuesto en donde la aplicación de la regla en cuestión tendrá una mayor incidencia, lo cual se justifica en razón de la particular e indiscutida situación de debilidad en la que suelen encontrarse los consumidores, la cual los hace más propensos a ser víctimas de desagradables sorpresas, motivo por el cual, será en estos escenarios en donde deberá darse cabida, con mayor severidad y rigor, a la sanción y al rechazo de clausulados que inviten a la sorpresividad.

2.2. EL ELEMENTO SORPRESA COMO EL COMPONENTE NUCLEAR DE LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS.

A pesar de que pueda considerarse de Perogrullo entendimiento, creemos que resulta necesario, amén que conveniente, poner de manifestó que, en lo que respecta a la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, tal y como su rotulación permite anticiparlo, será el denominado ‘efecto sorpresa’ (*Überraschungseffekt*), el ‘elemento sorpresa’ (*Überraschungselement*), o simplemente el ‘factor sorpresa’, tal y como ha sido reconocido en reiteradas oportunidades, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial⁸⁷², el que representará el componente nuclear, la *primarii lapidis*, sobre la cual se erigirá por entero la estructura conceptual y dogmática de la regla en cuestión.

En este sentido, no cabe duda que el objetivo o el propósito sobre el cual gravita el propósito tutelar que encarna esta regla prohibitiva es pues, precisamente, el de evitar que uno de los sujetos de la relación contractual pueda llegar a ser tomado injustamente por sorpresa⁸⁷³, o, cuanto menos, el de lograr conjurar o morigerar, en la medida de lo posible, los pérfidos efectos que, como consecuencia de la materialización de dicha sorpresa, puedan llegar a generarse en perjuicio de este último: será así, el justo rechazo a lo sorpresivo, la esencia misma, el componente inherente, que justificará la integración de este mecanismo de naturaleza tuitiva en el sistema jurídico.

⁸⁷¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Buena fe ex art. 1.258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios*, op.cit. p. 16.

⁸⁷² GRÜNEBERG, Christian. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. pp. 434 y 435; y ROLOFF, Stefanie. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 1128. Para una consulta de la jurisprudencia en este sentido véase nota *supra* 814.

⁸⁷³ LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 171; ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 299; y ROLOFF, Stefanie. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 1126.

De este modo, y bien vistas las cosas, se comprueba que, en últimas, aquello que permitirá que una cláusula llegue a ser considerada como sorpresiva, y que, por tal virtud, pueda ser expelida de la relación contractual por parte del ordenamiento jurídico, no dependerá propiamente del contenido de la misma, sino más bien será consecuencia de la comprobación -parametrizada bajo estándares objetivados- de la materialización de un efecto sorpresa que impacta en la psique del co-contratante⁸⁷⁴, ello como resultado de la impetuosa colisión que se verifica entre lo que este último legítima y razonablemente podría haber llegado a esperar, de un lado, y del efectivo e inopinado contenido que la cláusula en cuestión importa al contrato.

De conformidad con lo indicado logra avizorarse que, la esencia de la regla nugatoria de las cláusulas que resultan portadoras de un componente o elemento sorpresivo, más que relacionarse con cuestiones concernientes a la adecuación del contenido de clausulado como tal, las cuales se afilian a asuntos que se inscriben en el marco de la denominada justicia material o prestacional, se encuentra estrechamente vinculada con componentes que atienden a la correcta formación de la voluntad, la cual se estructura como legítima antesala para la conformación de un consentimiento contractual libre de imperfecciones o vicios que puedan aquejarlo.

En efecto, nos encontramos ante una pauta que se perfila en la ferviente defensa del consentimiento contractual, pues la misma se aurícula en razón de la evidente relación antitética o inarmónica -que ya siglos atrás se había evidenciado- que se predica de aquellas estipulaciones que de forma subrepticia ingresan al entramado contractual, en ocasiones valiéndose del ardid la treta el artificio o incluso la artimaña, para luego asomar de forma sorpresiva, contrariando así las legítimas y razonables representaciones que se había llegado a formar el co-contratante, y la sanidad que, sin maculas o imperfecciones, debe desprenderse del consentimiento para que este último cuente con la virtualidad para forjar, en un modo adecuado, amén que deseable, una vinculación negocial.

Por tal motivo, no se equivoca el renombrado profesor y Decano de la Universidad de Córdoba, LUIS MARÍA MIRANDA, al afirmar que, existe “una conexión lógica y clara entre el *factor sorpresa* presente en estas cláusulas y la *salvaguarda y tutela del consentimiento negocial*”, lo que lo cual lo ha llevado a concluir acertadamente que “Las cláusulas sorprendentes plantea, pues, u[n] problema de *falta de consentimiento* o, si se prefiere, de *consentimiento viciado*”⁸⁷⁵.

Ha sido en virtud de lo anterior que, particularmente en aquellos escenarios en los cuales se comprueba la inexistencia de una normativa expresa que vede la inclusión de cláusulas sorprendentes, se ha considerado que la cuestión atinente a este tipo de estipulaciones inesperadas puede llegar a ser reconducida y resuelta en los amplios fondos conceptuales que comprende la teoría general de los vicios de la voluntad, pues se ha considerado que apelando a estos se

⁸⁷⁴ En este sentido se ha pronunciado el profesor JESÚS ALFARO, quien ha puesto de presente que “lo que hace que la cláusula sea sorprendente no es su contenido, sino el efecto que producen en el cliente al ser puestas en conexión con todas las circunstancias que rodean la celebración del contrato, de modo que si estas circunstancias varían, el efecto sorpresa puede desaparecer aun cuando el contenido de la cláusula sea el mismo”. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 258.

⁸⁷⁵ MIRANDA SERRANO, Luis María. *El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria*, op.cit. p. 34.

podría llegar a arribar a un miso resultado, es decir, a la depuración de los clausulados que indecorosamente alberguen un indeseado elemento sorpresa⁸⁷⁶.

Con relación a esta visión que busca reconducir la regla de las cláusulas sorpresivas al ámbito de la teoría clásica de la sanidad del consentimiento contractual, puede corroborarse la convergencia de dos tesis principalmente.

Así, por un lado, se encuentran quienes conciben que la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas podría encausarse, al menos parcialmente, en sede del error como vicio de la voluntad, los cuales, sin embargo, consideran que la impugnación de este tipo de clausulados por virtud del error solo podrá proceder, en modo excepcional, en aquellos supuestos en los que los mismos recaen sobre elementos esenciales o respecto a los cuales el cliente contaba con concretas y legítimas expectativas que hayan llegado a coadyuvar a la formación del consentimiento contractual⁸⁷⁷. Por el otro lado, un segundo sector defiende una tesis diversa la cual consiste en considerar que este tipo de clausulados encuadran mejor en los terrenos del dolo, concretamente en el marco del ‘dolo incidental’, pues al ingresar en forma subrepticia o furtiva a la relación contractual representan maquinaciones insidiosas las cuales se encontrarán

⁸⁷⁶ Así, PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones Generales y Cláusulas Contractuales Predispuestas...*, op.cit. p. 498, y LLODRÀ GRIMALT, Francisca. *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. p. 328.

⁸⁷⁷ Esta ha sido una interpretación que ha sido esgrimida con gran maestría en reiteradas oportunidades por el reputado profesor español JAVIER PAGADOR LÓPEZ, el cual, no obstante, considera que en los demás supuestos en los que no se aluda a clausulados esenciales “la impugnación por error no prosperará de ordinario, porque las condiciones generales suelen regular aspectos secundarios o accesorios de la relación negocial, de modo que el error atinente a la incorporación de tales cláusulas al contrato o a su contenido de regulación material no podrá reputarse esencial (...)”. PAGADOR LÓPEZ, Javier. “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en *La defensa de los consumidores y usuarios*, iustel, Madrid, 2011. pp. 1368 y 1369, de igual forma puede consultarse PAGADOR LÓPEZ, Javier. “Impugnación por los vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación”, en *Diario La Ley*, Nº 2, 1999. p. 1850 y ss. En relación con este particular, parecen coincidir con esta interpretación que reconduce el problema al ámbito del error vicio, por lo menos en lo relativo al debate sobre el control de las cláusulas intransparentes, FENOY PICÓN, Nieves. “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”, en *Anuario de Derecho Civil*, T LXXI, 2018. p. 1037, y AGÜERO ORTIZ, Alicia. *Cláusula suelo transparente porque el consumidor tuvo un conocimiento de la misma*, en “Revista CESCO de Derecho de Consumo”, Nº 21, 2017. pp. 106 y 107. Por su parte, en el escenario del Derecho de corte anglosajón, el profesor de la Universidad de Miami, EDUARD A. DAUER, ha adoptado una lectura similar al considerar que el concepto jurídico de error (*mistake*) es un fenómeno que puede configurarse “whenever the consumer is later ‘surprised’ to learn the full legal consequences of his contract”, por lo que en estos supuestos, en opinión del autor, se configurará un claro supuesto de error en razón de que el consumidor no esperaba, o no podía esperar, las consecuencias de los términos que efectivamente integraba el contrato. DAUER, Edward A. “Contracts of adhesion in light of the bargain hypothesis: an introduction”, en *Akron Law Review*, Vol 5, Nº 1, 1972. p. 19 y 20. Esta, a su turno, ha sido una tesis que ha sido defendida por la profesora española FRANCISCA LLODRÀ GRIMALT, la cual, a pesar de manifestar que la lucha de la ausencia de una adopción de la regla de las cláusulas sorpresivas podría suplirse a través de la aplicación de la regulación del error como vicio, considera que resultará necesario cuestionar si en el supuesto de este tipo de clausulados dicho error podrá configurarse siempre como, poniendo de presente al respecto que “ante una actuación diligente y de buena fe del predisponente o ante una evidente mala fe del adherente, a éste le sería reprochable el no haber conocido la existencia de ciertas cláusulas calificables, en otro supuesto, de sorprendentes”. LLODRÀ GRIMALT, Francisca. *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, op.cit. pp. 328-330.

enderezadas a lograr que quien contrate lo haga en condiciones diferentes a las que podía legítimamente esperar⁸⁷⁸.

Por nuestra parte, y sin pretender desconocer la importancia de este tipo de lecturas interpretativas con las cuales, a través de la flexibilización de conceptos más tradicionales, se propugna dar cabida al rechazo estipulaciones contractuales que subrepticamente vulneran las legítimas expectativas que un contratante razonablemente pudo haber albergado, no consideramos que resulte del todo conveniente que la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas sea trasladada a otras figuras conceptuales que, a pesar de poder resultar afines, no logran comprender el amplio espectro de la regla en cuestión, ya que con ello no solo se estaría negando la trascendencia de su especificidad, sino que, en adición, se estaría coartando el espectro aplicativo de la misma, el cual es de suyo más amplio a su vez que más ventajoso para el contratante que se encuentra en una situación de mayor indefensión⁸⁷⁹.

Al respecto, debemos recordar que, con el rechazo de las cláusulas sorpresivas se ha pretendido brindar un instrumento de mayor protección para el sujeto que se encuentra en una situación de mayor infección o vulnerabilidad, y por ello, en orden a que pueda llegar a darse cabida al otorgamiento del velo tuitivo que se desprende de esta regla no se requerirá de la comprobación de la concurrencia de intenciones insidiosas, ni de la verificación de un comportamiento de mala fe del otro contratante, como tampoco se deberán corroborar todos los requisitos necesarios para configurar un error vicio, ni que el contenido de la misma sea inapropiado o que acarrea una injustificada desestabilización del sinalagma prestacional, bastará con que el clausulado sobre el cual se disputa, en abierta contradicción del prístino postulado de la buena fe, haya producido una indecorosa e injustificada sorpresa como consecuencia de la vulneración de las expectativas que el co-contratante razonablemente hubiese podido albergar⁸⁸⁰.

Es por virtud de lo anterior que, fundamentándonos en la especificidad y gran singularidad que se predica del elemento sorpresa, y, más particularmente, de la esfinge conceptual de la sorpresa jurídicamente relevante, que consideramos necesario entender que la regla de las

⁸⁷⁸ Esta, por su parte, ha sido una tesis que recientemente ha sido reivindicada por el profesor LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO, quien considera que el dolo, en general, y más concretamente el dolo incidental, en particular, logran ajustarse correctamente al perfil de las cláusulas sorpresivas, precisando adicionalmente que, “los remedios para luchar contra las cláusulas sorprendentes o no transparentes a los que se llega desde la tesis del dolo incidental son más atinados que aquellos a los que conduce la configuración de dichas cláusulas como supuestos de error, dados los obstáculos existentes en nuestro Derecho para admitir la anulabilidad parcial como remedio frente a un error también parcial (...)”. MIRANDA SERRANO, Luis María. *El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria*, op.cit. p. 40. Esta parece ser una interpretación que igualmente ha sido sostenida por los profesores españoles, JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL y FERNANDO PANTALEÓN PIETRO, cuya postura en el asunto ha sido resumida en FENOY PICÓN, Nieves. *El control de transparencia (material) en la cláusula suelo*, op.cit. pp. 908-914.

⁸⁷⁹ En este sentido se ha pronunciado, con una proyección más amplia, la acreditada profesora de la Universidad de Murcia, ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA, quien, en lo tocante con la temática de los requisitos de inclusión *in genre*, ha manifestado que “se ha planteado la posible aplicación de la disciplina de los vicios de la voluntad, en particular del error, en el ámbito regulado por los requisitos de inclusión, como una cuestión de compatibilidad entre ambas regulaciones; compatibilidad que no se descarta, aunque se ponga de manifiesto la relativa inutilidad de tal proceder, al ofrecer las normas de incorporación una solución más clara y ventajosa”. GONZÁLEZ PAGANOWSKA, Isabel. “Artículo 5 requisitos de incorporación”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999. p. 145. Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente. “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia de su no incorporación (Crónica de lo incomprensible)”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 54, Nº 3, 2001. p. 1112.

⁸⁸⁰ SCHLOSSER, Peter. § 3 *Überraschende Klausel*, op.cit. p. 125.

cláusulas sorpresivas constituye una particular y concreta manifestación de esta última figura, y que, por lo tanto, en ella encontrará su verdadero origen o prosapia.

Procediendo de esta forma, al reconocer la autonomía del elemento sorpresa como instrumento idóneo para garantizar un mayor y necesario grado de tuición, se estará dando una conveniente, amén que necesaria, cabida al enaltecimiento de un nuevo y más poderoso paradigma de protección a nivel contractual. Pues bien, tal y como fue puesto de manifiesto en su momento por parte del profesor JOACHIM SCHMIDT-SALZER, el control de las cláusulas sorpresivas constituye el “instrumento más deslumbrante y multifacético del arsenal de instrumentos para combatir las condiciones generales (...)”⁸⁸¹.

Ahora bien, habiendo expuesto todo lo anterior, debemos poner de presente que, para que el propósito de protección que se desprende de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas logre armonizarse correctamente con intereses de gran relevancia por los cuales debe velar el ordenamiento jurídico, resulta necesario dar lugar a una matización, pues consideramos que tendrá que darse lugar a una interpretación restrictiva al momento de evaluar la confluencia o verificación del precitado ‘elemento sorpresa’ desde una perspectiva, ello bajo el entendido que, no cualquier sorpresa tendrá la virtualidad suficiente para dar lugar a la activación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas⁸⁸², sino que, muy por el contrario, deberá ser una sorpresa que logre entroncar con el concepto de sorpresa jurídicamente relevante, con todas las implicaciones que ello apareja, tal y como se anotó, de lo contrario nos encontraremos frente a un fenómeno privo de la trascendencia y relevancia jurídica necesaria como para dar lugar a la activación, por parte del ordenamiento jurídico, de mecanismos remediales enderezados a conjurarlo.

Por tal motivo, necesariamente deberá considerarse que, en aquellos eventos, en los que un determinado clausulado, pese a integrar una naturaleza sorpresiva en razón de su carácter insólito o inusitado, llegue a comportar un beneficio para el co-contratante, o, cuanto menos, no se configura como un vehículo portador de efectos negativos, y perjudiciales para este último⁸⁸³, la aplicación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas no podrá tener cabida alguna⁸⁸⁴, todo lo cual se encuentra en estricta armonía con las limitaciones que deben

⁸⁸¹ Traducción libre. SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Die Kontrolle ungewöhnlicher /überraschender AGB-Klauseln: deutsche Vergangenheit und europäische Zukunft*, op.cit. p. 362.

⁸⁸² SCHLOSSER, Peter. § 3 *Überraschende Klausel*, op.cit. p. 126. En opinión de los autores alemanes KLAUS DITTMANN y HENNING STAHAL, para que la norma contentiva de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas pueda llegar a tener cabida resulta necesario que el clausulado en cuestión produzca un efecto sorpresa muy considerable en orden de lograr la no incorporación del mismo al contrato. DITTMANN, Klaus & STAHL, Henning. *AGB allgemeine Geschäftsbedingungen kommentar*, op.cit. p. 81.

⁸⁸³ En procura de otorgar una aplicación coherente al mecanismo remedial que instaura el control de las cláusulas sorpresivas con la lógica misma que incorpora la teoría de la fiscalización de las condiciones generales de la contratación, se ha puesto de manifiesto que la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas se instituye como un mecanismo de protección exclusivo para el co-contratante y que, en tal sentido, el predisponente no podrá buscar favorecerse del mismo en aquellos supuestos en los cual se vea sorprendido por haber concedido derechos que van más allá de lo que este último habría pretendido otorgar. Así, SCHWAB, Martin. *Agb-Recht*, op.cit. p. 95.

⁸⁸⁴ ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 313; SCHWAB, Martin. *Agb-Recht*, op.cit. p. 95; SCHLOSSER, Peter. § 3 *Überraschende Klausel*, op.cit. p. 126; y KLEIN, Michele. “La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación a la luz de la ley alemana”, en *Revista Jurídica de Navarra*, N° 8, 1989. p. 135. Aunque la interpretación mas extendida en la doctrina ha sido la de considerar necesario para dar lugar a la aplicación de la regla de las cláusulas sorpresivas que el contenido de la estipulación en relación con la cual se disputa no llegue a resultar favorable o beneficioso para el co-contratante, en opinión del profesor argentino JUAN CARLOS REZZÓNICO,

predicarse de la figura de la sorpresa jurídicamente relevante para que la misma logre articularse en la lógica que gobierna los sistemas legal y constitucionalmente vigentes en la actualidad, tal y como lo esbozamos en su momento. Así pues, podrá concluirse que existirán cláusulas que, no obstante resultar sorprendivas, en rigor, serán en realidad inocuas y por lo tanto no merecerán de tacha, objeción o rechazo alguno por parte del ordenamiento jurídico⁸⁸⁵.

2.3. LA NECESARIA DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE CLÁUSULAS SORPRESIVAS, INUSUALES E INSÓLITAS.

Sucede con frecuencia que, cuando se hace alusión a la regla nugatoria de las cláusulas sorprendivas, se empleen de forma indistinta los calificativos de ‘sorprendivas’, ‘inusuales’, o ‘insólitas’, lo que pareciese proponer que estos caracteres o elementos se encuentran en un mismo escaño, y que, por lo tanto, resulta de recibo predicar una relación sinonímica entre ellos.

No obstante lo anterior, consideramos que, cuando se pretenda aludir a la regla de las cláusulas sorprendivas deberá procederse con suma cautela, particularmente en el ámbito legislativo y judicial, en lo que respecta a la terminología que se utilice, pues, como se verá, acudir a uno u otro término tendrá implicaciones de gran importancia en relación con la proyección del fenómeno que pretende erradicarse, esto es, el elemento sorpresa, ello bajo el entendido que: no todo lo que es sorprendente puede considerarse inusual, así como tampoco, en sentido contrario, todo lo que es inusual puede calificarse como sorprendente.

En este sentido debemos señalar que, la conexión entre lo inusitado y lo sorprendente, en lo que respecta a la regla que aquí nos atiende, tiene lugar por el hecho que el legislador alemán al momento de brindarle una expresa tipificación al rechazo a lo sorprendente por intermedio de la § 3 de su ley relativa condiciones generales de la contratación (AGB-Gesetz), lo hizo empleando ambas expresiones, ya que, si bien consagró tal disposición bajo el rótulo de ‘cláusulas sorprendivas’ o ‘sorprendentes’ (*Überraschende klauseln*), al momento desarrollar el contenido de la regla prohibitiva, el término al cual alude es al de ‘insólito’ (*Ungewöhnlich*) y no propiamente a lo sorprendente, a pesar de hacer referencia a un componente netamente subjetivo para su evaluación como lo son las ‘circunstancias’ concurrentes al momento de la celebración del contrato.

Lo anterior llama poderosamente la atención, pues el uso de ambos vocablos no solo permite corroborar una falta de armonía desde un plano lingüístico⁸⁸⁶, sino que también invita al planteamiento de diversas interrogantes que atienden al ámbito de aplicación de la norma, lo cual reviste una gran importancia, máxime si se considera que tal formulación se reproduciría

para que pueda tener cabida el control de sorprendente, la cláusula en cuestión deberá generar un daño propiamente entendido, el cual se constituye, en su opinión, como un “elemento imprescindible” para tales efectos. REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predisuestas*, *op.cit.* p. 481.

⁸⁸⁵ En este sentido, la renombrada profesora, y decana de la facultad de Derecho de la Universidad de Oxford MINDY CHEN-WISHART, ha señalado que, las ‘sorpresas justas’ no deberían generar ninguna preocupación, pues el problema y el peligro real que se desprende de los contratos estandarizados será el de la ‘sorpresa injusta’. CHEN-WISHART, Mindy. *Regulating unfair terms*, *op.cit.* pp. 110 y 111.

⁸⁸⁶ Según señala SCHMIDT-SALZER, el hecho que el legislador alemán intitula la norma como ‘cláusulas sorprendivas’ pero que, al momento de darle tratamiento a la misma integrare como elemento decisivo el de la inusualidad, representa, desde un punto de vista lingüístico, una incongruencia. SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Die Kontrolle ungewöhnlicher/überraschender AGB-Klauseln: deutsche Vergangenheit und europäische Zukunft*, *op.cit.* p. 362.

con simetría en la § 305c del Código Civil alemán -norma que regula la materia en la actualidad-⁸⁸⁷.

Ahora bien, no obstante la disparidad de términos que sería acogida por el legislador alemán, -lo cual creemos que origina por el hecho que la jurisprudencia precedente a la promulgación de la ley de condiciones generales empleaba constantemente ambas expresiones-, la doctrina mayoritaria, con buen criterio, ha considerado que, el hecho que una cláusula cuente con un carácter simplemente inusual carece de una cualificación suficiente para la correcta aplicación de la regla de las cláusulas sorprendivas, pues consideran que, para ello, tal y como su misma denominación permite anticiparlo, se requerirá además que la cláusula efectivamente produzca una indeseada sorpresa⁸⁸⁸, siendo este el rasgo que verdaderamente caracteriza y singulariza la regla en cuestión.

Es por virtud lo anterior que puede sostenerse que, el efecto sorpresa (*überraschungseffekt*) se instituye como un requisito *sine qua non* podrá proceder la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas -propiamente concebida-, lo que permite predicar un vínculo indisoluble entre el primero con la segunda⁸⁸⁹.

Siguiendo esta línea de ideas, podemos señalar que, el hecho de que una cláusula sea habitual o acostumbrada no es óbice suficiente para que la misma pueda llegar a encarnar un desdeñoso elemento sorpresa. En efecto, el carácter insólito o inusual de una cláusula dependerá de la comprobación de elementos de naturaleza objetiva y cuantitativa, encaminados a determinar si la misma puede considerarse como desacostumbrada, alejada de lo común, o extraña a la naturaleza propia del contrato o a las prácticas comerciales habituales, los cuales no logran dimensionar a plenitud la órbita particular de las representaciones legítimas que el contratante pudo haberse formado por virtud de las circunstancias individuales que fueron relevantes al momento de celebrar el contrato en particular, razón por la cual, por más usual o habitual que sea la cláusula en abstracto, ello no impide que la misma pueda tornarse en sorprendiva para el caso en concreto, y que, por lo tanto, deba ser rechazada o expulsada⁸⁹⁰.

⁸⁸⁷ En relación al tenor de la normativa alemana, el profesor PETER SCHLOSSER ha sostenido que, contrario a lo que parece desprenderse de la redacción ‘algo descuidada’ de la § 3 de la Ley de Condiciones Generales alemana (AGB-Gesetz), hoy § 305c (BGB), el término ‘inusual’ no refiere propiamente a la infrecuencia de la cláusula, puesto que de lo contrario nadie podría introducir ciertas cláusulas por primera vez en el tráfico jurídico, en tal sentido señala que es mejor centrarse en la idea de las expectativas de un cliente medio, teniendo en consideración los efectos que la cláusula en particular genera sobre el cliente en cuestión. SCHLOSSER, Peter. § 3 *Überraschende Klauseln*, *op.cit.* pp. 129 y 130

⁸⁸⁸ BASEDOW, Jürgen. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* p. 1197; ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 307; ROLOFF, Stefanie. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* pp. 1127 y 1128; LOCHER, Horts. *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Veralg C.H. Beck, München, 1990. p. 51; por su parte, en el marco de la doctrina latinoamericana véase REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predispuestas*, *op.cit.* p. 482.

⁸⁸⁹ Al respecto, cabe destacar que, conforme a lo que se habría indicado en el proyecto de ley de condiciones generales alemana (AGB-Gesetz) de 1976, la § 3 (por medio de la cual se incorpora la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas) no genera un reproche automático frente a una condición general simplemente porque la misma resulte inusual, pues se determina que la aplicación de tal disposición solo debería tener lugar en los eventos en los cuales se verifique un elemento sorpresa, el cual se produce cuando la condición general resulta tan inusual que el cliente en particular no habría podido llegar a esperarla. *Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)*, Drucksache 7/3919, 06.08.1975. pp. 19 y 20.

⁸⁹⁰ SCHWAB, Martin. *Agb-Recht*, *op.cit.* p. 98; LÖWE, Walter, VON WESTPHALEN, Fridrich Graf & TRINKNER, Reinhold. §3 *Überraschende Klauseln*, *op.cit.* p. 85; LINDACHER, Walter F. § 3 *Überraschende Klauseln*, *op.cit.* pp. 129 y 130; y BASEDOW, Jürgen. § *Überraschende und mehrdeutiger*

A lo anterior debe adicionarse que el carácter usual o acostumbrado de una cláusula se proyecta generalmente en la órbita particular de las representaciones del predisponente, más que en las de los co-contratantes, pues es aquel quien suele conocer con mayor propiedad cual es el modelo habitual de un contrato en el tráfico jurídico actual⁸⁹¹.

Por su parte, y en sentido contrario, una estipulación contractual de cual se desprenda una naturaleza inusual, desacostumbrada, o insólita, podrá no ser sorpresiva y, por lo tanto, podrá llegar a formar parte del entramado contractual⁸⁹². De no ser así, cualquier cláusula que, por motivos inherentes al proceso cambiante amén que evolutivo del mercado, inicie a incorporarse en algún contrato, o incluso, que haga parte de una nueva e innovadora tipología contractual, sería objeto de rechazo, so pretexto de la novedad que, *a priori*, la convierte en inusual, a pesar de que hubiese sido suficientemente informada y realmente comprendida por el co-contratante⁸⁹³, pues bien, tal y como acertadamente lo ha puesto de presente el autor español, JOSÉ ANTONIO BALLESTEROS, “una cláusula poco corriente, insólita o inusual podrá ser perfectamente válida si es conocida y aceptada por el adherente; sólo es preciso que el oferente informe de su contenido y relevancia para eliminar su carácter sorprendente, y que no sea abusiva. Sólo así será factible el avance del Derecho contractual y la modernización del tráfico jurídico”⁸⁹⁴.

Este aspecto reviste una particular relevancia, pues nos permite corroborar que, con la regla de las cláusulas sorpresivas no se busca impedir la inminente y continua evolución del mercado, la que, por su misma naturaleza progresista, requiere siempre de nuevos modelos contractuales que se adapten a las exigencias de cada época, los cuales indefectiblemente contarán con un carácter inusitado que, por lo menos en un principio, desprende de su propio carácter inédito⁸⁹⁵. Sin embargo, sí representa un propósito infranqueable de esta regla que, en estos eventos en los que se pretende introducir cláusulas desconocidos o inusuales, se exija un mayor grado de

Klauseln, op.cit. pp. 1195 y 1196; ROLOFF, Stefanie. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 1128. En un mismo sentido: ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 250 y KLEIN, Michele. *La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación a la luz de la ley alemana*, op.cit. p. 134. Por su parte, en el marco de la jurisprudencia alemana, especial mención merece la sentencia del Tribunal Federal alemán del 17 de marzo de 1994, en la cual se determinó que, en razón de que las expectativas del contratante pueden ser determinadas en gran medida por las circunstancias particulares del caso, una cláusula puede resultar sorpresiva aunque su contenido no sea objetivamente inusual. BGH, NJW 1994, 1656 (IX ZR 102/93).

⁸⁹¹ Sobre este particular, el profesor ÁGUILA-REAL, expresa que “Del carácter usual de una cláusula no puede deducirse más que el hecho de que dicha cláusula responde a la concepción que los predisponentes tienen, pero nada dice de la concepción que del mismo tienen los adherentes y la ley”. ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 250. Sumándose a sus palabras, BENÍTEZ CAORSI, Juan J. *La revisión del contrato*, op.cit. p. 294.

⁸⁹² SCHLOSSER, Peter. § 3 *Überraschende Klauseln*, op.cit. p. 130. PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones Generales y Cláusulas Contractuales Predispuestas...*, op.cit. p. 512.

⁸⁹³ Según las precisas palabras del profesor argentino JUAN CARLOS REZZÓNICO: “una cláusula no será inusual y sorpresiva sólo por el hecho de que antes de su utilización no hubiera sido empleada: se trataría de una irrazonable limitación de la normal evolución de las CNG [Condiciones Negociales Generales] a los cambiantes requerimientos del progreso científico-económico”. REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, op.cit. p. 482. En un mismo sentido LINDACHER, Walter F. § 3 *Überraschende Klauseln*, op.cit. p. 129.

⁸⁹⁴ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999. p. 206.

⁸⁹⁵ DITTMANN, Klaus & STAHL, Henning. *AGB allgemeine Geschäftsbedingungen kommentar*, op.cit. p. 81; y REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predispuestas*, op.cit. p. 482.

transparencia, o si se prefiere un ‘reforzamiento’⁸⁹⁶ de la misma, el cual no solo se ve reflejado en la necesidad que la cláusula se encuentre suficientemente destacada y que su contenido sea claro, sino que, además, podrá llegar a requerir de un cumplimiento más estricto del deber de informar, procurando con ello la eliminación del potencial sorpresivo permitiendo así la correcta incorporación de la estipulación en cuestión⁸⁹⁷.

Dicha exigencia de un mayor grado de transparencia para prevenir que germine un efecto sorpresa por la incorporación de cláusulas desacostumbradas encuentra de igual forma un claro e inquebrantable sustentáculo en el principio de buena fe, el cual se encuentra en franca lid con la ficticia e ilusoria extensión del consentimiento sobre aquellas estipulaciones que, además de contar con una naturaleza insólita, se introducen subrepticamente, tomando por sorpresa al co-contratante. En este sentido, resulta imperativo hacer referencia a un revelador pronunciamiento que habría sido proferido por el Tribunal Supremo español en el año 1969, en el cual este órgano jurisdiccional determinó que, “la buena fe prohíbe dar por querido lo no usual, sin una clara salvedad, teniendo que allanarse la parte si no ha dado a conocer inequívocamente su voluntad divergente”⁸⁹⁸.

Ahora bien, de conformidad con lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que, como resultado de la distinción debe ser sentada entre lo ‘sorpresivo’ y lo ‘insólito’ o ‘inusual’ se desprenden importantes consecuencias que repercuten tanto en forma ‘expansiva’ como ‘limitativa’ en lo que respecta al espectro comprensivo de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas⁸⁹⁹. En efecto, la postulación del elemento sorpresa como criterio rector para la procedencia de la regla, en lugar que el de lo insólito o inusual, implica, por un lado, una expansión de su espectro protector de la regla al darle cabida al rechazo de clausulados que, a pesar de poder ser usuales y acostumbrados, desde una perspectiva abstracta y general, pueden resultar verdaderamente sorpresivos en razón de las circunstancias particulares en las que se desempeñó la celebración del contrato, pero igualmente, por otro lado, implica una delimitación respecto a la proscripción de clausulados que, por más insólitos que puedan resultar desde una visión global, igualmente en atención de las circunstancias particulares del caso, razonablemente debieron haber sido conocidos por el co-contratante.

Así las cosas, con fundamento en todo lo expuesto precedentemente, consideramos que hablar únicamente de cláusulas ‘inhabituales’, ‘inusuales’ o ‘insólitas’, pretendiendo referir, en realidad, a ‘cláusulas sorpresivas’, parece desaconsejable, ya que con ello se podría estar restringiendo el marco de aplicación del rechazo de la sorpresa, pues acudir a este tipo de locuciones permitiría llegar a considerar que para conjurar una cláusula que comporte un carácter sorpresivo se requerirá además que la misma resulte inusual o desacostumbrada,

⁸⁹⁶ ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 273.

⁸⁹⁷ ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 312; ROLOFF, Stefanie. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 1129; SCHWAB, Martin. *Agb-Recht*, op.cit. p. 115; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Los contratos de adhesión*, op.cit. p. 1641; y ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 312; ROLOFF, Stefanie. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 1129; SCHWAB, Martin. *AGB-Recht*, op.cit. p. 115; y BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, op.cit. p. 247.

⁸⁹⁸ Tribunal Supremo, sentencia del 24 de julio de 1969, citada por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Los contratos de adhesión*, op.cit. p. 1641.

⁸⁹⁹ Al respecto, ULMER y SCHÄFER señalan que la § 305c del Código Civil alemán es una norma que puede verse modificada tanto restrictiva como expansivamente por las circunstancias particulares que concurren al momento de celebrar el contrato. ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 307.

introduciendo de tal modo una especie de elemento adicional, un ‘insólito plus’⁹⁰⁰, para la validación de la no incorporación de tal estipulación al contrato. Esto, en nuestra opinión, podría resultar perjudicial para legítima tutela del contratante adherente al reducir sustancialmente el alcance del rechazo a la sorpresa, pues con una regla de tal naturaleza quedarían por fuera de su periferia inúmeros eventos en los que una cláusula puede ser considerada como sorpresiva, a su vez que indeseada, a pesar de lo usual o común que pueda llegar a resultar la misma.

Por tal motivo consideramos afortunado que en la mayoría de modelos legislativos actualmente vigentes que han incorporado la expresa prohibición de las cláusulas sorpresivas, no hayan empleado términos como ‘insólito’, ‘inusual’, o ‘desacostumbrado’, y se hayan inclinado por atender a la razonable previsibilidad, queriendo aludir con ello a la protección de las legítimas expectativas de los co-contratantes, siendo ejemplo de ello el caso de los Principios Unidroit, el Código Civil de Lituania, el Código Civil de la República Checa, y el Código Civil y Comercial argentino, todos los cuales analizaremos con mayor detenimiento en el siguiente capítulo al momento de realizar un estudio de naturaleza comparada en relación con las cláusulas sorpresivas.

2.3.1. *Relevancia de la evaluación de la ‘inusualidad’ en el ámbito de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas. La posible apertura a un control abstracto fundado en un modelo de presunción iuris tantum.*

A pesar de todo lo expuesto en precedencia, debe indicarse que, el carácter insólito o inhabitual de una cláusula no resulta en lo absoluto ajeno al juicio de sorpresividad, por cuanto, la potencialidad para engendrar sorpresa de este tipo de estipulaciones será mucho mayor, por regla, que de aquellas que sean habituales o acostumbradas⁹⁰¹, sin perjuicio de que, como se explicó, tanto de unas como de las otras puede derivar una sorpresa para el co-contratante, razón por la cual la inusualidad deberá ser considerada como un importante indicio al momento de dar lugar a la valoración de la posible presencia del elemento sorpresa en una cláusula. En tal sentido, nos adherimos a las palabras del analítico profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, a cuyo tenor, “Son insólitas aquellas cláusulas susceptibles de provocar una sorpresa en el adherente al encontrarlas en el contrato y son sorprendentes en la medida que provoquen dicha sorpresa efectivamente (...)”⁹⁰².

En este punto valdría la pena preguntarse si, en aquellos eventos en donde lo insólito o inusitado de la cláusula tiene un carácter más elevado podrá aplicarse una especie de control abstracto sobre las mismas, pretendiendo instruir una especie de rechazo de forma generalizada y hacia el futuro de determinadas ‘especies’ de cláusulas que puedan reputarse sumamente

⁹⁰⁰ Expresión empleada por el Tribunal Supremo Español (Sala Primera de lo Civil), en sentencia del 2 de marzo de 2017, en donde se determinó que: “La doctrina jurisprudencial expuesta, llevada al supuesto objeto de enjuiciamiento, en donde la póliza colectiva se instrumentalizó a través de un boletín de adhesión, conduce, de acuerdo con lo alegado por la recurrente, a que esta sala aprecie un «insólito plus» en la cláusula controvertida que determina su carácter sorpresivo respecto de la prestación asegurada (pensión de invalidez), asimilándola más bien a un seguro de «gran dependencia» o de «gran invalidez», y la convierte en una cláusula limitativa de los derechos del asegurado” (se destaca).

⁹⁰¹ BENÍTEZ CAORSI, Juan J. *La revisión del contrato*, op.cit. p. 295; y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 250.

⁹⁰² ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 250.

insólitas. Al respecto, tal como señalaremos con más detenimiento en líneas posteriores, el juicio de sorpresividad deberá efectuarse teniendo siempre presente las circunstancias que convergen en el caso particular, pues aquello que genera sorpresa en un caso podrá no hacerlo en otro diverso, razón por la cual para la evaluación de la sorpresividad deberá atenderse siempre a un criterio subjetivo, sin perjuicio que aquel deba ser delimitado por estándares objetivos.

En tal virtud puede afirmarse que, no existen cláusulas *per se* sorpresivas⁹⁰³, razón por la cual no es posible realizar una especie de elenco normativo en el que se agrupen supuestos de estipulaciones contractuales que bajo una presunción de *iuris et de iure* deberán reputarse inexorablemente como sorpresivos, siguiendo el modelo objetivado de ‘lista negra’ que es frecuentemente implementado en el ámbito del control de abusividad.

No obstante lo anteriormente expuesto, creemos que, en aras de brindar una mayor tutela frente a estipulaciones sorpresivas, podría llegar a abrirse campo a un sistema de control exclusivo para aquellos supuestos en los que, por excelencia, la sorpresa pueda encontrar recinto en una estipulación contractual, tal como sucede en el caso que se introduzca un clausulado que contravenga abiertamente la naturaleza del contrato celebrado, el cual trascienda del ámbito concreto o particular, para acoger un modelo abstracto que instaure un sistema de presunción de sorpresividad para aquellos supuestos, pero, admitiendo la posibilidad de prueba en contrario, esto es, una modelo presuntivo de *iuris tantum*, asemejándose de tal manera a las llamadas ‘listas grises’.

Así las cosas, el efecto sorpresa de una cláusula podría suponerse con generalidad en aquellos casos en los cuales se encuentren presentes estipulaciones contractuales que cuentan con marcada inusualidad sin que se hayan verificado circunstancias particulares que permitiesen afirmar que la cláusula fue o debió haber sido conocida, y que, por lo tanto, no puede entenderse como sorpresiva⁹⁰⁴. Bajo tal supuesto, quien decida incorporar una de tales cláusulas, para que la misma llegue a hacer parte del contrato, deberá demostrar que, de forma transparente y efectiva, puso en conocimiento al co-contratante de la existencia y las implicaciones que se desprenden de la misma, erradicado con ello el surgimiento de un posible efecto sorpresa⁹⁰⁵.

Una interpretación similar a la que venimos desarrollando ha sido acogida a por parte del nuevo Código Civil rumano del año 2011, el cual se encargó de darle cabida a la ‘regla de las cláusulas inusuales’ (*clauze neuzuale*), por medio de su artículo 1203, estableciendo a través de tal disposición un elenco de cláusulas las cuales se determina que no surtirán efecto, salvo que exista una aceptación expresa y por escrito del adherente, en razón del carácter desacostumbrado y perjudicial que pueden representar para este último⁹⁰⁶.

⁹⁰³ GONZÁLEZ PAGANOWSKA, Isabel. *Artículo 7: No incorporación*, *op.cit.* p. 256; y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* p. 258.

⁹⁰⁴ ROLOFF, Stefanie. *§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.ci.* p. 1128.

⁹⁰⁵ Sobre la posibilidad de un control abstracto en el ámbito de las cláusulas sorpresivas véase con interés, ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* pp. 274 y 275.

⁹⁰⁶ Siguiendo el esquema planteado por el profesor rumano GABRIEL TIȚA NICOLESCU, las estipulaciones que se consideran inusuales y se encuentran enlistadas en el artículo 1203 pueden agruparse en tres grupos: ‘cláusulas redactadas a favor de la parte que estipula el contrato’, ‘cláusulas propuestas en perjuicio del adherente’ y ‘cláusulas relativas a la jurisdicción’. TIȚA NICOLESCU, Gabriel. “Contractul de adeziune si contractul incheiat cu consumatorii. Clauzele externe și clauzele neuzuale. Clauzele nescrise”, en *Revista Universul Juridic*, N° 2, 2018. p. 29.

2.4. LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS Y SU RELACIÓN CON LOS CONTROLES DE INCLUSIÓN Y DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN CONTEMPORÁNEA, ESPECIALMENTE EN EL DERECHO DEL CONSUMO

2.4.1. *El desenvolvimiento de las cláusulas sorpresivas en el ámbito del control de inclusión.*

En lo que respecta a los sistemas de regulación de la contratación sujeta a condiciones generales o contratación predispuesta, la sede en la cual, por antonomasia, se ha decidido residenciar la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas ha sido aquella concerniente al denominado ‘control de inclusión’, siendo esta la vía por la cual no solo optó originariamente el legislador alemán con la promulgación de su ley de condiciones generales (§ 3 AGB-Gesetz), y que ratificó posteriormente con la reforma de su Código Civil en el año 2002 (§ 305c BGB), sino que, adicionalmente, ha sido seguida por la gran mayoría de sistemas que le han brindado acogimiento normativo a la regla en cuestión, tal y como se podrá corroborar con el estudio de naturaleza comparada que realizaremos en su momento.

Al respecto, si bien debemos anticipar que existe algún sector que ha considerado más adecuado concebir la problemática que interioriza la sorpresa como un asunto que debe resolverse en sede del control de contenido, entrelazado así la disciplina que se desprende de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas con aquella que se predica de la regulación de las cláusulas abusivas, esta será una cuestión que analizaremos con mayor detenimiento en el capítulo subsiguiente, y, por tal motivo, nos limitaremos en este punto a dar tratamiento al estudio del papel que desempeña la mencionada regla en el ámbito del control de inclusión.

Así las cosas, siguiendo la línea trazada por nosotros podemos señalar que, en líneas muy generales, el ‘control de inclusión’, igualmente denominado como ‘control de incorporación’, ‘control general’, ‘control abstracto’, o ‘control de consentimiento’, se encuentra constituido por un conjunto de disposiciones que, estructurándose como el primer baluarte que se articula en la sistematización lógica y bipartita -aunque para otros puede ser vista como tripartita- que suele seguir el sistema de regulación de las condiciones generales, y el cual tiene como propósito determinar aquello que podrá o no llegar a formar parte del contenido contractual. De este modo, para la correcta consecución de tal finalidad, se perfila una serie de requerimientos, formulados tanto desde una proposición positiva como negativa, cuya verificación se convierte en un requisito necesario y perentorio para que las condiciones generales efectivamente puedan entrar a formar parte del contrato⁹⁰⁷ y que, de este modo, cuenten con la virtualidad para regular la relación contractual⁹⁰⁸.

Es por razón de lo anterior que, estos primeros requerimientos han solido concebirse como ‘cargas’ que gravitarán en cabeza del predisponente, ello bajo el entendido que, el cumplimiento de las mismas jugará principalmente en favor de los intereses de este último, ya

⁹⁰⁷ COCA PAYERAS, Miguel. “Artículo 10” en, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Editorial Civitas, Madrid, 1992. p. 234. GUILIARTE GUTIERREZ, Vicente. *El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia de su no incorporación op.cit.* p. 1112.

⁹⁰⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, VI, Thomson, Pamplona, 2007. p. 456.

que, de así hacerlo, las cláusulas que este ha redactado en modo individual podrán llegar a formar parte del acuerdo contractual⁹⁰⁹.

En tal sentido, lo que se pretende en este primer escenario es lograr palear, en la medida de lo posible, los efectos perjudiciales que se producen como consecuencia de una notoria situación de disparidad en el marco de la contratación predispuesta, la que, en parte se genera como consecuencia de la falta de una fase preliminar de negociación, por medio de la cual cada uno de los sujetos cuente con la posibilidad de velar por la preservación de sus intereses individuales, sin que con ello pueda considerarse que el correcto cumplimiento de estos requisitos de incorporación llegue a equipararse a la etapa de tratativas previas o preliminares que se desempeña en el marco de un contrato paritario⁹¹⁰.

De este modo, debe señalarse que, con este control inicial al someterse las condiciones generales, se introducen unos requerimientos mínimos⁹¹¹ para garantizar un grado de transparencia contractual -al menos desde una perspectiva formal-, y con los cuales, en plena concordancia con la exigencia de la buena fe, se pretende tutelar en un ‘último reducto’⁹¹² del consentimiento que es brindado por el co-contratante, permitiendo determinar así cuándo una cláusula en particular podrá llegar a contar con la virtualidad para entrar a formar parte del documento contractual sin que, en este primer escenario, tenga alguna incidencia el posible contenido que, desde una perspectiva objetiva, pueda desprenderse de la misma, pues lo que trasciende en este filtro primigenio es la determinación de cuales disposiciones logran ingresar al contenido contractual *in genere* y no la validez del contenido mismo que se desprende de cada una de ellas.

Lo anterior tiene se fundamenta bajo el entendido que, como magistralmente ha sido expuesto por parte del reconocido profesor salmantino, EUGENIO LLAMAS POMBO, “El sentido de este control es claro: proteger al potencial adherente del mero acto de predisposición en sí mismo. No se trata ya de examinar el carácter o contenido más o menos abusivo de tal o cual cláusula, sino de garantizar que el acto de predisposición contractual cumple unos mínimos requisitos que suavicen los efectos inicuos de esa imposición del clausulado contractual por una de las partes”⁹¹³.

Ahora bien, debe señalarse que este control de inclusión, integralmente concebido, se desempeña por medio de un análisis lógico-secuencial y bipartito, por manera que, en un primer escaño se encuentran los denominados ‘requisitos positivos de inclusión’ también llamados ‘requisitos formales de inclusión’, los cuales fungen como el primero de los filtros del sistema purificador de las condiciones generales, y cuya observancia suele permitir que la evaluación de la factibilidad de integración de estas últimas ascienda a un segundo -y en nuestra opinión más trascendente- peldaño, en el cual residen los apellidados ‘requisitos negativos de inclusión’,

⁹⁰⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* pp. 202 y 203

⁹¹⁰ LLODRÀ GRIMALT, Francisca. *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, *op.cit.* p. 264, y PÉREZ ESCOLAR, Marta. “Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 68, Nº 2, 2015. pp. 414 y 415.

⁹¹¹ Esta naturaleza de ‘mínimos’ de los requisitos de inclusión puede verificarse en la redacción del artículo 37 del Estatuto del consumidor colombiano (Ley 1480 del 2011) el cual determina que “Las Condiciones Negociales Generales y de los contratos de adhesión deberán cumplir *como mínimo los siguientes requisitos (...)*” (se destaca).

⁹¹² PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, *op.cit.* p. 361.

⁹¹³ LLAMAS PÓMBO, Eugenio. “Art. 10 bis.”, en *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios: comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, La Ley, Madrid, 2005. p. 284.

los cuales han sido reconocidos como ‘la sede natural’ de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas⁹¹⁴, lo que, entre otras razones, encuentra fundamento en el hecho que aquel haya sido el recinto conceptual por el cual decidió optar el legislador alemán para encunar la regla en cuestión en sus albores legislativos⁹¹⁵.

Este segundo filtro se instituye como un requerimiento negativo por cuanto representa una desincorporación o un exilio del contrato para todas aquellas cláusulas que, aun habiendo cumplido a cabalidad con las condicionantes que componen los requisitos positivos de inclusión, cuenten con una naturaleza sorpresiva. Por tal motivo, siguiendo el esquema lógico y escalonado que venimos reseñando, se ha solido concebir que, en orden a que pueda entrarse a evaluar el efecto sorpresa de una estipulación contractual en particular, en línea de principio general, se requerirá que primero se hayan superado correctamente los requisitos del primer filtro de inclusión, esto es, el cumplimiento de las exigencias positivas antes mencionadas⁹¹⁶. Sin embargo, se ha llegado a considerar que tal interpretación no puede fungir como una especie de ‘camisa de fuerza’ que le impidan la posibilidad al juzgador de entrar a evaluar la naturaleza sorpresiva de una estipulación sin haber estudiado la inclusión formal de la misma, siendo esta una visión que consideramos que resulta acertada⁹¹⁷.

Al margen de lo anteriormente señalado, aquello que se torna verdaderamente revelador en este punto, y que, por lo tanto, debe ser tenido en especial consideración, es que, incluso cuando una cláusula, desde una perspectiva formal, pueda reputarse como transparente, ello no es óbice para negar su evaluación como sorpresiva, ello bajo el entendido que, el juicio respecto a la

⁹¹⁴ En palabras del profesor VICENTE GUILIARTE GUTIÉRREZ los presupuestos negativos de inclusión representan la “sede natural de tratamiento de las estipulaciones sorprendentes (...)”. GUILIARTE GUTIÉRREZ, Vicente. *El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia de su no incorporación...*, op.cit. p. 1129. Al respecto, LLODRÀ GRIMALT explica que: “En el estudio de los contratos celebrados bajo cgc [Condiciones Generales de la Contratación] se han señalado siempre, como mecanismo de control de incorporación, dos clases de requisitos; los positivos, cifrados en la *cognoscibilidad objetiva* (...) y los negativos, o la necesidad de la inexistencia e las llamadas *cláusulas sorprendetes*”. LLODRÀ GRIMALT, Francisca. *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, op.cit. p. 322.

⁹¹⁵ Al respecto, los profesores PETER ULMER y CARSTEN SCHÄFER señalan que el principio consistente en la prohibición de las cláusulas sorpresivas consagrado en el artículo 305c del Código Civil alemán se diferencia de la regla de prevalencia que se encuentra consignada en el artículo 305b, bajo el entendido que el primero no se limita a establecer un mero principio de interpretación, sino que consagra un verdadero requisito negativo de inclusión ULMER, Peter, & SCHÄFER. *§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 300. En un mismo sentido véase LINDACHER, Walter F. *§ 3 Überraschende Klauseln*, op.cit. p. 125.

⁹¹⁶ BASEDOW, Jürgen. *§ Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, op.cit. pp. 1194 y 1195. Sobre el particular, el profesor PETER ULMER señala que la aplicación de la regla de las cláusulas sorpresivas de la § 305c BGB se encuentra ‘funcionalmente y sistemáticamente’ coligada a los requerimientos de inclusión formal que determina el párrafo 2 de la § 305, y solo tendrá aplicación cuando estos últimos se hayan verificado, ya que los mismos se tornan necesarios para entender incorporadas las condiciones generales al contrato. ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. “§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln” en *AGB-Recht: Kommentar*, Ottoschmidt, Köln, 2016. p. 300, en el mismo sentido véase SCHLOSSER, Peter. *§ 3 Überraschende Klausel*, op.cit. p. 123. Conuerdan con esta esta postura los profesores españoles ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 251, y PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas...*, op.cit. pp. 454 y 455.

⁹¹⁷ Al respecto, los profesores alemanes WALTER F. LINDACHER y HORTS LOCHER, consideran que la disposición prohibitiva de las cláusulas sorpresivas representa un complemento de los requisitos positivos de inclusión de la antigua § 2 de la Ley de condiciones generales (AGB-Gesetz), hoy 305 (2) del Código Civil (BGB), que contempla las condiciones formales de inclusión. LINDACHER, Walter F. *§ 3 Überraschende Klauseln*, op.cit. p. 50, y LOCHER, Horts. *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, op.cit p. 50.

sopresividad atiende a aspectos sustanciales y subjetivos (expectativas razonables) y no meramente formales u objetivos⁹¹⁸.

De este modo, puede evidenciarse que, el papel que desempeña la regla de proscripción de las cláusulas sorprendivas sobrepasa el espectro de los requisitos positivos de inclusión, pues aquella no se limita a asegurar que las condiciones generales se encuentren redactadas y presentadas de en un modo que permita que el co-contratante cuente con una posibilidad de conocer el contenido de las diferentes estipulaciones al momento de celebrar el acuerdo negocial, o que le permitan dimensionar su posición contractual en modo tal de poder orientar su conducta en caso que acaezcan vicisitudes en relación al contrato con posterioridad a su perfeccionamiento⁹¹⁹, sino que va mucho más allá, propendiendo por asegurar de forma real - y no meramente formal- un mínimo vestigio del consentimiento contractual, al garantizar que aquello a lo que ha asentido el co-contratante no se alejará de lo que este razonable y legítimamente pudo esperar, de manera que, este último no pueda llegar verse injustamente sorprendido, y que su voluntad sea coartada.

En este sentido, no se equivoca el egregio profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ, al poner de manifiesto que, si bien las cláusulas sorprendivas “Desde la perspectiva de una concepción muy formal, incluso ficticia, de la autonomía privada, parece claro que sobran (...)”, pudiéndose pensar que bastará con los requerimientos positivos de inclusión para garantizar un grado mínimo de consentimiento que logre legitimar la contratación predispuesta, llegándose así a afirmar que “no hay sorpresa relevante jurídicamente (...) si el adherente pudo conocer las condiciones generales y las aceptó”, un planteamiento en tal sentido, tal y como pone de presente el ilustre profesor español, “*debería ser superado*, porque fomenta el oportunismo contractual y otorga ventaja en el mercado a quienes utilicen peores condiciones generales”, dándole cierre a su impecable argumento al concluir, con gran criterio, que “Las condiciones generales sorprendentes son las que mejor explican la necesidad de control específico (...)”⁹²⁰.

Así las cosas, puede evidenciarse que, la proscripción de las cláusulas sorprendivas supone un fehaciente y sustancial ‘endurecimiento’ de los requisitos de inclusión, lo que implica una asignación de una carga más gravosa para el predisponente, pues para que los clausulados que aquel haya redactado logren hacer parte del contrato, de conformidad con este segundo filtro, deberán ceñirse a lo que razonablemente podría esperarse al celebrar el contrato, lo que implica que todas aquellas estipulaciones cuya inclusión pueda resultar sumamente inusual o inesperada para una persona razonable puesta en la situación particular del co-contratante, deberán ser comunicadas en un modo especialmente claro, transparente y comprensible, en modo tal que, al ser conocidas efectivamente por el co-contratante, este no pueda llegar a alegar

⁹¹⁸ LOCHER, Horts. *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, op.cit. p. 50. En opinión de los profesores INGBORG SCHWENZER, HACHEM PASCAL y KEE HACHEM, “It is unanimously held that although the other requirements for incorporation may be fulfilled, surprising clauses do not become part of the contract”. SCHWENZER, Ingeborg, PASCAL, Hachem & KEE, Christopher. *Global sales and contract law*, Oxford University Press, 2012. p. 170.

⁹¹⁹ En opinión de ALFARO ÁGUILA-REAL “El adherente ostenta un interés digno de protección en conocer las condiciones generales detalladamente en el momento en que se produzca el hecho que regulan. Y tal conocimiento sí que está garantizado (no sólo formalmente sino) realmente por los requisitos de inclusión (...)”. En un sentido similar véase MIQUEL GONZÁLEZ, José María. “Reflexiones sobre las condiciones generales”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T IV, Civitas, Madrid, 1996. p. 4949.

⁹²⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, José María. “Artículo 8. Nulidad”, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002. pp. 471 y 472.

posteriormente que se habría visto sorprendido en razón de la incorporación de aquellas disposiciones⁹²¹.

Desde esta perspectiva, la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas sistemáticamente y funcionalmente se erige como el mecanismo de cierre del modelo bipartito del primer control del sistema de evaluación de las condiciones generales⁹²², erigiéndose así como el último baluarte erigido para conservar, tal como lo mencionamos, un cierto vestigio de la contractualidad, es decir, de procurar una legítima defensa por la protección de un auténtico, aunque delimitado, consentimiento del co-contratante, razón por la cual, en nuestra opinión, la regla en cuestión representa uno de los elementos más importantes y representativos del control de inclusión -integralmente concebido-⁹²³.

No obstante lo anterior, debemos señalar que, incluso con la integración de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, no podemos afiliarnos completamente a una visión ‘contractualista’ pura, puesto que, tal como hemos venido señalando, con la aplicación del sistema binario de control de inclusión únicamente puede asegurarse un mínimo de contractualidad, en procura de instaurar un urgido equilibrio negocial para permitir el funcionamiento natural del mercado, el cual, sin embargo, no logra, en lo absoluto, equipararse a un consentimiento contractual en sentido estricto. Sin embargo, lo anterior tampoco implica que comulguemos por completo con la visión ‘declarativista’ la cual le asigna una simple función de publicidad a este primer control, ya que, en nuestra opinión, ello únicamente puede predicarse de los requisitos positivos y formales, pero no de los negativos los cuales proscriben todas aquellas estipulaciones que puedan engendrar una indeseable sorpresa del co-contratante, y que, por lo tanto, logran garantizar un consentimiento, así sea de un grado menor o reducido.

Así las cosas, fundamentándonos en lo señalado en precedencia, consideramos acertada la postura del distinguido profesor de la Universidad de Córdoba, JAVIER PAGADOR LÓPEZ, quien considera que, la finalidad pretendida por el susodicho control de inclusión -el cual creemos que debe ser entendido en modo integral, es decir, incorporando tanto el primer filtro formal como el segundo sustancial- es la de “garantizar la existencia de un consentimiento negocial degradado o de segundo grado por parte del cliente, admisible a la vista del contenido regulador típicamente secundario o accesorio de las condiciones generales”⁹²⁴, esto es, la de asegurar “la existencia de un mínimo o último reducto de *contractualidad*”⁹²⁵.

⁹²¹ En este sentido, ha sido claro el profesor ALFARO ÁGUILA-REAL, quien sobre el particular ha indicado: “Pues bien, suele afirmarse que la regla de las cláusulas sorprendentes supone un endurecimiento de los requisitos de inclusión respecto a determinadas cláusulas porque este tipo de cláusulas sólo pueden quedar incluidas en el contrato cuando el predisponente ha garantizado su conocimiento por el adherente, esto es, cuando le ha hecho una referencia expresa y concreta a la cláusula en cuestión”. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 252.

⁹²² COCA PAYERAS, Miguel. *Artículo 10*, op.cit. p. 238, y BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la voluntad*, op.cit. p. 266.

⁹²³ En opinión de GUILIARTE GUTIÉRREZ, “la principal especificidad del llamado control de inclusión sería, precisamente, la expresa proscripción de las estipulaciones sorprendentes (...)”. GUILIARTE GUTIÉRREZ, Vicente. *El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia de su no incorporación...*, op.cit. p. 1130.

⁹²⁴ PAGADOR LÓPEZ, Javier. “Requisitos de inclusión o incorporación de las condiciones generales y consecuencias negocials”, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000. p. 266.

⁹²⁵ PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, op.cit. p. 361. Una visión similar parece ser acogida por MIQUEL GONZÁLEZ, pues, a pesar de afiliarse con la denominada corriente ‘declarativista’, el mencionado profesor español ha llegado a afirmar que: “En último extremo puede concederse que las reglas de inclusión traten también de apoyar en el consentimiento del adherente

2.4.2. *La relación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas y el control o filtro de transparencia.*

Si bien tradicionalmente el concepto de transparencia (formal) ha solido ser reconducido en sede del control de inclusión, como se señaló precedentemente, es necesario indicar que, en los últimos lustros, particularmente en el ámbito del Derecho europeo de contratos, tal y como pudimos anticiparlo (capítulo II), como fruto de un proceso evolutivo que ha venido evidenciado, se ha dado lugar al sobredimensionamiento del mismo, el cual ha terminado por atribuirle una morfología binaria que le ha permitido continuar desempeñándose en sede de los tradicionales mecanismos de naturaleza formal, es decir, en el campo relativo al control positivo de inclusión (transparencia formal), pero que, igualmente, se llegue a proyectar en los fondos en los cuales se parametriza la validez abstracta y sustancial del contenido contractual (transparencia material), lo cual ha puesto en evidencia la existencia de una estrecha vinculación conceptual entre esta nueva dimensión material de la transparencia con la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, siendo este el motivo que justifica que le brindemos un tratamiento especial a la materia.

Así las cosas, se ha llegado a considerar que, a la luz de este redimensionamiento del concepto de la transparencia en el marco contractual, se ha dado paso a la configuración de un nuevo parámetro para medir la legitimidad de las condiciones generales de la contratación, incorporándose así como un criterio autónomo y diferenciado que se articula dentro de la secuencia lógica que tradicionalmente se ha estructurado para el control de este tipo de estipulaciones contractuales, de la mano de los más conocidos, y de suyo reconocidos, controles de inclusión y de contenido, pareciendo situarse justo en el medio de los lindes que dividen a estos últimos, lo que ha permitido que algunos lo consideren como una suerte de ‘tercer control’ o *tertium genus*⁹²⁶. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que, esta ha sido una cuestión que no ha resultado en lo absoluto pacífica, pues hay quienes consideran que no es posible brindarle un tratamiento plenamente autónomo e independiente, llegando a representarlo como un ‘control espurio’⁹²⁷ o inexistente, razón por la cual entienden que resulta más adecuado, a su turno que conveniente, residenciar el peso conceptual de esta nueva proyección de la transparencia, *in toto*, en el marco de uno de los dos tradicionales controles de las condiciones generales de la contratación, esto es, en el control de inclusión o en el de contenido.

Ahora bien, al margen de álgida discusión, en la cual no pretendemos enfrascarnos, podemos señalar que, desde una perspectiva teórica, la naturaleza bifronte de la transparencia

su vinculación a las condiciones generales, pero es evidente que ese consentimiento es sólo un consentimiento *per relationem*, muy diverso del que recae sobre una regla contractual creada conjuntamente por ambas partes o del consentimiento contractual en los contratos regidos por una regla contractual dispositiva”. MIQUEL GONZÁLEZ, José María. *Reflexiones sobre las condiciones generales*, *op.cit.* p. 494.

⁹²⁶ YAMASAKI, Isabel Domínguez. “La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 9, 2017. p. 408, En un sentido similar, en lo que respecta a la temática relativa al formalismo o ‘neoformalismo’, el profesor italiano EUGENIO FAZIO ya habría identificado la transparencia como un *tertium genus* en relación con la forma, considerando que esta última se articula de la mano a la tradicional fórmula dicotómica que se estructura entre forma *ad substantiam* y *ad probationem*. FAZIO, Eugenio. *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Giuffrè Editore, Milano, 2011. 95.

⁹²⁷ CARRASCO PERERA, Ángel. “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”, en *Revista Ceca de Derecho de Consumo*, N° 7, 2013. pp. 165 y ss.

contractual se materializa, de un lado, bajo su cosmovisión más tradicional y de suyo formal a través de la integración de exigencias enderezadas a garantizar la perceptibilidad y la cognosibilidad de las estipulaciones contractuales a la luz del cumplimiento de estándares de sencillez, claridad y comprensibilidad, mientras que, del otro lado, se instituye como un requisito de naturaleza sustancial o material, el cual la enmarca en el propósito de asegurar una comprensibilidad real, y no meramente formal, del contenido económico y prestacional global que se desprende del contrato que se está por celebrar. Así pues, lo que se pretende con este segundo filtro es permitir que el adherente, al momento de celebrar el acuerdo contractual, cuente con una posibilidad real y efectiva de comprender e interiorizar las consecuencias, tanto jurídicas como económicas, que regirán la relación comercial⁹²⁸, lo cual, por lo demás, visto desde una perspectiva macroeconómica, terminará por favorecer un mejor funcionamiento del mercado en clave de una correcta competencia⁹²⁹.

De este modo, *prima facie*, logra avizorarse que este segundo escaño de la transparencia contractual sobrepasa la exigencia de una clara y abstracta posibilidad que permita conocer la existencia de los clausulados contractuales que entrarán a regir la relación, y se concretiza en asegurar una posibilidad real para que el adherente pueda comprender y aprehender, en modo adecuado, la carga económica y prestacional que implica el acuerdo contractual⁹³⁰. Así pues, la transparencia se proyecta en el plano sustancial a través de la integración de una exigencia que gravitará en cabeza del predisponente la cual lleva a que este último deba ‘presentar lealmente’ las cláusulas contractuales⁹³¹, lo que implica que deberá estipular y exponer el documento contractual de la manera más clara y adamantina que razonablemente resulte posible, siguiendo los estrictos lineamientos que se desprenden de la buena fe, lo que implica que, no bastará con una simple redacción comprensible de la cláusula, sino que, en

⁹²⁸ En tal oportunidad, el Tribunal Supremo español podría de manifiesto que “por lo que se refiere a una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras”. Tribunal Supremo Español, sentencia del 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18.

⁹²⁹ Para un estudio más profundo en relación al papel que desempeña la transparencia contractual en el mercado, véase con particular interés, RIEM, Fabrice. *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, L’Harmattan, 2002. pp. 83 y ss. Así mismo, en relación con este particular, en el marco del Derecho italiano, el agudo profesor de la Universidad de Perugia, GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ha puesto de presente que el denominado ‘neoformalismo’, entendido este último como un fenómeno jurídico en el cual se decanta -entre otras más- la exigencia de transparencia a nivel comercial, más allá de representar un instrumento de protección de la parte débil de la relación contractual, interioriza una finalidad, la cual concibe que puede ser entendida como “principal respecto de la primera”, y al cual consiste en la imposición de requisitos enderezados a garantizar la claridad del documento contractual con el propósito de “disciplinare in maniera equilibrata il mercato premiando l’operatore commerciale che, nel rapporto qualità-prezzo, garantisca il miglior servizio o bene”. DE MARINIS, Giovanni Berti. *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013. pp. 174 y 175.

⁹³⁰ MORELATO, Elisa. *Nuovi requisiti di forma nel contratto*, *op.cit.* p. 111.

⁹³¹ PICOD, Yves & PICOD, Nathalie. *Droit de la consommation*, Sirey, Paris, 2021. p. 226. Una muestra fehaciente de la estrecha vinculación que actualmente se corrobora entre el concepto de la transparencia y la visión sustancial de justicia y lealtad contractual, puede ser hallada en las palabras del afamado profesor italiano GUIDO ALPA, quien recientemente aseveró que: “Un contratto giusto è anche un contratto trasparente”. ALPA, Guido. *Il contratto in generale: principio e problemi*, Giuffrè, Milano, 2021. p. 330.

adición, se requerirá que dicha estipulación logre revelar, de manera más clara e inteligible, las desventajas y las cargas de naturaleza económica que se derivan del acuerdo para que así el adherente pueda contar la posibilidad real de contratar teniendo la mayor certeza (*Bestimmtheitsgebot*) sobre las condiciones, tanto de aquellas beneficiosas como de las que resultan desfavorables, que se desprenden del acuerdo contractual⁹³².

Desde esta perspectiva, como consecuencia de su moderna reformulación, la transparencia, en ciertas circunstancias, particularmente en el caso de contratos que se caracterizan por interiorizar una notoria dificultad, tal como acótese en el caso de los contratos financieros, se concatena no solo con un simple deber de información sino se extiende a la imposición de un deber que implica ‘asistencia’ o ‘consejo’, ello en procura de asegurar que la parte débil logre interiorizar realmente del contenido que se incorpora en el documento contractual, incluso cuando este se identifique con un área que se caracteriza por una particular complejidad⁹³³, siendo este un mecanismo efectivo para limitar la posibilidad que puedan filtrarse a la relación contractual indeseadas sorpresas.

Siguiendo esta línea argumentativa, no parece difícil concebir que la inserción en el documento contractual de clausulados que cuentan con virtualidad sorpresiva podrá contrariar igualmente la esencia de la exigencia de la transparencia desde su cosmovisión sustancial⁹³⁴, lo cual permite anticipar que la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas se encuentra estrechamente concatenada con los nuevos derroteros por los que se ha abierto paso la transparencia contractual en la actualidad. De hecho, puede comprobarse que, en un gran número de oportunidades en las cuales se han llegado a trazar los confines de este segundo filtro de transparencia, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se han solido esgrimir argumentos atinentes a la ‘alteración subrepticia del equilibrio subjetivo’, la ‘frustración de las expectativas’, o, inclusive, a la ‘inclusión sorpresiva’ de la cláusula cuya legitimidad se discute⁹³⁵.

Por tal motivo, no le falta razón al analítico y perspicaz profesor de la Universidad de Córdoba, LUIS MARÍA MIRANDA, al señalar que, al ser miradas bien las cosas, en realidad con este nuevo y cualificado filtro de transparencia, el cual ha se forjado principalmente en los recintos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo español, “lo que se persigue no es básicamente sino evitar que en los clausulados predispuestos los

⁹³² WURMNEST, Wolfgang. "Inhaltskontrolle" en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H. Beck, München, 2016. pp. 1264; y ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* pp. 1264 y 1265; y FUCHS, Andreas. § 307 *Inhaltskontrolle*, p. 755.

⁹³³ Sobre la intersección entre transparencia y el deber de asistencia o consejo, véase con interés el reciente escrito de la analítica profesora de la *Univercità di Firenze*, SARA LANDINI: “Trasparenza e contratto di assicurazione in Italia e in Europa”, en *Retos y desafíos del contrato de seguro del necesario "aggiornamento" a la metamorfosis del contrato*, Thomson Reuters-Civitas, 2020. pp. 550 y ss.

⁹³⁴ RIZZO, Vito. *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, *op.cit.* p. 10. En un sentido similar, el profesor de la Universidad de Cagliari, CORRADO CHESSA, ha manifestado que “L’obbligo di chiarezza e comprensibilità trova violazione nel caso di clausole incluse ‘a sorpresa’ dal professionista”. CHESSA, Corrado. *La trattativa nella disciplina delle clausole abusive*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001. p. 61.

⁹³⁵ Así lo ha puesto de presente la profesora de la Universidad Autónoma de Madrid, NIEVES FENYO PICÓN, con ocasión de un estudio sumamente detallado sobre el desarrollo que ha tenido, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, el desarrollo del control de transparencia en el ámbito del Derecho español. FENYO PICÓN, Nieves. *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*, *op.cit.* pp. 1035 y 1036.

predisponentes hagan uso de las llamadas *cláusulas sorprendentes*, también denominadas *insólitas, inesperadas, furtivas o sorpresivas (...)*⁹³⁶.

Al respecto, cabe resaltar que, por medio de un pronunciamiento proferido el 18 de enero de 2017, fue el mismo Tribunal Supremo español el que puso en evidencia que el denominado ‘segundo filtro de transparencia’, en realidad, bebe de las aguas conceptuales en las cuales fluye la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, al manifestar abiertamente que, “Con la limitación que conlleva el control sobre el precio (interés remuneratorio), en el supuesto específico de la denominada cláusula suelo, el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general. *Entronca este criterio con la regla de las «cláusulas sorprendentes»* (desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro), *conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente*” (se destaca)⁹³⁷, siendo esta una visión que sería reiterada por parte del mismo tribunal en una reciente sentencia fechada el 1 de julio de 2020⁹³⁸.

En efecto, es tal la concomitancia que se predica de ambas figuras que, uno de los más grandes conocedores en relación con la temática relativa a las condiciones generales de la contratación, a nivel internacional, como lo es el distinguido profesor de la Universidad de Madrid, JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, ha llegado a afirmar que “las cláusulas sorprendentes y las intransparentes referidas a los elementos esenciales del contrato son hermanas gemelas muy difíciles de distinguir en la práctica”⁹³⁹.

Ha sido en razón de lo anteriormente expuesto que, esta nueva proyección de la transparencia a nivel contractual ha permitido que en determinadas geografías, y aun en ausencia de una norma que expresamente legitime la proscripción de una cláusula en razón de su carácter inesperado, se esté dando lugar a lo que podría denominarse como ‘un control oculto de la sorpresividad’⁹⁴⁰, ya que, empleado la égida de la transparencia, se ha llegado a dar lugar a la expulsión de clausulados en razón de su carácter sorpresivo, lo que ha generado como consecuencia que en tales latitudes la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, en últimas, paulatinamente se haya viniendo reconduciendo a los amplios campos conceptuales de este denominado ‘segundo filtro de transparencia’⁹⁴¹.

⁹³⁶ MIRANDA, Luis María. *El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria, op.cit.* pp. 14 y 15.

⁹³⁷ Tribunal Supremo español, sentencia STS 30/2017, del 18 de enero de 2017.

⁹³⁸ Tribunal Supremo español, sentencia STS 391/2020, del 1 de julio de 2020.

⁹³⁹ Citado en, MIRANDA, Luis María. *El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria, op.cit.* p. 15.

⁹⁴⁰ Así ha sido manifestado por parte de la acreditada profesora de la Universidad de la Sapienza, MICHAELLA GIORGIANI, la que, al entrar a analizar la temática relativa al papel que desempeña la transparencia en el ámbito del ordenamiento jurídico alemán, afirmaría que “Il controllo sulla trasparenza sulla base del § 9 non sarebbe stato allora altro che un «controllo nascosto sulla sorpresa»”. GIORGIANNI, Michaela. *Principi generali sui contratti e tutela del consumatori in Italia e in Germania*, Giuffrè Editore, Milano, 2009. p. 218.

⁹⁴¹ Ya en su momento el profesor español VICENTE GUILARTE, a pesar de mostrarse contrario a la falta de integración legislativa de la regla de las cláusulas sorpresivas por parte del ordenamiento español, habría afirmado que, sería razón del silencio que se guardó en relación con este tipo de clausulados que la cuestión “ha de resolverse conforme a principios generales del CC, no fáciles de concretar salvo la buena fe y *quizás reconducibles a la idea de transparencia*”, (se destaca) . GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente. *El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia de su no incorporación (Crónica de*

Al respecto, debemos señalar preliminarmente que, si bien esta forma de proceder resulta meritoria de una evaluación positiva, y de un especial reconocimiento, ya que con ello se está permitiendo que la transparencia se sume a las herramientas jurídicas que permiten el ingreso de la lucha contra la sorpresividad en el ámbito de aquellos ordenamientos los cuales no cuentan con una norma que explícitamente así lo autorice, lo cual solo podrá favorecer la justicia a nivel contractual, en nuestra opinión, resultaría aún más conveniente, que, teniendo en cuenta su autonomía y especificidad, se diese cabida a una integración independiente de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas.

En este sentido, por nuestra parte, consideramos respetuosamente que no resulta del todo apropiado ni conveniente que se decante por entero, y sin mayores cometarios o reflexiones, el espectro de la lucha contra las cláusulas sorpresivas en las ánforas de la transparencia, pues a pesar que entre esta última figura y aquella de las cláusulas sorpresivas se puede predicar una suerte de relación fraternal, y que, por tal virtud, pueda concluirse que comparten un mismo ADN, lo cierto es que, conviene que las mismas sean diferenciadas, debiendo reconocérsele su propia autonomía, tanto a nivel conceptual como funcional, pues nos encontramos ante esfinges conceptuales que poseen connotaciones propias, y no ante compuestos que, a través de una suerte de proceso alquímico, puedan terminar por amalgamarse en una única sustancia impidiendo que pueda llegar a distinguirse los perfiles y caracteres que se predicen de uno u otro.

En este sentido se ha pronunciado el renombrado profesor de la Universidad de Heidelberg, MARKUS STOFFELS, quien ha manifestado que, en su opinión “el control de sorpresividad debería seguir teniendo su propio ámbito de aplicación, y no debería ser trasladado en modo apresurado a la § 307” del Código Civil alemán (BGB), es decir, al ámbito del control de contenido fundamentado en motivos de intransparencia⁹⁴².

Así las cosas, en razón de lo anteriormente expuesto, consideramos que si bien resulta imperativo reconocer los innegables vasos comunicantes que concatenan a ambas figuras, en modo tal que pueda entenderse que la verificación de una cláusula que incorpore un indecoroso elemento sorpresivo usualmente implicará a su turno la vulneración de la transparencia a nivel contractual, pues no cabe duda que el rechazo a la sorpresivita se perfila como una de las manifestaciones o propósitos que se engloban este último postulado⁹⁴³, la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas suele relacionarse más con cuestiones y consideraciones de naturaleza subjetiva que atienden a las circunstancias particulares que acontecieron e individualizaron cada caso en particular, ya que, la problemática atinente a la sorpresa, en general, se encuentra estrechamente vinculada con el fuero interno del sujeto en particular que la padece -sin perjuicio que, para que dicha sorpresa pueda llegar a tener efectos jurídicos, deberá valorarse a partir de criterios objetivos-, mientras que, los defectos de transparencia, *stricto sensu*, parecieran vincularse con aspectos que se evalúan desde una perspectiva más objetivada, y que suele interiorizar un propósito tutelar supraindividual que

lo incomprensible), *op.cit.* p. 1129. En un sentido similar, LLODRÀ GRIMALT, Francisca. *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, *op.cit.* p. 327.

⁹⁴² Traducción libre. STOFFELS, Markus. *Der Schutz vor überraschenden Vertragsbestimmungen*, *op.cit.* p. 163.

⁹⁴³ LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. *§ Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* p. 187; ROLOFF, Stefanie. *§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 1127; y BASEDOW, Jürgen. *§ Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* p. 1194; ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. *§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 303.

se proyecta con miras a asegurar el correcto funcionamiento del mercado desde una perspectiva abstracta y generalizada⁹⁴⁴.

En atención de lo anteriormente expuesto, podría acontecer que un determinado clausulado pueda llegar a ser concebido como transparente desde una perspectiva sustancial, *in abstracto*, resulte pueda resultar sorpresivo para un contratante *in concreto*, pero que, en razón de las específicas circunstancias en las que se desarrolló la relación comercial en particular, pues por regla general ambas deficiencias (intransparencia y sorpresividad) suelen ir de la mano.

Por su parte, debe tenerse igualmente en consideración que, la entidad de la transparencia, global e integralmente concebida, no podrá llegar a subsumirse únicamente en la idea del rechazo a lo sorpresivo, pues podrán existir estipulaciones contractuales que, pese a no resultar sorpresivas en un caso en particular, objetiva y abstractamente resultan intransparentes⁹⁴⁵, lo cual se explica por el hecho que, bien entendidas las cosas, la sorpresividad representa en realidad un problema jurídico que puede solucionarse a través de la implementación de exigencias o parámetros que, tal y como acótese con la transparencia, se erigen como verdaderos baluartes que impiden que la sorpresa asedie o irrumpa en el recinto contractual, por manera que, no debe confundirse entre un ideal que eleva el ordenamiento jurídico, y uno de los defectos o anomalías que pueden llegar a afectarlo.

Así mismo, cabe poner de presente que, uno de los motivos por los cuales resulta conviene distinguir la regla de las cláusulas sorpresivas con la moderna concepción sustancial o material de la transparencia que se ha moldeado, se debe a que esta última ha solido circunscribirse al ámbito relativo a las estipulaciones que integran los elementos esenciales del acuerdo comercial, dejando por fuera de su margen aplicativo en el caso de todos aquellos clausulados que se encargan de regular los elementos secundarios o accesorios, siendo algo que, por el contrario, tal y como lo manifestamos precedentemente, no acontece con primera, la cual podrá tener aplicación con independencia del carácter o connotación que revista la cláusula que se torna sorpresiva⁹⁴⁶.

3. IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN DE LAS EXPECTATIVAS RAZONABLES Y LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS.

Teniendo en plena consideración que, al ser el elemento o factor sorpresa, tal y como lo hemos reseñado, la piedra angular sobre la cual se erige la entra estructura dogmática y conceptual que compone la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, no puede haber duda alguna que la cuestión atinente a las concretas expectativas que legitima y razonablemente un sujeto pudo haber llegado a albergar al momento de contratar, revestirá un carácter de especial

⁹⁴⁴ En este sentido véase con interés, FUCHS, Andreas. § 307 *Inhaltskontrolle*, *op.cit.* p. 554.

⁹⁴⁵ Al respecto, véase con provecho, GOTTSCHALK, Eckart. “Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen”, en *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 206, 2006. pp. 573 y 574. Por su parte, el profesor de la Universidad de Hamburgo, JOHANNES KÖNDGEN. ya para finales del siglo pasado, habría manifestado que, si bien no puede negarse que la regla de las cláusulas sorpresivas fomentarán, al menos en un modo indirecto, la transparencia contractual pues con ella se incentiva al predisponente a llamar la atención sobre determinadas cláusulas que podrían no corresponder con las expectativas de los co-contratantes, pone de presente que, en su opinión, no puede llegarse a concluir que el principio de transparencia no puede ir más allá de los confines de dicha regla. KÖNDGEN, Johannes. *Grund und Grenzen des Transparenz-gebot im AGB-Rect*, *op.cit.* p. 949.

⁹⁴⁶ Sobre el particular nos remitimos al estudio realizado en el numeral 2.1.1.2.

importancia y trascendencia para efectos de dar lugar a la aplicación de la regla en cuestión. Ello bajo el entendido que, la ilegítima vulneración de este tipo de representaciones que se genera como consecuencia de la introducción de un clausulado que, de forma inesperada amén que imprevista, irrumpe negativamente en la relación negocial, ha sido precisamente el elemento detonante o configurador que, por antonomasia, se ha considerado que podrá dar lugar a la configuración del susodicho factor sorpresivo.

En efecto, es tan elevado el grado de relevancia que ostentan la determinación de aquello que el co-contratante hubiese podido razonablemente llegar a esperar (expectativas) en la esfera de la etapa concerniente a la celebración del acuerdo negocial que, tal y como ha sido correctamente evidenciado por parte de la doctrina, la pregunta que deberá formularse el intérprete o juzgador al momento de entrar a evaluar si un determinado clausulado deberá considerarse como sorpresivo, podría llegar a resumirse en los siguientes términos: ¿podría un contratante medio, perteneciente al mismo círculo social o profesional en el que se encuentra el co-contratante en cuestión, y teniendo en consideración todas las circunstancias relevantes y particulares que concurrieron en el caso objeto de estudio, razonable llegar a esperar que tal estipulación formaría parte del contrato celebrado?⁹⁴⁷.

Así las cosas, para entrar a dar tratamiento al estudio de la proyección de las expectativas razonables en sede del control de sorpresividad, resulta imperioso poner de presente en un primer término que, no cualquier tipo de representación, creencia o esperanza contará con una entidad suficiente como para lograr trascender al plano jurídico y, por tal virtud, gozar de una virtualidad suficiente para llegar a configurarse como un elemento merecedor de especial tutela amén que de una digna y legítima protección.

En tal sentido, debemos indicar que lo se busca con la regla de las cláusulas sorpresivas es llegar a ofrendar una protección frente a auténticas y fundadas expectativas que se encuentran cimentadas en una base objetivada, y no a simples deseos o llanas aspiraciones que son fruto único de procesos fantasiosos o del simple optimismo, los cuales, a pesar de poder llegar resultar razonables, escapan del ámbito tuitivo que brinda el Derecho⁹⁴⁸. Piénsese en el caso de quien invierte una cuantiosa suma de dinero en el sector bursátil con la firme convicción de poder obtener una sustanciosa ganancia y lo hace siguiendo un acucioso y pormenorizado

⁹⁴⁷ Así, aunque con ciertos matices, ha sido señalado por MIRANDA SERRANO, Luis María. *El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria*, op.cit. p. 20.

⁹⁴⁸ En relación con el particular, el profesor de la Universidad de Brooklyn, BAILEY H. KUKLIN, insiste en que las expectativas razonables necesariamente deben distinguirse de ‘inclinaciones conativas’ como lo son el deseo, la esperanza, y el querer, KUKLIN, Bailey. H. “The plausibility of legally protecting reasonable expectations”, en *Valparaiso University Law Review*, Vol 32, N° 1, 1997. pp. 22 y 30. Siguiendo la misma línea, el doctrinante español, BALLESTEROS GARRIDO, ha sido enfático al indicar que: “Obviamente, estas expectativas tampoco pueden identificarse con cualquier tipo de esperanzas que el adherente se forme respecto a las ventajas que el contrato suscrito vaya a proporcionarle sin base objetiva alguna, fruto exclusivo de su ingenuidad, optimismo, fantasía o de la falta de diligencia o de atención en la comprensión de unos términos contractuales claros y equitativos”. BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, op.cit. p. 178. De igual forma, el profesor ROGER C. HENDERSON insiste sobre la necesidad de una base objetiva para que pueda darse lugar a la tutela de las expectativas, y, basándose en el estudio del profesor KEETON, afirma que, “not every expectation will be honored, but only those that are judged to be reasonable by some objective standard”. HENDERSON, Roger C. “The doctrine of reasonable expectations in insurance law after two decades”, en *Ohio State Law Journal*, Vol 51, 1990. p. 839. Por su parte, en el ámbito particular relativo a las cláusulas sorpresivas, el profesor PERTÍÑEZ señala que las expectativas serán vinculantes cuando resulten legítimas y no cuando constituyan “meras representaciones mentales de una de las partes”. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Los contratos de adhesión*, op.cit. p. 1642.

estudio del mercado que, razonablemente, le permitía considerar que aquella sería una inversión rentable, cuando en realidad terminaría por generar considerables pérdidas. En supuestos como este nos encontramos ante representaciones que cuentan con un respaldo desde una perspectiva probabilística pero no propiamente jurídica⁹⁴⁹.

En tal sentido, cabe señalar que, con la aplicación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas no se pretende otorgar una irrestricta e indiscriminada protección ante todo tipo de sorpresa, por más que la misma haya sido el fruto de una injustificada desidia, ingenuidad, o descuido, por parte de quien alega haberse visto sorprendido, como si la regla en cuestión representase una especie de ‘red de pesca’ que todo lo aprehende y a todo retiene, sin dar lugar a selección o distinción alguna, todo ello en aparente obsequio a una desdeñable e indeseable inseguridad jurídica.

De este modo, desde un primer plano, se ha considerado que no deberán ser desterrados de la regulación contractual aquellos clausulados que den lugar a la producción de una simple sorpresa que se desencadena en razón de la defraudación de expectativas que únicamente hubiese albergado un determinado co-contratante, sobre la base de ideas o representaciones particulares poseedoras de una marcada subjetividad⁹⁵⁰, ello bajo el entendido que, tales ideas y representaciones encuentran un resguardo exclusivo en el fuero interno de aquel co-contratante, y la tutela de las mismas se tornaría insostenible desde un punto de vista práctico, ya que, de lo contrario, cualquiera podría llegar a alegar haber sido tomado por sorpresa por un clausulado contractual sin contar con un sustento reconocible para fundamentarlo⁹⁵¹. De igual manera, siguiendo esta misma línea, tampoco serán objeto de protección aquellas expectativas que sean producto único de una particular e injustificada inexperta, incredulidad, o dejadez al momento de celebrar el contrato⁹⁵².

Así las cosas, es en este punto donde resulta fundamental acudir al criterio de la razonabilidad, al cual ya hicimos referencia previamente en el capítulo segundo, ya que será este el que podrá suministrar una necesaria dosis de objetividad para la aplicabilidad de la regla

⁹⁴⁹ Al respecto, nuevamente conviene recurrir al trabajo del profesor KUKLIN, en el cual se señala que: “There are other expectations which are clearly reasonable in some sense even though they fall outside the domain of the law. For example, at one extreme, a person reasonably expects the sun to rise each morning, but this is based on regularity and the laws of nature. These need not, and cannot, be protected by the positive law. For another example, when one bets on a horse that is highly favored, but which loses, no reasonable person believes that this disappointment justifies legal attention. People do not believe that judicial neglect is improper, nor does the legal culture counsel that it is. In both of these examples, the expectations are reasonable in solely a probabilistic sense, not a legal one”. KUKLIN, Bailey. H. *The plausibility of legally protecting reasonable expectations*, *op.cit.* p. 26.

⁹⁵⁰ KÖTZ, Hein. § 3 *Überraschende Klauseln*, *op.cit.* p. 1825; y BASEDOW, Jürgen. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* p. 1195. Véase igualmente SCHLOSSER, Peter. § 3 *Überraschende Klausel*, *op.cit.* p. 127, en donde, a pesar que el profesor SHLOSSER parece compaginar con tal postura, señala que la misma puede lamentarse vista a partir de una perspectiva de política legislativa.

⁹⁵¹ En este sentido, el profesor JOACHIM SCHMIDT-SALZER, ha manifestado que, si bien resulta coherente que, en lo tocante a la protección que se deriva tanto del control de contenido como del control que se desprende de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, solo haya lugar a dicha protección en los eventos en los cuales efectivamente se verifique una necesidad de tutela en el caso particular, no resulta ni práctico ni viable centrarse en el estudio de casos individuales, o incluso, de grupos sociales difusos. Razón por la cual, afirma que, por razones de naturaleza práctica, se deberán seguir delimitaciones tipificadas, cuya instauración será una tarea que recae en cabeza del legislador. SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, *op.cit.* pp. 177 y 178.

⁹⁵² LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* p. 182, y ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 313 y 314.

prohibitiva de las cláusulas sorpresivas⁹⁵³. En tal virtud, se torna legítimo considerar que, únicamente se protegerán las expectativas que logren ajustarse al criterio de la razonabilidad, por manera que, quedarán por fuera del velo tuitivo que suministra esta regla enderezada hacia el rechazo de lo sorpresivo, todas aquellas representaciones que no encuentren concordia con dicho parámetro de medida⁹⁵⁴.

De esta forma, con la integración de la razonabilidad como un engranaje indispensable para la articulación y el funcionamiento de la no incorporación de las cláusulas que encunen el elemento sorpresa, se llegará al resultado que las expectativas que serán tuteladas por esta vía, resultarán plenamente reconocibles para el predisponente, puesto que, será precisamente en virtud de su carácter razonable que se torna legítimo suponer que aquel debió haberlas tenido en consideración al momento de redactar el documento contractual, y, por tal virtud, si este último, como mínimo, no tomó las medidas idóneas para que el co-contratante efectivamente llegase a conocer y comprender el contenido de tales cláusulas, el hecho que las mismas resulten exiliadas de la relación negocial, en estricto apego al principio rector de la buena fe y al postulado de la confianza legítima, no deberá tomarlo por sorpresa⁹⁵⁵.

En razón de lo anterior, podemos comprobar que los costos y las consecuencias con relación a los clausulados que resulten inusuales o que razonablemente puedan llegar a configurarse como sorpresivos en un caso particular, deberán grabar principalmente al predisponente, pues el co-contratante legítimamente podrá llegar a esperar que al contratar no estará aceptado cláusulas oscuras o inusitadas, salvo que las mismas hayan sido correctamente develadas con antelación al momento de la celebración del acuerdo negocial, idea esta que, tal y como expusimos en su momento, se alinea sin fricciones dentro de la lógica misma en la que se estructura el control de los contratos predispuestos⁹⁵⁶, y con la idea que desglosamos en su momento en relación al modo en que se debe realizar la repartición de los riesgos inherentes a la sorpresividad (capítulo II).

⁹⁵³ Al respecto, en una de sus recientes y acuciosas obras, el erudito profesor español ABEL VEIGA COPO, al darse a la tarea de estudiar con gran rigor la temática de las cláusulas sorpresivas, particularmente en el ámbito del Derecho asegurativo, habría puesto de presente que, para determinar si una cláusula que resulte usual en el tráfico jurídico puede llegar a verificarse como sorpresiva en un caso en particular “La clave parece radicar en la razonabilidad, una vez más, la previsible razonabilidad de si el adherente, el tomador podía preverla o no”. VEIGA COPO, Abel. *Consumidor vulnerable*, Civitas, Navarra, 2021. pp. 331 y 332.

⁹⁵⁴ Al respecto, el profesor español PAGADOR LÓPEZ ha puesto de presente el papel de la razonabilidad como requisito para la procedencia de la tutela de las expectativas, al señalar que “relevantes a efectos de la aplicación de la regla de las cláusulas sorprendentes no son las concretas expectativas que se haya forjado cada concreto cliente, sino las que *razonablemente se formaría un cliente medio*, que son las que ha de tomar en consideración el predisponente” (se destaca). PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, *op.cit.* pp. 511 y 512. Tomando una postura diversa, la profesora española LLORDÀ GRIMALT considera inconveniente la adopción del estándar de lo razonable en el ámbito de la regla de las cláusulas sorpresivas, y sostiene que sería más conveniente aludir al ‘adherente medio’, en sus palabras: “Esta alusión a lo *razonable* introducía, a nuestro entender, cierta indeterminación y hubiera sido más conveniente hacer referencia al *adherente medio*. Es decir, la razonabilidad debería medirse en atención del concepto de *adherente medio*”. LLODRÀ GRIMALT, Francisca. *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, *op.cit.* p. 324. Por nuestra parte, consideramos que la medida del hombre razonable compagina de mejor manera con los preceptos que rigen en la mayoría de ordenamientos constitucional y legalmente vigentes, además tal como la misma profesora lo pone en evidencia al final, para dimensionar el estándar de la razonabilidad se deberá tener en consideración la figura del contratante medio, proyectada en la relación contractual pertinente.

⁹⁵⁵ ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 313.

⁹⁵⁶ KÖNDGEN, Johannes. *Grund und Grenzen des Transparenz-gebot im AGB-Rect*, *op.cit.* p. 947.

No obstante, es menester señalar que, el hecho que se recurra a un criterio objetivado para evaluar la idoneidad de las expectativas, no necesariamente quiere decir que se abandone por completo toda consideración respecto a la idiosincrasia propia del sujeto contratante. Sobre este particular, con muy buen criterio, tanto doctrinal como jurisprudencialmente se ha solido indicar que, al momento de evaluar la procedencia de un factor sorpresa se deberán tener en especial consideración las expectativas que razonablemente hubiese podido albergar un sujeto promedio que haga parte del mismo sector del tráfico jurídico al cual pertenezca el co-contratante en cuestión, siendo este un factor que se ha considerado decisivo para el juicio de sorpresividad⁹⁵⁷.

Lo anteriormente señalado encuentra un claro fundamento en el hecho que, el horizonte de expectativas que legítima y razonablemente puedan llegar a albergar quienes pertenezcan a un determinado sector o círculo del tráfico jurídico, no necesariamente coincidirán con las expectativas que podrían haberse forjado los contratantes que correspondan a un sector diverso. En este sentido, no parece difícil concebir que, una determinada cláusula que es implementada en un contrato celebrado con un consumidor (B2C), la cual, en lo que respecta a este concreto escenario transaccional, cuenta con la potencialidad para frustrar las expectativas de un consumidor medio, resultando por lo tanto sorpresiva, no necesariamente contará con la misma virtualidad sorpresiva en el marco de una relación contractual que se desenvuelve entre sujetos que se desempeñan como profesionales (B2B), ello particularmente como consecuencia del mayor grado de experiencia y de conocimientos en materia comercial con el que cuentan estos últimos⁹⁵⁸.

Lo expresado previamente no excluye la posibilidad de que, dentro de las mismas categorías de empresarios y consumidores se puede llegar a diferenciar entre diversas agrupaciones de sujetos contractuales que se asocian en razón de la coincidencia de cualidades y cualificaciones que los caracterizan e individualizan dentro del tráfico negociar. Así pues, simplemente a modo de ejemplificación, puede considerarse que, serán distintas las expectativas que podrán desprenderse de contratos que se encuentran direccionados únicamente a profesionales del sector financiero, y aquellas que pueden derivan de un contrato similar que se encuentra dirigido a un círculo profesional o social diverso, cuyos miembros, por regla general, serán profanos en lo que respecta a las cuestiones relativas a dicha disciplina, de suyo compleja y especializada⁹⁵⁹.

⁹⁵⁷ BASEDOW, Jürgen. *§ Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, op.cit. pp. 1195 y 1196; KÖTZ, Hein. *§ 3 Überraschende Klauseln*, op.cit. pp. 1825 y 1826; ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. *§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 313; y LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. *§ Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, op.cit. p. 182; SCHWAB, Martin. *Agb-Recht*, op.cit. p. 97; SCHLOSSER, Peter. *§ 3 Überraschende Klausel*, op.cit. p. 127; Por parte de la doctrina hispano hablante, véase con interés: ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 250, y REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predispuestas*, op.cit. p. 483. En materia jurisprudencial pueden consultarse los siguientes pronunciamientos del Tribunal Federal de Justicia alemán (BGB): sentencia del 25 de enero de 2018 (NJW-RR 2018. 377 -VII ZR 219/14); sentencia del 26 de julio de 2012 (NJW 2012, 3427 - VII ZR 262/11); sentencia del 8 de octubre de 1975 (NJW 1977, 195 - VIII ZR 81/74); (mirar el caso puede ponerse como ejemplo) y sentencia del 6 de marzo de 1986 (NJW 1986, 1805 - VII ZR 195/84).

⁹⁵⁸ ROLOFF, Stefanie. *§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 1128.

⁹⁵⁹ Otro ejemplo, el cual ha sido desarrollado por la jurisprudencia alemana, se da en el caso de las compras que se realizan bajo la modalidad de subasta. Lo anterior por cuanto, estas subastas cuentan con unas modalidades y metodologías propias que habitualmente son conocidas por quienes suelen participar regularmente en ellas, por manera que, para evaluar si las cláusulas que en este ámbito se introducen pueden llegar a producir un efecto sorpresa no se deberá alizar lo que el co-contratante en particular pudo haber esperado, sino que se debe tener en consideración las expectativas de los compradores que habitualmente se

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, debe indicarse que, esta valoración que se hace en función de las características idiosincráticas del sujeto contractual, por lo menos desde la proyección que se ha señalado, solo tendrá relevancia cuando nos encontremos ante contratos que han sido proyectados para un círculo específico de contratantes, y no cuando se direccionan indeterminadamente con miras hacia el público en general⁹⁶⁰.

Ahora bien, debemos señalar igualmente que, tampoco puede considerarse que para la aplicación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas se tornen irrelevantes las circunstancias particulares que pudieron concurrir en el caso en concreto, ya que, por el contrario, tal como se podrá comprobar en líneas subsiguientes, dichas circunstancias revestirán un papel cardinal al momento de realizar la evaluación sobre la procedencia de un efecto sorpresa⁹⁶¹.

En efecto, existen eventos en los que podemos encontrarnos ante clausulados que, pese a no contar con un carácter inesperado desde una perspectiva genérica y abstracta (inusual), si podrán resultar sorpresivas en un caso en particular en razón de a las circunstancias individuales que concurren al momento de celebrar el acuerdo contractual, y que llegaron a generar concretas e individuales expectativas en cabeza del co-contratante. Esto, sin embargo, no significa que, en este tipo de supuestos, la evaluación para determinar la aplicación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas termine por desempeñarse un plano netamente subjetivo, puesto que, incluso en los eventos en los cuales concurren reveladoras circunstancias que logran particularizar la relación negocial y la substraen del *modus operandi* que habitualmente caracteriza la regulación de los contratos de una misma naturaleza, el estándar de medida no será el de sujeto en particular, sino que se tomará el paradigma de lo que un contratante razonable hubiese podido esperar bajo tales circunstancias específicas⁹⁶².

De este modo, si bien es cierto que para la evaluación del efecto sorpresa se deberá acudir a un componente subjetivo que permita tener en especial consideración las circunstancias particulares que se verificaron en el caso objeto de enjuiciamiento, dicha evaluación, necesaria e indefectiblemente, deberá desempeñarse en clave de la razonabilidad, lo que, en últimas, termina objetivándola, permitiendo concluir así que, para efectos de la correcta valoración para la determinación de la aplicación de los efectos tuitivos que se desprenden del rechazo a las cláusulas sorpresivas, en línea de principio general, tanto el componente subjetivo como el objetivo se amalgamarán en un mismo juicio valorativo⁹⁶³.

espera que participen en dichas subastas. Al respecto, Tribunal Federal de Justicia alemán (BGB): sentencia del 23 de mayo de 1984 (NJW 1985, 850 - VIII ZR 27/83).

⁹⁶⁰ LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* p. 182.

⁹⁶¹ LOCHER, Horts. *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, *op.cit.* p. 51; ROLOFF, Stefanie. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 1128; SCHWAB, Martin. *Agb-Recht*, *op.cit.* p. 97; BASEDOW, Jürgen. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* pp. 1195; KLEIN, Michele. *La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación a la luz de la ley alemana*, *op.cit.* p. 134.

⁹⁶² En este sentido, los profesores alemanes, WALTER LINDACHER y WOLFGANG HAU, ponen de manifiesto que incluso cuando el co-contratante se vea sorprendido en razón de circunstancias particulares que circundan la relación contractual, o que se desprenden del diseño del contrato, el nivel de diligencia se determina de manera objetiva conforme a los grupos del tráfico jurídico y no de forma subjetiva. LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* p. 182.

⁹⁶³ En lo tocante a la conjunción del criterio objetivo con el subjetivo, el profesor REZZÓNICO ha descrito que, una cláusula “aun cuando no tenga ese efecto sorpresivo múltiple y abstracto, puede serlo *en relación a determinada persona*, y en ese caso adquirirá tal carácter respecto de ella, *como conjunción de elementos objetivos y subjetivos*”, a lo cual adiciona que, en el caso de la valoración subjetiva la misma deberá

En este sentido, como colofón de lo hasta aquí expuesto, se puede señalar que, al momento de realizar el juicio de sorpresividad, se deberá evaluar si la cláusula controvertida pudo haber llegado a defraudar las expectativas que un contratante de buena fe, con una experiencia, atención y diligencia media, perteneciente al mismo círculo del tráfico jurídico al cual corresponde el contratante en cuestión, razonablemente pudo haberse formado, ello teniendo en especial consideración tanto las circunstancias generales, las cuales comúnmente suelen penetrar en todos los contratos de una misma naturaleza, como también, aquellas particulares que pudieron llegar a haberse verificado al momento de la celebración del acuerdo contractual, y que gozan de una virtualidad suficiente para individualizar y caracterizar la relación negocial en particular.

Por último, y ya para finalizar, debemos señalar que, si bien por regla general la doctrina que se ha ocupado del estudio de las cláusulas sorpresivas al abordar los elementos constitutivos de estas últimas, suele aferrarse a la idea de las mencionadas expectativas y representaciones, creemos que detenerse en aquellas únicamente sería limitar el espectro del efecto sorpresivo, en el entendido de que éste no solo puede derivar de la lesión a las referidas expectativas, sino también podrá provenir de una la lesión a la confianza legítima, propiamente entendida⁹⁶⁴.

En este sentido, resulta evidente en este punto que, si bien existe una fuerte vinculación entre la idea que encarna la protección jurídica de las legítimas y razonables expectativas, y el principio, ya desarrollado por nosotros anteriormente (capítulo II), de la confianza legítima, este último de tanto calado y relevancia en el escenario de los sistemas jurídicos pertenecientes al *civil law*, sin embargo, y anticipando que no es nuestra intención detenernos en esta materia, podemos decir que, no obstante los incuestionables paralelismos que se pueden predicar de ambas figuras, creemos que las mismas no pueden equipararse en un modo absoluto, ello bajo el entendido que, en nuestro entender, del principio de protección de la confianza legítima se debe predicar un espectro más amplio y abrigador de aquel que se desprende de la tutela de las expectativas legítimas, la que, bien vistas las cosas, podrían representar una manifestación particular del primero.

Siguiendo esta línea de ideas, podríamos llegar a afirmar que, existirán cláusulas cuya naturaleza sorpresiva, más allá que encontrarse fundamentarse en la defraudación de una concreta expectativa que pudo haberse forjado un sujeto al momento de contratar, tendrá lugar como consecuencia de la vulneración que dicho clausulado genera de la confianza, de suyo más amplia y envolvente, que el mencionado sujeto, también legítima y razonablemente, pudo haber llegado a albergar.

La confianza legítima, en tal virtud, se muestra más comprensiva, refiriendo a la creencia lícita que tiene toda persona al relacionarse con otra, consistente en que esta se comportará honradamente, de forma proba, leal y con observancia de un recto proceder⁹⁶⁵, y que sus actos serán coherentes y transparentes, y que seguirán una misma línea, y que por ello no lo

realizarse “dentro de los límites prudenciales y con la medida de la buena fe” (se destaca). REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predisuestas*, op.cit. pp. 481 y 482.

⁹⁶⁴ En palabras del REZZONICO: “No otra puede ser la posición del intérprete frente a las cláusulas sorpresiva: su saneamiento reclama y se dirige al principio de confianza.” REZZONICO, Juan. *Contratos con cláusulas predisuestas*, op.cit. p. 487.

⁹⁶⁵ Al respecto, en sentencia la Corte Constitucional colombiana habría indicado que “(...) es claro entonces que el comportamiento de los particulares en sus relaciones jurídicas, conforme a la Constitución se presume con observancia plena de la lealtad, probidad y recto proceder que además, con legítimo derecho espera cada uno que procedan los demás”. Corte Constitucional, sentencia C-068 de 1 de diciembre de 1999.

sorprenderán, contraviniendo lo esperado y lo razonable. De esta manera, es claro que lo sorpresivo resulta contrario a lo que por confianza legítima se entiende, por cuanto quien parte de este supuesto cree que no será engañado, traicionado o sorprendido por actuaciones injustas y carentes de legitimidad, pues confía encontrar una conducta recta y honesta, además que habitual y por tanto ausente de sorpresa⁹⁶⁶.

3.1. LOS DISTINTOS FACTORES QUE PUEDEN DAR ORIGEN A LA FORMACIÓN DE EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS.

Habiendo puesto en evidencia la intrínseca conexión que se predica entre la idea de la protección de las legítimas expectativas y la regla nugatoria de la inclusión de cláusulas sorpresivas, consideramos necesario entrar ahora a desarrollar un estudio esquematizado con relación a la clase de factores que pueden fungir como detonantes para la creación de concretas expectativas en cabeza de uno de los sujetos de la relación contractual.

En este sentido, debemos señalar en un primer término que, para dar lugar a un correcto y adecuado dimensionamiento del elenco variopinto de expectativas que, de forma alternativa o acumulativa, podrá llegar a forjarse un sujeto, se deberán tener en consideración todos los factores, tanto generales como particulares⁹⁶⁷, que hubiesen verificado, ya sea con antelación⁹⁶⁸ o en modo concomitante, al momento de la celebración del acuerdo contractual, los cuales hayan llegado a revestir una especial relevancia para efectos del perfeccionamiento del contrato. De este modo podemos indicar preliminarmente que, el amplio abanico de expectativas que podría llegarse forjarse una de las partes de la relación negocial, en línea de principio general, podrá derivarse, tanto cumulativa como alternativamente, de dos fuentes primordialmente, a saber: i. los factores particulares que circundan la celebración del contrato, y, ii. la propia naturaleza genérica y abstracta del contrato⁹⁶⁹, siendo estas las dos principales

⁹⁶⁶ Es por ello que el profesor uruguayo GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA ha expresado que “Las cláusulas sorpresivas parten del supuesto de que el adherente más que estudiar el contrato confía en que su contenido es el normal para el tipo de operación que se realiza”. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Desequilibrio en los contratos*, *op.cit.* p. 425.

⁹⁶⁷ La jurisprudencia alemana en reiteradas oportunidades se ha puesto de manifiesto la existencia de una bifurcación entre las circunstancias que rodear la celebración del contrato y que pueden dar origen al nacimiento de legítimas expectativas dignas de tutela, encontrándose, por un lado, las especiales o particulares, y, por el otro, las generales. Así, como algunos ejemplos, pueden enlistarse los siguientes pronunciamientos del Tribunal Federal de Justicia alemán (BGB): sentencia del 21 de noviembre de 1991 (NJW 1992, 1234 - IX ZR 60/91); sentencia del 18 de mayo de 1995 (NJW 1995, 2553 - IX ZR 108/94); sentencia 30 de junio de 1995 (NJW 1995, 2637 - V ZR 184/94); sentencia del 11 de diciembre de 2003 (NJW-RR 2004, 780 - III ZR 118/03); sentencia del 26 de febrero de 2013 (NJW 2013, 1803 - XI ZR 417/11); sentencia del 20 de febrero de 2014 (NJW, 2014, 8 - IX ZR 137/13); y sentencia del 26 de marzo de 2018 (NJW 2018, 1486 - 4 StR 408/17).

⁹⁶⁸ DITTMANN, Klaus & STAHL, Henning. *AGB allgemeine Geschäftsbedingungen kommentar*, *op.cit.* p. 77.

⁹⁶⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* p. 259; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Los contratos de adhesión*, *op.cit.* p. 1642. Si bien esta clasificación bipartita de lo que podría denominarse como las ‘fuentes’ de las que pueden llegar a provenir las expectativas legítimas ha sido reconocida por el sector más amplio de la doctrina, también es cierto que se ha postulado una división tripartita de las mismas, en la cual, además de las circunstancias particulares y se la naturaleza propia del contrato, se acentúan, como una categoría autónoma e independiente, los acuerdos individuales. En relación con esta última visión puede consultarse PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, *op.cit.* p. 458 y 459.

categorías que engloban los factores detonantes para la creación o formación de concretas expectativas a nivel contractual.

Ahora bien, antes de adentrarnos en el estudio de esta clasificación binaria de aquellos eventos que pueden servir como sustentáculo para la edificación de razonables expectativas, cabe señalar que, bastará con la simple verificación de una sola y concreta circunstancia, sea que cuente con una naturaleza particular o general, para que se pueda llegar a dar lugar a la producción de una expectativa razonable, y, de paso, a su posible frustración, abriendo camino con ello a la materialización de un censurable efecto sorpresa⁹⁷⁰.

Lo anterior, sin perjuicio de que, es posible considerar que, en aquellos eventos en los cuales convergen múltiples fuentes de expectativas, y que, por tal virtud, al verse contrastadas por el contenido de un clausulado contractual, se puede llegar a verificar la defraudación de estas últimas, o, en los casos en los que se frustra una sola expectativa que se encontraba reforzada, pues la misma se sustentaba en una pluralidad de circunstancias, el carácter sorpresivo de una cláusula no solo será más patente sino que a su turno será más reprochable.

3.1.1. *Factores particulares.*

En un primer término, puede evidenciarse que, las expectativas que un sujeto pueda llegar a albergar al momento contratar podrán originarse de particulares o específicos factores espacio-temporales, los cuales se desempeñan de forma previa o concomitantemente al momento de la celebración del acuerdo negocial⁹⁷¹. Estos, a su turno, pueden seccionarse principalmente en dos categorías las cuales entraremos a desarrollar a continuación, encontrándose así, por un lado, los factores que atienden a aspectos externos al plexo contractual y que, guardan una particular relevancia al momento del perfeccionamiento del negocio, y, por el otro lado, aquellos que, por el contrario, se relacionan exclusivamente con la presentación misma del contrato, es decir, con los aspectos que se desprenden del documento contractual como tal.

3.1.1.1. *Factores externos al documento contractual*

Siguiendo la línea prefijada por nosotros, podemos señalar que, como un primer grupo de los factores particulares que pueden llegar a individualizar un acuerdo negocial, se encontrarán aquellos que pueden ser englobados en términos de lo que profesor alemán HEIN KÖTZ ha denominado como ‘cuadro sintomático externo del contrato’⁹⁷², el cual comprenderá todos aquellos elementos que cuenten con una naturaleza extrínseca al documento contractual, tales como: la publicidad, la información suministrada, la oferta contractual, los tratos previos o preliminares, las relaciones contractuales precedentes, y cualesquiera otros que, bajo el análisis

⁹⁷⁰ LÖWE, Walter, VON WESTPHALEN, Friedrich Graf & TRINKNER, Reinhold. §3 *Überraschende Klauseln*, *op.cit.* pp. 84 y 85.

⁹⁷¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* p. 259.

⁹⁷² Citado por REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predispuestas*, *op.cit.* p. 482.

del caso en particular, hubiesen podido engendrar expectativas justificadas y, por contera, dignas de especial protección⁹⁷³.

a.) *La publicidad y la oferta contractual:*

No cabe duda que la información que se desprende del contenido publicitario, y en general, de la oferta contractual, reviste una especial relevancia que deberá ser objeto de particular consideración por parte del juzgador al momento de determinar el carácter sorpresivo de una cláusula en razón de su contravención con las expectativas del co-contratante⁹⁷⁴. Ello bajo el entendido que, quien suscribe un contrato que ha sido predispuesto por el otro sujeto de la relación negocial, legítimamente podrá confiar que aquello que fue ofrecido a través de los conductos publicitarios no será desvirtuado posteriormente por ‘el juego’ de las condiciones generales⁹⁷⁵, puesto que, en tal evento, esto es, en caso tal que las expectativas que se enraízan en las manifestaciones de la oferta y la publicidad se ven frustradas en razón de lo dispuesto por medio de clausulados predispuestos, se deberá entender que prevalecerán las primeras sobre los segundos, y que, por tal virtud, estos últimos podrán ser repelidos del documento contractual al materializar un supuesto de estipulaciones sorpresivas.

Lo anteriormente señalado encuentra un claro fundamento en el hecho que, en el marco de la contratación masificada, particularmente en las relaciones de consumo, en ocasiones, la publicidad sustituye la etapa de las tratativas a nivel negocial, por lo que viene a representar uno de los campos que, por excelencia, resulta propicio para la siembra y el cultivo de legítimas y objetivadas expectativas⁹⁷⁶. No en vano, en el panorama de la contratación moderna, particularmente en el ámbito de la contratación con consumidores, la oferta y la publicidad se han enaltecido hasta el punto de llegar a revestir el carácter de ‘fuente de integración contractual’, tal como se desprende del artículo 29 del Estatuto del Consumidor colombiano y del artículo 61 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y

⁹⁷³ LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* p. 176.

⁹⁷⁴ ROLOFF, Stefanie. § *305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 1129, y ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. § *305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 309. Al respecto, el Tribunal de Justicia europeo, en providencia del 23 de abril de 2015, al evaluar el cumplimiento de la exigencia de transparencia de un clausulado relativo a un contrato de seguro, confirmó la relevancia de tener en especial consideración el contenido publicitario al afirmar que: “Así pues, tratándose de las particularidades de una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, incumbe al juez remitente, *a la vista de todos los hechos pertinentes —tales como la publicidad y la información facilitada por el asegurador en el marco de la negociación del contrato de seguro—, así como, con carácter más general, a la luz del entramado contractual en su conjunto, determinar si el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, (...) se encontraba también en condiciones de valorar las consecuencias económicas de la limitación de la garantía incluida en la póliza de seguro, potencialmente significativas para él, de conformidad con las exigencias derivadas de la jurisprudencia recordada en el apartado 41 de la presente sentencia*” (se destaca). Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, sentencia del 23 de abril de 2015.

⁹⁷⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* p. 260.

⁹⁷⁶ CAMACHO PEREIRA, Consuelo. “Comparativa de la regulación de la integración de la publicidad en el contrato con consumidores, en el TRLGDCU y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea”, en *InDret*, 2012. p. 4; y BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, *op.cit.* p. 234.

Usuarios española, lo cual no solo reafirma la trascendencia que la misma reviste sino que, en adición, representa una muestra paladina de su carácter vinculante.

Al respecto, en relación con esta moderna postulación de lo que podría llamarse como un ‘principio de integración contractual’, cabe señalar que, el verdadero fundamento sobre el cual gravita este postulado, más que encontrarse enfocado hacia la declaración de la voluntad de quien emplea el contenido publicitario, puede ser hallado en la guarda y la protección de la confianza legítima de todos aquellos sujetos destinatarios que razonablemente habrían podido llegar a esperar que todo aquello que les fue ofertado por tales conductos se verá fielmente reflejado en la relación contractual, y que, en tal sentido, no se verán sorprendidos por clausulados que de forma furtiva logren introducir un contenido al contrato que se distancie sustancialmente de las legítimas expectativas que se habrían llegado a guardar⁹⁷⁷.

En tal virtud, una cláusula que de forma inesperada se introduce en el plexo contractual y cuyo contenido tiene la virtualidad para defraudar las representaciones que fueron delineadas por las declaraciones que, en sede precontractual, se desprendieron de lo ofrecido o publicitado por parte de del predisponente, deberá ser objeto de rechazo en razón a su naturaleza inesperada, siempre que dicha disconformidad resulte relevante y razonable, pudiendo dar con ello lugar a la activación del espectro tutelar que se predica de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas⁹⁷⁸.

No obstante lo anterior, cabe señalar que, con la adopción del principio de integración publicitaria, el cual representa hoy una realidad, como se anotó, la cual no solo se proyecta en el marco de las relaciones contractuales con consumidores, sino que cada vez más adquiere un carácter más global y general, llegando a permear, incluso, las relaciones entre empresarios, (muestra fehaciente de ello puede ser hallada en el artículo 6:101 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y el artículo 9:102 del Marco Común de Referencia), y a partir de una interpretación en sentido negativo del mismo, puede considerarse que este principio podrá fungir como un adecuado instrumento para dar cabida a la recta expulsión del elemento sorpresa de la relación contractual, por lo menos cuando aquel se derive de la frustración de

⁹⁷⁷ Sobre la tutela de confianza legítima como fundamento de la integración contractual, véase: MORALES MORENO, Antonio Manuel. *Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una propuesta de Directiva)*, Anuario de Derecho Civil, Vol 52, BOE, 1999. pp. 274 y 275; FONT GALÁN, Juan Ignacio. *La integración publicitaria del contrato*, Cuadernos de derecho y comercio, N° 4, 1988. pp. 31-34; ELIZALDE IBARBIA, Francisco. *Una aproximación española y europea al contenido del contrato. Reflexiones a la luz de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Anuario de Derecho Civil, Fascículo 3, BOE, 2017. p. 1178; y LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica. *La confianza razonable y su relevancia como criterio fundante de la tutela de ciertas anomalías o disconformidades acaecidas durante el iter contractual*, op.cit. pp. 154-157.

⁹⁷⁸ En estrecha armonía con lo señalado, el profesor MIRANDA SERRANO, sostiene “En rigor, la trascendencia del art. 61 TRDCU reside en que, merced a él, el contrato —léase, el documento contractual— como regla general no prevalece frente a lo publicitado o promocionado no ya sólo en caso de silencio del primero, sino tampoco cuando su contenido regulador —de ordinario, predispuesto— resulte contradictorio o incompatible con lo anunciado en la publicidad. *Por tanto, merced al artículo 61 TRLGDCU, el contenido de la publicidad —que generó en el adherente unas expectativas legítimas y razonables y, como tales, dignas de protección jurídica— expulsará del contrato todas aquellas cláusulas que lo contradigan, siempre que no hayan sido conocidas y consentidas por el adherente en el momento de contratar* (pues si el predisponente puede probar dicho conocimiento, estaremos —naturalmente— ante cláusulas válidas y eficaces que en modo alguno merecerán reputarse no transparentes o sorprendentes). *Dicho brevemente: si lo que está en la publicidad integra el contrato, lo que está en el contrato pero de forma furtiva y entra en contradicción con la publicidad no puede formar parte del contrato*”. (se destaca). MIRANDA SERRANO, Luis María. *El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria*, op.cit. p. 41.

una expectativa que se forjó en razón del contenido publicitario, incluso en ausencia de una norma que incorpore propia y explícitamente la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas⁹⁷⁹.

b.) Los tratos previos y las relaciones contractuales precedentes:

Otro de los factores que resultan de gran trascendencia para la formación de expectativas legítimas vienen a ser los tratos preliminares y las relaciones contractuales que preceden a un nuevo acuerdo, siendo estos eventos que, en líneas generales, funcionan como antesala (*prius*) para la celebración de un determinado contrato (*posterius*), y que, a su turno, suelen representar la ruta de guía por medio de la cual se delinea el norte que seguirá la nueva embarcación negocial⁹⁸⁰.

En estos supuestos, a diferencia de que lo que acontece con la oferta o la publicidad -la cual, de ordinario, se encuentra direccionada a un público en general-, suele hacerse referencia a aspectos que se encuentran circunscritos a las particularidades en las que se desempeñó la concreta relación *inter partes*. Al respecto, es menester señalar que, si bien aludimos a dos escenarios que cuentan con una naturaleza y una dimensión propia e independiente, hemos decidido darles un tratamiento conjunto en razón del hecho que ambos se proyectan, desde una perspectiva espacio-temporal, en un estadio previo al de la celebración del acuerdo contractual.

Así las cosas, en un primer término, referiremos a los tratos previos o preliminares, también conocidos como ‘tratativas’, los cuales, de ordinario, constituyen los primeros acercamientos entre los sujetos que pretenden generar un vínculo contractual, y que, por lo demás, representan una suerte de prolegómeno en el cual se suelen realzar, discutir y concretizar asuntos que podrán ser objeto de una posterior ratificación por la manifestación de la voluntad de las partes contratantes⁹⁸¹. Sin perjuicio de lo anterior, en esta primera etapa gestacional no se encuentra presente todavía una verdadera ‘esencia contractual’⁹⁸², pues más que una vinculación negocial en sentido estricto existe hasta entonces una suerte de ‘relación social’⁹⁸³, y, por tal virtud, estas aproximaciones iniciales no cuentan, en estricto rigor, con un carácter propiamente vinculante,

⁹⁷⁹ Al respecto, ya en su momento, al entrar a desglosar algunos de los ‘indicios’ que permitían considerar que en el Derecho español la regla de las cláusulas sorpresivas habría tenido un acogimiento implícito, el profesor de la Universidad de Córdoba, JAVIER PAGADOR LÓPEZ, habría incluido entre tales indicios la incorporación normativa por parte del ordenamiento jurídico español de la integración publicitaria. PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, *op.cit.* p. 496..

⁹⁸⁰ En opinión de los destacados profesores alemanes MANFRED WOLF y JÖRG NEUNER, si bien para efectos de la aplicación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas las expectativas que deberán ser evaluadas son las de un cliente medio y no las del contratante en particular, consideran que las posibilidades de comprensión del contratante en cuestión podrán adquirir trascendencia cuando el otro sujeto de la relación contractual le hubiese dado razones para no esperar un determinado clausulado, sea en razón de sus declaraciones o de su conducta anterior. WOLF, Manfred & NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op.cit.* p. 579.

⁹⁸¹ Al respecto, OVIEDO ALBÁN, Jorge. “Tratos preliminares y responsabilidad precontractual”, en *Vniversitas*, N° 115, Bogotá, 2008. p. 87; VALÉS DUQUE, Pablo. *La responsabilidad precontractual*, REUS, Madrid. 2012. pp. 56 y 5; y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Principios de Derecho civil*, T III, Trivium, 1994. p. 65.

⁹⁸² BORDA, Alejandro. “La buena fe en la etapa precontractual”, en *Vniversitas*, N° 129, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2014. p. 59.

⁹⁸³ ALONSO PÉREZ, Mariano. “La responsabilidad precontractual”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971. pp. 863 y ss.

lo que no puede hacer perder de vista la relevancia y trascendencia que las mismas se predica en materia jurídica.

Tal relevancia se corrobora, entre otras razones, por el hecho que los tratos previos no solo: deben desempeñarse bajo el estricto cumplimiento de la buena fe y la lealtad negocial; pueden dar lugar al nacimiento de una responsabilidad de naturaleza precontractual en caso de su quebrantamiento sorpresivo e injustificado⁹⁸⁴; cuentan con la virtualidad para desempeñar una función interpretativa -histórica- del contrato ulterior⁹⁸⁵; son fuente de concretos deberes y obligaciones⁹⁸⁶; sino que, adicionalmente, constituyen una palmaria y fehaciente fuente de concretas expectativas las cuales deberán ser objeto de especial protección en tanto y en cuanto se postren bajo la sombra de lo razonable.

En tal sentido, la evaluación de las representaciones que pudieron originarse en esta primera etapa contractual resulta fundamental, ya que en ella converge una multiplicidad de aspectos que posteriormente se revelarán de particular trascendencia al momento de la celebración del acuerdo negocial, siendo entonces esta fase primigenia un escenario idóneo para la producción de diversas expectativas, y que, en tal sentido, resultará propensa para la gestación de una sorpresa, así como otros imperfectos contractuales, pues como bien lo ha puesto de presente el afamado profesor de la Universidad de París I, JACQUES GHESTIN, “Este periodo precontractual no puede quedar sin incidencia en el contrato. Es en este momento cuando se encuentran los hechos que pueden viciar el consentimiento de una de las partes”⁹⁸⁷.

Es precisamente en virtud de lo anteriormente expuesto que, en el marco jurídico europeo contemporáneamente se han proyectado reveladoras disposiciones que han dado cuenta de la importancia que se predica de la necesidad de respetar las razonables expectativas del co-contraente que se han engendrado durante el desarrollo de la etapa que antecede al *iter contractual*, tal como acontece con el artículo 2:102 de Los Principios del Derecho contractual comunitario, generalmente conocidos como *Acquis Principles* (ACQP), el cual dispone que “En las relaciones precontractuales, el profesional deberá actuar con la especial habilidad y cuidado que razonablemente podría esperarse, en particular, según las expectativas legítimas de los consumidores”⁹⁸⁸, así como también se puede predicar del artículo II. 9:102 del Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo, el que, bajo la elocuente rúbrica de ‘Declaraciones precontractuales consideradas cláusulas contractuales’, habría llegado a encumbrar un postulado que propugna por una especie ‘integración de las expectativas

⁹⁸⁴ Véase *supra* nota 206.

⁹⁸⁵ Sobre la función de herramienta interpretativa que desempeñan los tratos preliminares en el ámbito contractual, la Corte Suprema de Justicia colombiana en sentencia del 28 de junio de 1989 determinó que “los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato”.

⁹⁸⁶ Simplemente por vía de ejemplificación en el, ampliamente reconocido y desarrollado, ‘deber de información’, el cual desempeña un papel protagónico y fundamental en sede precontractual. Al respecto véase con interés SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*, Universitas, *op.cit.* pp. 307-309, y, BASOZABAL ARRUE, Xabier. “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 62, N° 2, BOE, 2009.

⁹⁸⁷ Traducción libre. GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit civil, la formation du contrat*, *op.cit.* p. 294.

⁹⁸⁸ Para un análisis más detenido del artículo en cuestión véase el documento realizado por el *Acquis Group*, *Principles of the existing EC contract law (Acquis Principles): Contract I, Pre-contractual obligations, conclusion of contract, unfair terms*, Sellier, 2007. pp. 68-71, igualmente puede consultarse TWIGG-FLESNER. *Christian*. “Pre-contractual duties - from the *acquis* to the Common Frame of Reference”, en *Common Frame of Reference and Existing EC contract law*, sellier, Munich, 2008. pp. 102 y 103.

razonables' originadas en sede precontractual, al manifestar que "Si una de las partes realiza una declaración antes de la celebración del contrato y la otra parte entendió razonablemente que estaba destinada a formar parte de las cláusulas contractuales en caso de formalización del contrato, ésta tendrá la consideración de fuente de la obligación contractual"⁹⁸⁹.

Ahora bien, debido a la naturaleza singular que suelen detentar los tratos previos o preliminares en el marco contractual, puede señalarse que, un determinado clausulado que carezca de un carácter inusual o inopinado en abstracto, puede llegar a resultar sorpresivo en un caso en particular en razón del injustificado distanciamiento existente entre su contenido y las manifestaciones o acuerdos que se desempeñaron durante los tratos preliminares⁹⁹⁰, lo cual podrá acontecer ya sea porque, de forma abrupta e inesperada aparece en el documento contractual, o porque su contenido se encuentra en franca lid con lo acordado o simplemente manifestado en la etapa precontractual, caso este último en el cual, cabe destacar que, el rechazo de su carácter contradictorio, amén que sorpresivo, más que ser repelido por vía de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, lo será por intermedio de la aplicación de la regla del *venire contra factum proprium non valet*⁹⁹¹.

Habiendo reseñado lo que antecede, y siguiendo la línea prefijada por nosotros, pretendemos referir ahora a otro escenario que resulta todavía más alejado del momento de la formación contractual, el cual se encuentra conformado por las relaciones negociales previas o antecedentes de las cuales, en un sentido similar, se pueden derivar trascendentes implicaciones jurídicas que cuentan con el potencial de repercutir en el marco del nuevo contrato⁹⁹².

Una de tales implicaciones la podemos encontrar en el hecho que, en ausencia de declaraciones o manifestaciones concluyentes que den muestra de lo contrario, la existencia de relaciones contractuales precedentes que compartan una mismo tipo o naturaleza con el contrato en cuestión, permiten despertar un cierto grado de confianza que se estructura en la idea de que algunos aspectos de nueva relación comercial seguirán el curso habitual que habían cursado en el pasado⁹⁹³.

⁹⁸⁹ JEREZ DELGADO, Carmen. *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, BOE, Madrid, 2015. pp. 114.

⁹⁹⁰ El profesor JOACHIM SHMIDT, abordando la temática de los efectos de las cartas comerciales de confirmación como uno de los orígenes de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, afirma que el contratante solo podrá esperar cláusulas de naturaleza suplementaria frente a lo discutido y acordado en las negociaciones preliminares, pero no una cláusula de carácter 'inusual' con relación a las mismas, y que, por lo tanto, estas últimas no podrán grabar la carga obligacional de aquel. SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Die Kontrolle ungewöhnlicher /überraschender AGB-Klauseln: deutsche Vergangenheit und europäische Zukunft*, op.cit. pp. 366 y 367. En un sentido similar, STOFFELS, Markus. *Der Schutz vor überraschenden Vertragsbestimmungen*, op.cit. p. 166.

⁹⁹¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 260.

⁹⁹² WILLETT, Chris. *Fairness in consumer contracts*, op.cit. p. 140.

⁹⁹³ En lo tocante a los contratos precedentes como fuente de expectativas razonables y de una confianza legítima el profesor colombiano VLADIMIR MONSALVE CABALLERO ha expresado que "Por tal circunstancia no puede aceptarse que frente a esas circunstancias, las partes pueden actuar con absoluta discrecionalidad por el contrario, cuando han existido tratos precedentes entre ellas, en unos mismos negocios y en unas comunes y habituales condiciones, esto hace que se genere una seguridad y por tanto una fundada confianza entre quienes comienzan una nueva negociación, que seguramente se concluirá el negocio propuesto, de la misma forma como se han hecho secuencialmente los anteriores". MONSALVE CABALLERO, Vladimir. *Responsabilidad precontractual: la ruptura injustificada de las negociaicones*, Ibañez, Bogotá, 2014. Por su parte, en un sentido similar, el profesor inglés ROBERT BRADGATE ha señalado en su escrito intitulado '*Contracts, contract law and reasonable expectations*', que "Contractors's expectations are shaped by a range of factors including the terms of the contract itself, but also the negotiations leading to the contract, previous dealings between them and the customs and practices of the particular trade in which they operate", y, en nota de pie de página, continúa

Esta fuente generadora de expectativas suele tener un mayor desenvolvimiento, amén que un nivel más acentuado de trascendencia, en el ámbito de las relaciones entre empresarios, en cuales es usual que se compruebe la existencia de vínculos que entrelazan a los sujetos negociales a lo largo del tiempo, por medio de la instrumentalización de diferentes acuerdos contractuales enderezados a la consecución de sus propósitos comerciales. Como muestra paladina de lo anteriormente señalado, en el artículo 9 de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías se determina que, “1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

3.1.1.2. *Factores atinentes al documento contractual:*

Ahora bien, en segundo grupo de factores que revisten un carácter singular y que son reflejo de las particularidades en las que se desenvuelve la relación negocial en concreto, se encuentran aquellas que atienden a aspectos intrínsecos al documento contractual propiamente entendido, refiriéndose así, particularmente, al aspecto exterior en el que, desde una perspectiva formal, el mismo es presentado, de un lado, así como también, del otro, a la suma o el valor que se imprime o exterioriza en dicho documento, siendo ambos asuntos que determinan una gran relevancia al momento de entrar a evaluar lo que el co-contratante razonablemente hubiese podido esperar del acuerdo que ha celebrado.

a.) El aspecto formal del documento contractual

Siguiendo un estudio comparativo de diferentes disposiciones, tanto nacionales como trasnacionales, se puede verificar que el carácter sorpresivo de una cláusula puede derivar, ya sea del contenido como de la presentación formal de la misma⁹⁹⁴. En efecto, de la lectura de las disposiciones respectivas de los Principios Unidroit, del Código Civil de la República de Lituania, del ‘*Law of Obligations Act*’ de Estonia, del Código Civil de República Checa, y del Código Civil y Comercial argentino, entre otras se desprende que, al momento de determinar el carácter sorpresivo de una cláusula, no solo se acude a un análisis sustancial del contenido de la misma, sino que, además, se recurre a la necesidad de desarrollar un estudio de naturaleza

afirmando que, “Statements made during negotiations may be held to give rise to express contractual undertakings, either as a part of principal contract or by way of subsidiary collateral contract. Previous dealings may lead to the implied incorporation of terms from those dealings. Trade customs and practices may give rise to implied terms. All from part of the relevant background which the court must take into account in interpreting the express terms of the contract”. BRADGATE, Robert. “Contracts, contract law and reasonable expectations”, en *Commercial law and commercial practice*, Hart Publishing, Oxford, 2003. pp. 672 y 673.

⁹⁹⁴ AUBRY, Hélène. “Un apport du droit communautaire au droit français des contrats: la notion d’attente légitime”, en *Revue internationale de droit comparé*, Vol 57, N° 3. pp. 643 y 644.

formal, debiendo tener en especial consideración el lenguaje, la redacción, la presentación, y, en general, la forma en que la cláusula fue expresada⁹⁹⁵.

Al respecto, los comentarios oficiales al artículo 2.1.20 de los Principios Unidroit -relativo a la regulación frente a las cláusulas sorprendentes-, ofrecen una muestra palmaria de lo anteriormente expuesto ya que en ellos expresamente se indica que, “Otra de las razones para que una estipulación contenida en cláusulas estándar resulte sorprendente para la parte adherente puede ser la terminología empleada para expresarla, que puede ser oscura, o la manera en que se presenta tipográficamente, por ejemplo con caracteres muy pequeños”⁹⁹⁶.

Una situación similar puede predicarse en el caso del Derecho anglosajón, en el cual, al desarrollar la figura de la sorpresa injusta (*unfair surprise*) -la que se enarbolaría bajo la égida de la doctrina de la ‘*unconscionability*’-, se le ha dado un tratamiento preferente a la cuestión relativa al rechazo de clausulados en razón de su carácter sorprendente, tanto a nivel doctrinal⁹⁹⁷ como jurisprudencial⁹⁹⁸, desde una perspectiva más formal que sustancial, dirigiendo su

⁹⁹⁵ De conformidad con el numeral segundo del artículo 2.1.20 de los Principios Unidroit “Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación”, este modelo fue seguido con cierta literalidad tanto por el numeral segundo del artículo 6. 168 del Código Civil de Lituania como por el numeral 3 de la sección 37 del ‘Law Obligations act’ de Estonia establecen que para la evaluación del carácter sorprendente de una cláusula, además de su contenido, se deberá tener en consideración la redacción y la presentación de la misma. A su turno, el artículo 1753 del Código Civil de la República Checa determina que, la evaluación de la naturaleza sorprendente de la cláusula se hará en función de su contenido y de la forma en que fue expresada. Por último, en el caso del Código Civil y Comercial argentino, su 988 establece como un supuesto de cláusulas abusivas las sorprendentes, concibiendo como a estas últimas como aquellas que “por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”.

⁹⁹⁶ *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma, 2004. p. 71.

⁹⁹⁷ Tal como lo pone de presente en la llamativa obra ‘*Unfair contracts: the doctrine of unconscionability*’ de autoría de SIANI DEUTCH, la jurisprudencia le ha dado tratamiento a la figura de la ‘sorpresa injusta’ desde dos perspectivas, por un lado, se encuentran aquellos defectos de naturaleza formal que guardan relevancia en el marco de la formación del contrato como lo es el ocultamiento de determinados clausulados en una masa de disposiciones que figuran en el plexo contractual con un tamaño diminuto (*fine print*), siendo una deficiencia contractual que, según se expresa, ya había sido reconocida en el época que antecedió la introducción del *Uniform Commercial Code*, y, por otro lado, se le dio tratamiento a la sorpresa que puede surgir en razón de las circunstancias de la negociación contractual, siendo esta, en opinión del autor, una forma más reciente de desarrollar la figura. DEUTCH, Sinai. *Unfair contracts: the doctrine of unconscionability*, Lexinton Books, 1977. p. 135. No obstante lo anterior, lo cierto es que el mayor desarrollo que se le ha dado a la figura de la ‘sorpresa injusta’ en el ámbito del Derecho norteamericano ha sido desde su proyección formal, considerando que la misma puede acontecer con la materialización de uno de los siguientes supuestos: i) cuando la cláusula se encuentra redactada en un formato diminuto que termine por dificultar, y en algunos casos por imposibilitar, la lectura de la misma, siendo además encubierta, en la mayoría de oportunidades, por una abrumadora masa de estipulaciones contractuales de la misma dimensión ; ii) cuando la cláusula figure en un segmento del plexo contractual en el cual razonablemente no esperaría encontrarse, sin perjuicio su dimensión ; iii) cuando la cláusula, a pesar de ser legible y fácilmente identificable, resulta oscura o incomprensible como necesaria consecuencia del manejo de un lenguaje sumamente sofisticado o especializado , e incluso; iv) cuando, como consecuencia de la importancia connatural de la cláusula, quien redactó el contrato no direccionó la atención de su contraparte hacia el clausulado en cuestión.

⁹⁹⁸ Clara muestra de lo anterior la encontramos en el reconocido caso *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.* (350 F.2d 445), uno de los precedentes pioneros en la materia, el cual fue proferido en 1965 y en el que se puso de presente que “The manner in which the contract was entered is also relevant to this consideration. Did each party to the contract, considering his obvious education or lack of it, have a reasonable opportunity to understand the terms of the contract, or were the important terms hidden in a maze of fine print and minimized by deceptive sales practices?”. Por su parte, como otro llamativo ejemplo puede aludirse al caso *Architectural Carinets, Inc. v. Gaster* 1971 (291 A.2d 298), en el cual se consideró que una cláusula generó una

atención particularmente al evento de disposiciones que se ocultan en razón de sus reducidas dimensiones tipográficas (*fine print*).

Esta tendencia normativa enderezada hacia el otorgamiento de una función binaria (formal y material) a la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas, se desprende de la marcada influencia que a nivel internacional han tenido los Principios Unidroit. En este sentido, puede señalarse que, una de las posibles motivaciones por la cual originariamente los Principios Unidroit acogieron una concepción más ‘extensiva’ de las cláusulas sorprendidas, puede un fundamento en el hecho que, en tal cuerpo normativo no se adoptó una disposición que se encargue de introducir los denominados ‘requisitos positivos de incorporación’, por manera que se ensancha o dilata el espectro comprensivo de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas hasta el punto de llegar a colmar tal vacío normativo, lo cual, si bien resulta ciertamente conveniente, y digno de reconocimiento, en caso de ausencia de disposición que regule la materia relativa a la posibilidad perceptibilidad y cognoscibilidad con las que deben contar los clausulados contractuales, no por ello debe ser considerado como la opción legislativa más afortunada o conveniente⁹⁹⁹.

En efecto, el ocultamiento de una cláusula, al igual que su redacción oscura, técnica o laberíntica, por sí mismos no hacen que el clausulado en cuestión inexorablemente deba ser catalogado como sorprendente, puesto que, para ello tenga lugar, se requerirá además que el mismo resulte ciertamente inesperado, imprevisto, e insospechado, es decir, que, en rigor, se valga del efecto sorpresa en perjuicio del co-contratante.

Por tal motivo, en estricto sentido, podrán haber clausulados que, pese a encontrarse encubiertos en el entramado contractual, o de contener una redacción de suyo compleja e intrincada, en abstracto, no resultarán en sí mismos sorprendidos para el caso en particular, por cuanto, por vía de ejemplificación, pudieron haber sido oportunamente descubiertos o aclarados con meticulosidad de forma verbal por parte del predisponente. De este modo, puede corroborarse que la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas no logra alcanzar el mismo nivel de guarda o protección de la transparencia, concebida desde su cosmovisión formal, que aquel que se obtiene con la adopción de los requisitos positivos de inclusión, entendidos estos últimos a partir de su formulación más amplia y comprensiva¹⁰⁰⁰.

‘sorpresa injusta’ por cuanto “The confessed judgment clause is not separated from the other portions of the agreement and was not placed in a way to note special attention. In contrast to other sections highlighted on the face of the document, the confession clause is in small, hard to read print within a cramped six line paragraph”.

⁹⁹⁹ En tocante a la conjunción exclusiva de los requisitos positivos y negativos de inclusión en la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas por parte de los Principios Unidroit, así como también del Anteproyecto de Código Mercantil, el profesor MIRANDA SERRANO ha señalado que: “A nuestro juicio, la solución elegida en esta materia por los redactores de los Principios Unidroit y del ACM no es la mejor de todas las posibles. Nos parece más acertado optar por formular de forma expresa y en sentido positivo los requisitos de inclusión o incorporación, y que la regla de las cláusulas sorprendidas juegue como un requisito negativo de inclusión, con referencia a aquellas cláusulas relativas al objeto principal del negocio que, pese a haberse incorporado válidamente al contrato por cumplir las exigencias de forma dispuestas a tal efecto por la ley (esto es, el control de transparencia material o control de inclusión o incorporación), han de quedar fuera del clausulado contractual en consideración a su contenido sorprendente, insólito o inesperado”. MIRANDA SERRANO, Luis María. *El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria*, *op.cit.* p. 61.

¹⁰⁰⁰ En opinión del autor alemán ECKART GOTTSCHALK, de conformidad con lo dispuesto en la § 305c de su Código Civil (BGB), una cláusula que resulte oculta desde una perspectiva formal, o que por su redacción sea particularmente difícil de comprender, en todos los casos no deberá resultar sorprendente, pues para que tenga aplicación la regla de conformidad con la norma precitada, se requerirá además de la existencia de un ‘efecto sorpresa’ el cual deberá ser evaluado con base en las circunstancias particulares que rodearon la celebración del

Es por razón de lo anteriormente dicho que, para brindar una mayor y más deseable protección al sujeto que se adhiere a un contrato que fue proyectado, estructurado y redactado a merced de la pluma de su contraparte, será necesario adoptar ambos postulados normativos en aras de garantizar un documento contractual que no solo sea legible y comprensible, sino que, además, no resulte portador de sorpresas desagradables amén que indeseadas aunque no se desprendan del contenido mismo de la cláusula, ello en estricto cumplimiento del postulado la buena fe y en plena consonancia con el principio de transparencia contractual, integral y globalmente concebido.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, debe señalarse que, los aspectos formales que se desprenden del documento contractual no resultan en lo absoluto ajenos al examen de sorpresividad de una cláusula, sino que, muy por el contrario, pueden revestir una importancia cardinal para el desarrollo del mismo. En efecto, pueden llegar a presentarse supuestos en los cuales, una determinada cláusula logre encunar el elemento sorpresivo no por su contenido, propiamente concebido, sino en razón de forma inusual en que se exterioriza o del modo impropio en que la misma se acopla en el documento contractual, caso en el cual nos encontraremos con lo que doctrinalmente se ha denominado como una ‘sorpresa formal’ (*Formale Überraschung*)¹⁰⁰¹.

Esta tipología particular de cláusulas sorpresivas, que algunos califican como ‘ocultas’ o ‘invisibles’, tiene lugar particularmente cuando se verifica una palmaria desproporción entre la relevancia que representa para el co-contratante el contenido que integra la cláusula y la manera en que la misma efectivamente es plasmada en el plexo contractual¹⁰⁰². Ello puede llegar a acontecer, entre otras circunstancias, en el caso en que la estipulación en cuestión se encuentre oculta o enmascarada en el entramado contractual, ya sea por su formulación tipográfica, o sea porque la misma se encuentra situada en una sección, o bajo la sombra de un epígrafe, en donde razonablemente no era de esperar que llegase a figurar una cláusula de tal naturaleza, por cuanto

contrato. Razón por la cual concluye afirmando que la regla de las cláusulas sorpresivas cuanta con un nivel bajo de protección frente al principio de transparencia visto desde su perspectiva formal. GOTTSCHALK, Eckart. *Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen*, op.cit. pp. 573 y 574.

¹⁰⁰¹ BASEDOW, Jürgen. *§ Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, op.cit. p. 1201. La visión de las cláusulas sorpresivas desde su perspectiva formal igualmente ha tenido un amplio desarrollo en el marco del control de condiciones generales en el ámbito del Derecho laboral alemán, sobre el particular véase DÄUBLER, Wolfgang. “§ Überraschende und mehrdeutiger Klauseln”, en *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2014, pp. 100 y 101.

¹⁰⁰² ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 261. Sobre esta categoría de cláusulas sorpresivas el profesor ÁGUILA REAL, puede dividirse a su turno en dos grupos que tendrán lugar cuando: “a) Que se trate de cláusulas cuya razón de ser desaparezca si el cliente no las conoció efectivamente porque tienen una función de «aviso» al cliente para que actúe de una forma determinada o se abstenga de realizar determinadas conductas [sic], que normalmente el cliente no tendría por qué realizar o evitar; b’) que se trate de cláusulas cuyo conocimiento por el cliente resulta de gran importancia en su toma de decisión sobre si contrata o no”.

no logra coincidir con la sistemática propia del contrato¹⁰⁰³, y, en tal virtud, podrá llegar a sorprender incluso a un contratante atento y perspicaz¹⁰⁰⁴.

Siguiendo esta línea de ideas, puede comprobarse que, en estos eventos atinentes a una ‘sorpresa formal’ lo que se persigue no suele ser el propósito de ofrendar un amparo a la existencia de una concreta expectación que se forja el co-contratante, concebida como la representación que este último tiene de que algún evento particular llegue o no a acontecer, sino que, más bien, lo que se pretende es tutelar la confianza que legítimamente puede tenerse de que el contrato que aquel ha celebrado no se verá alterado subrepticamente por una cláusula furtiva que dé lugar al nacimiento de una quimera que este no pudo llegar a prever, o siquiera a imaginar.

Ahora bien, es menester señalar que, la dimensión formal del elemento sorpresa no resultó ajena a la originaria formulación positiva de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas por parte del ordenamiento jurídico alemán, pues bien, tal como puede evidenciarse de la § 3 de su, antes vigente, ley de condiciones generales (AGB-Gezet, hoy §305c BGB) para la determinación del carácter sorpresivo de una cláusula, se postula como parámetro primordial ‘la apariencia externa del contrato’, dando acogimiento de este modo a un factor de raigambre formal, que no exclusivamente sustancial¹⁰⁰⁵. Sobre este particular, el profesor de la Universidad de Augsburg, PETER SCHLOSSER, ha puesto de presente que, la expresión relativa a la ‘apariencia externa del contrato’ que fue empleada por el legislador alemán no tiene sentido si se considera que únicamente el contenido de la cláusula es apto para denotar el carácter inusual (o sorpresivo) de la misma, motivo por el cual, en su opinión, debe entenderse que, en realidad, con la inclusión dicha expresión se puso de manifiesto que incluso los aspectos formales de una cláusula cuentan con la potencialidad suficiente para dar cabida a la aplicación de la precitada norma¹⁰⁰⁶.

Así las cosas, con fundamento en lo hasta aquí expuesto, consideramos que es dable afirmar que, la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, incluso en aquellos ordenamientos que

¹⁰⁰³ La jurisprudencia alemana ha señalado que la forma externa inusual de una cláusula, así como su colocación en un lugar inesperado del documento contractual, también puede dar lugar a la materialización de una cláusula sorpresiva. Así lo determino en providencia del 26 de julio de 2012, en la cual se juzgó un caso en el que ofreció un servicio que consistía en la inscripción en un directorio de empresas en internet, el cual, si bien generalmente suele ser gratuito, en el caso en particular tenía una cláusula de remuneración que se agregó de una forma tan oculta que no sería razonable esperar que un comerciante promedio la leyese, por manera que, la expectativa de que dicha inscripción fuese gratuita -como sucede habitualmente- no se desvirtuó con la suficiente claridad, dando lugar con ello a la constitución de una cláusula sorpresiva. Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH), sentencia del 26 de julio de 2012 (NJW 1982, 2309 - VII ZR 316/81), en el mismo sentido puede consultarse: sentencia del 17 de mayo de 1982 (NJW 1982, 2309 - VII ZR 316/81); sentencia del 22 de noviembre de 2005 (NJW-RR 2006, 490 - XI ZR 226/04) y sentencia del 21 de julio de 2010 (NJW 2010, 3152 - XII ZR 189/08). Por parte de la doctrina véase LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. *§ Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, op.cit. p. 179, y LEENEN, Detlef. *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, op.cit. p. 347.

¹⁰⁰⁴ ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. *§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. pp. 310 y 311.

¹⁰⁰⁵ Según expresa el profesor HEI KÖTZ, para determinar el carácter sorpresivo de una cláusula no solo es decisivo el contenido de lo que fue acordado sino también la impresión que el co-contratante haya podido obtener según la ‘apariencia externa del contrato’, por lo cual se debe tener en consideración las características tipográficas del contrato, así como también la forma en que es presentado el documento. KÖTZ, Hein. *§ 3 Überraschende Klauseln*, op.cit. p. 1825. Véase igualmente DITTMANN, Klaus & STAHL, Henning. *AGB allgemeine Geschäftsbedingungen kommentar*, op.cit. p. 77 y 78, y RÜTHERS, Bernd & STADLER, Astrid. *Allgemeiner Teil des BGB*, C.H. Beck, München, 2014. p. 254.

¹⁰⁰⁶ SCHLOSSER, Peter. *§ 3 Überraschende Klausel*, op.cit. p. 128.

cuentan con una disposición expresa y concreta que se encarga de introducir los requisitos positivos de incorporación, cumple una función de control formal, la cual, si bien resulta limitada o incluso residual, no por ello se torna nimia o irrelevante, ya que reviste una particular trascendencia tanto nivel teórico como práctico, pues se encuentra enderezada a depurar aquellas anomalías o imperfectos que, a pesar de atender a aspectos formales del contrato, logran escapar del filtro primigenio que se encuentra estructurado por los mencionados requerimientos positivos, y consiguen ingresar de forma indecorosa al documento contractual valiéndose para ello del efecto sorpresa, lo que justifica su respectivo y necesario rechazo.

b) *El precio o tarifa acordado*

Es evidente que el precio, sea que este desempeñe como la contrapartida a la cual tiene derecho el co-contratante en razón de la prestación que debe ejecutar, o sea que se desenvuelva como el valor al cual este último accede a desembolsar en orden a poder adquirir un bien o servicio, representa una clara e indiscutida fuente de legítimas y trascendentes expectativas¹⁰⁰⁷. En efecto, quien contrata suele hacerlo con la ferviente convicción de que aquella suma que fue acordada se mantendrá incólume, o que, por lo menos, en aquellos casos en los cuales no fue objeto de concreta determinación, -pero que sí es susceptible de ser determinada- la misma se mantendrá dentro de los lindes de lo que razonablemente podría esperarse, y no se verá afectada por clausulados que, de forma inopinada y sorpresiva llegan a alterar su cuantificación¹⁰⁰⁸.

Al respecto, y a pesar de que este fue una temática a la cual ya nos hemos venido aproximando en varias oportunidades, debemos en reiterar que, cuando no se satisfaga correctamente el grado de transparencia bidimensional (formal y sustancial) que adquiere un mayor realce frente a este tipo de cláusulas que determinan el precio, o que cuentan con la virtualidad de llegar a influir en la cuantificación del mismo, puede generarse como resultado que tales clausulados lleguen a pasar de manera inadvertida al contratante, y que, posteriormente asomen de forma sorpresiva, frustrando las expectativas que aquel se hubiese

¹⁰⁰⁷ Sobre la necesidad de tutelar las expectativas que pueden llegar a forjarse un en relación al precio acordado por las partes, en un temprano pronunciamiento en la materia, la Corte de Apelación de Santiago de Chile en sentencia del 21 de septiembre de 2007 consideró como nulas -por abusivas- unas disposiciones de un contrato de tiempo compartido que introducían la obligación de pagar cuotas de membresía y de servicios, puesto que el alto tribunal consideró que dichos clausulados introdujeron incrementos del precio que había sido pactado por las partes contraviniendo de tal manera las expectativas razonables que el contratante adherente se había formado, lo que generó como resultado la materialización de un desequilibrio importante. Al respecto, puede consultarse MOMBORG URIBE, Rodrigo. *El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato*, Revista de Derecho, Vol XXVI, N° 1, 2013. pp. 13 y 14.

¹⁰⁰⁸ La idea de que los clausulados que generan modificaciones en el precio pueden llegar a materializar supuestos de cláusulas sorpresivas se ha reflejado igualmente en el *common law*, tal como lo ha puesto de presente el profesor SPANOGLE, quien, exponiendo algunas de las circunstancias que la jurisprudencia norteamericana ha considerado que pueden dar lugar a la figura de la sorpresa injusta, ha señalado que “Perhaps surprise also includes the drafting of terms, such as price terms, so thath their full import cannot be understood by the non-drafting party”. SPANOGLE, Jhon A. *Analyzing unconscionability problems*, *op.cit.* p. 954. Al respecto, en tocante a la necesidad de brindar una protección frente a precios que pueden resultar sorpresivos, conviene mencionar que en la jurisprudencia norteamericana del siglo XIX ya había puesto de manifiesto que “Surprise and gross inadequacy of price, are sufficient grounds for setting aside a judicial sale of real estate, upon fully indemnising the purchaser”. BRIGHTLY, Frederick. *A Digest of the decisions of the courts of the State of New York*, Vol I, Banks & Brothers, New York, 1880. p. 1741.

podido forjar con relación a la retribución económica que aparentemente se desprendía del contrato, la cual ulteriormente se vería modificada o alterada por una cláusula que razonablemente no era de esperarse¹⁰⁰⁹. En este sentido, lo que se busca es tutelar la confianza del co-contratante que se articula en la idea de que aquella contraprestación de naturaleza pecuniaria que fue acordada inicialmente no se verá alterada de forma subrepticia por una cláusula inadvertida¹⁰¹⁰.

Un claro ejemplo de lo anterior, puede encontrarse en la jurisprudencia alemana relativa a la denominada cláusula de ‘escalada’ del precio de la sustancia o material (*Stoffpreisgleitklausel*), la cual representa una formulación especial de las más conocidas ‘cláusulas de reajuste del precio’, y, de conformidad con la cual, se le atribuye la facultad a las partes contratantes de poder realizar un ajuste o una nivelación del precio de un servicio con arreglo a la fluctuación que, ora al alza u ora a la baja, llegase a soportar el valor del mercado que corresponde al material -v.gr, el acero- requerido para la ejecución de la labor encomendada.

Al respecto, en este escenario, el Tribunal Federal de Justicia alemán ha sido claro al señalar que, no obstante el carácter usual que, *in genere*, se pueda predicar de este tipo de estipulaciones contractuales en el panorama germano, la introducción de un método de cálculo que permita una reducción del precio de forma inesperada, siempre que no haya intermediado una clara indicación de la presencia y el alcance de tal disposición, comporta una naturaleza inusual para el círculo empresarial conformado por el sector de la construcción, lo que impide que el co-contratante logre dimensionar correctamente las consecuencias y repercusiones que aquel método de cálculo puede llegar a producir en la contraprestación monetaria de la obra, y que, por tal virtud, dicha disposición deba considerarse en tales supuestos como no incorporada en razón de su naturaleza sorpresiva¹⁰¹¹.

3.1.2. Factores generales. La naturaleza del contrato.

¹⁰⁰⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Los contratos de adhesión*, op.cit. p. 1595.

¹⁰¹⁰ En opinión del profesor ALFARO ÁGUILA-REAL, “Estas cláusulas son insólitas porque atentan contra la exigencia de transparencia que se desprende de la regla de las cláusulas sorprendentes. El cliente debe poder confiar no sólo en que el contrato contiene la regulación usual sino que también en que el precio pactado –que normalmente ha sido decisivo para formar su voluntad de contratar– no va a resultar otro claramente distinto como consecuencia de la aplicación de las condiciones generales. Es obvio que este tipo de cláusulas frustran las expectativas del cliente respecto del contrato, pero una vez ha de señalarse que no cualquier discrepancias entre expectativas y realidad es relevante”. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 269 y 270.

¹⁰¹¹ Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH), sentencia del 10 de enero de 2014 (NJ2 2015, 49 – VII ZR 344/13), y sentencia del 25 de enero de 2018 (NJW-RR 2018. 377 -VII ZR 219/14). Sobre este tipo de cláusulas también se ha pronunciado el profeso ALFARO, memorando que “Puede ocurrir también, por último, que a pesar de que no se haya pactado un precio expresamente, las cláusulas que determinan el modo de calcular el mismo sean sorprendentes porque se aparten de lo que normalmente suele hacerse”, y posteriormente continuar afirmando que la aplicación del control sobre estas cláusulas por intermedio del § 3 AGB-Gesetz, hoy § 305c, “sirve para declarar ineficaces cláusulas que permiten al predisponente establecer un «precio abusivo en relación con las condiciones del mercado». La norma adquiere así una función propia respecto a las normas de control de contenido” (se destaca) . ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 271.

Ahora bien, sin perjuicio de la posible concurrencia de ambos supuestos, si al momento de celebrar el contrato no convergen factores particulares los cuales cuentan con un elevado grado de relevancia que se torne suficiente para dar cabida al surgimiento de singulares y razonables expectativas en cabeza del co-contratante, para efectos del desarrollo de la evaluación de la posible naturaleza sorpresiva de una cláusula, resultarán decisivos todos aquellos factores que sean poseedores de un carácter general y objetivado, lo cuales, principalmente, se encontrarán determinados por la naturaleza que legal o usualmente revista el modelo contractual al cual pertenece la cláusula objeto de controversia¹⁰¹². En este sentido, se deberá entrar a analizar si la cláusula en cuestión logra comulgar de forma armónica con la naturaleza contractual o si, por el contrario, entre esta y aquella se configura una relación inarmónica, caso en el cual podrá darse lugar a la indeseada frustración de las legítimas y razonables expectativas del co-contratante, y, por tal senda, a la constitución de una reprochable sorpresa.

Al respecto, la naturaleza o tipología contractual, posiblemente constituye la fuente básica o primaria de la cual se desprenden concretas expectativas con relación al negocio que se pretende celebrar, ello bajo el entendido que, cuando un sujeto busca la satisfacción de sus intereses por intermedio de la consecución de un acuerdo enderezado hacia la producción de derechos y obligaciones, generalmente lo hace acudiendo al modelo contractual que se ajusta de mejor forma a sus exigencias, por manera que, a no ser que se verifiquen reconocibles manifestaciones que den cuenta de lo contrario, resultará legítimo y razonable que aquel sujeto pueda llegar a confiar que el acuerdo que pretende celebrar seguirá la regulación con la que usual y habitualmente se suelen desempeñar los contratos con los cuales comparte una misma naturaleza o categoría¹⁰¹³, y que, en tal sentido, no se verá sorprendido por clausulados inusuales o inesperados que den cabida a una mutación del programa obligacional que pueda predicarse como usual de un concreto tipo contractual¹⁰¹⁴.

En este sentido, la autora colombiana MARÍA ALEJANDRA LACAYO ARANA, evidenciando la conjunción existente entre la tipología contractual, las expectativas razonables y la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, ha puesto de presente que “La naturaleza del contrato, es decir su tipicidad, también está incluida entre las cosas que deben ser respetadas y tenidas como legítimas expectativas de la otra parte, las cláusulas que desnaturalicen el contrato son sorprendentes porque lo convierten en algo distinto, con obligaciones ajenas a lo que podría esperarse”¹⁰¹⁵.

Es menester señalar que, la cuestión que aquí nos atiende no se ha desenvuelto únicamente en un plano teórico, por cuanto, en el ámbito legislativo, y pre-legislativo, cuando se ha acudido

¹⁰¹² LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang, § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* p. 179. Véase igualmente con interés PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, *op.cit.* p. 503.

¹⁰¹³ Al respecto, el profesor WALTER F. LINDACHER ha afirmado que la confianza que tiene el contratante respecto a la forma jurídica habitual del contrato, de conformidad con la tipología del mismo, debe ser concebida como digna de protección. LINDACHER, Walter F. § 3 *Überraschende Klausel*, *op.cit.* p. 129. Siguiendo la misma línea, el profesor español PAGADOR LÓPEZ ha sido enfático al señalar que: “En líneas generales, deberán reputarse insólitas o sorprendentes, por contravenir las expectativas razonables del cliente a las que ahora nos referimos, aquellas cláusulas que contradigan o alteren sustancialmente el modelo legal, tradicional o usual del contrato celebrado, porque es digna de tutela la legítima confianza del cliente en que se produzca una regulación contractual usual y conforme al tipo de contrato celebrado (...)”. (se destaca) PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, *op.cit.* p. 503.

¹⁰¹⁴ BENÍTEZ CAORSI, Juan J. *La revisión del contrato*, Temis, Bogotá, 2010. p. 294.

¹⁰¹⁵ LACAYO ARANA, María Alejandra. *Condiciones generales de la contratación*, Ibañez, Bogotá, 2015. p. 114.

a la ‘apariencia externa’ o la ‘naturaleza’ del contrato como parámetros para la evaluación en el marco del examen de sorpresividad, se ha considerado que con ello se pretende aludir principalmente a la tipología en el que se enmarca la relación negocial, es decir, a la denominación que adscribe el acuerdo de voluntades con respecto a un determinado arquetipo contractual¹⁰¹⁶.

De esta forma, con la regla de la prohibición de las cláusulas sorpresivas, puede evidenciarse como, al menos en el marco de la contratación predispuesta, el juzgador deberá tomar como punto de partida el *nomen* que se le ha atribuido a la relación contractual, la cual, tal como se expresó, es fuente indiscutida de legítimas expectativas, y, a partir de ello, deberá proceder a determinar si la carga prestacional que se deriva de la relación negocial se encuentra en consonancia con lo que usualmente podría esperarse de los contratos con los que comparte una misma denominación y naturaleza, y no en sentido contrario, por manera que, como lo expresa el profesor ALFARO ÁGUILA-REAL “La regla de las cláusulas sorprendentes revaloriza, así, el *nomen contractus* frente a la *lex contractus* cuando ésta se encuentra conformada por condiciones generales (...)”¹⁰¹⁷.

Así las cosas, es dable afirmar que, en línea de principio general, todos aquellos clausulados que fueron producto de la predisposición y que se encuentran en plena discordancia con la estructura normativa que, a nivel legal y jurisprudencial, se le atribuye al tipo contractual al que fueron introducidos, o que, en el evento de encontrarnos ante un contrato atípico o innominado, se contrapongan al uso, a la costumbre o la práctica habitual, de no haber sido introducidos en modo transparente permitiendo que el co-contratante efectivamente haya contado con una posibilidad efectiva de conocerlos, deberán ser objeto de rechazo, en atención a su connotación sorpresiva amén que inhabitual, ello en estricta concordancia con el ínclito postulado de la buena fe¹⁰¹⁸.

Siguiendo esta línea de ideas, podemos poner de presente que, entre los eventos más reconocidos de este tipo de estipulaciones que trastocan la naturaleza misma del contrato se pueden encontrar aquellas cláusulas que: i) alteran sustancialmente el contrato a punto tal de producir una mutación sustancial del mismo, transformándolo así en uno diferente, o que turban su naturaleza al eliminar el carácter sinalagmático del mismo; ii) introducen modificaciones que generan un vaciamiento o una frustración de la finalidad perseguida al momento de contratar; iii) destruyen la reciprocidad entre las prestaciones contractuales; iv) resultan foráneas o extrañas al tipo contractual celebrado; y v) dan lugar al surgimiento de

¹⁰¹⁶ Según ha expresado el profesor de la Universidad de Múnich, KÖHLER HELMUT, por la apariencia externa del contrato se debe entender los rasgos básicos que resultan característicos al tipo contractual. KÖHLER, Helmut, *BGB Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, München, 2019. p. 578. Véase igualmente KLEIN, Michele. *La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación a la luz de la ley alemana*, op.cit. p. 134, y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 263.

¹⁰¹⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 265.

¹⁰¹⁸ Al respecto, el profesor MIQUEL GONZÁLEZ, acompañado por su acostumbrado tino, ha expuesto que “Hay que advertir también que la naturaleza del contrato determina su integración conforme a la buena fe, al uso y a la Ley, y que esa naturaleza, en cuanto se entienda que expresa la causa del contrato, no debería ser contradicha por condiciones generales opuestas a ella. Es decir, no cabría desnaturalizar el contrato en condiciones generales, porque esto sería contrario a una integración conforme a la buena fe y quizá también al uso”. MIQUEL GONZÁLEZ, José María. *Artículo 8. Nulidad*, op.cit. p. 465.

vínculos contractuales que sobrepasan los límites que habitualmente se desprenden del tipo de contrato celebrado en franco desconocimiento de la autonomía de la voluntad¹⁰¹⁹.

Ahora bien, al momento de entrar a analizar la tipología o naturaleza contractual como fuente por excelencia productora de considerables expectativas, las cuales se encuentran estrechamente concatenadas al marco normativo y regulatorio a través del cual suelen desempeñarse los contratos de un mismo tipo, se ha concebido igualmente necesario acudir al derecho dispositivo como un parámetro de medida para efectos de lograr evaluar la posible configuración del sorpresivo del cual puede ser portador un determinado clausulado¹⁰²⁰.

De esta forma, la jurisprudencia alemana ha puesto de presente en reiteradas oportunidades que, al momento de entrar a valorar el carácter sorpresivo de una cláusula (*Überraschenden Charakter*), se deberá tener en especial consideración, como parte de las circunstancias generales que circundan la celebración del contrato, el grado de desviación del contenido que aquella introduce con respecto al modelo obligacional que se desprende de las normativas dispositivas¹⁰²¹. Por tal motivo, se ha llegado a concebir que, en línea de principio general, existe una suerte de relación directa y proporcional entre el potencial sorpresivo de un clausulado y el distanciamiento del contenido que aquel incorpora frente a los lineamientos que son trazados por las normas dispositivas¹⁰²².

En efecto, lo anterior encuentra un claro fundamento en el hecho que, del derecho dispositivo no solo representa un “modelo prototípico de reparto de derechos y obligaciones entre las partes en ese tipo contractual”, puesto que, tal como lo plantea con precisión el autor español CARLOS BALLUGERA GÓMEZ, por medio de aquel también se “expresa, ciertamente, una forma de la comunidad de voluntades que recoge los intereses y expectativas del adherente, representando la intención común, típica pero objetiva en el contenido contractual”¹⁰²³ (se destaca). Al respecto, no debe olvidarse que, este concepto en la actualidad se ha visto redimensionado y ha adquirido un mayor margen de aplicación, particularmente en el marco de la contratación estandarizada, en el cual adquiere cada vez una mayor relevancia,

¹⁰¹⁹ En general, véase: ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. pp. 263-272; PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, op.cit. pp. 504-508; ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 309; y DITTMANN, Klaus & STAHL, Henning. *AGB allgemeine Geschäftsbedingungen kommentar*, op.cit. pp. 78 y 79.

¹⁰²⁰ STADLER, Astrid. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 406; y BASEDOW, Jürgen. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, op.cit. p. 1195.

¹⁰²¹ Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH), sentencia del 26 de marzo de 2018 (NJW 2018, 1486 - 4 StR 408/17); sentencia del 20 de febrero de 2014 (NJW 2014, 8 - IX ZR 137/13); sentencia del 11 de diciembre de 2003 (NJW-RR 2004, 780 - III ZR 118/03); sentencia del 30 de junio de 1995 (NJW 1995, 2637 - V ZR 184/94); sentencia del 30 de junio de 1976 (VIII ZR 267/75 - NJW 1976, 1886); y, sentencia del 8 de octubre de 1975 (NJW 1977, 195 - VIII ZR 81/74).

¹⁰²² Al respecto, el profesor de la Universidad de Bremen, WOLFGANG DÄUBLER señala que, entre más se aleje el contenido de una cláusula de las normas dispositivas o de la regulación habitual, más pronunciado será su carácter sorpresivo. DÄUBLER, Wolfgang. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, op.cit. p. 100.

¹⁰²³ BALLUGERA GÓMEZ, Carlos. *El contrato no-contrato*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006. p. 207. En un sentido similar, dando cuenta también del hecho que en el derecho dispositivo se suelen englobar las expectativas de las partes, el profesor argentino, ATILIO ANÍBAL ALTERINI, memora que “Esas normas legales supletorias que regulan el contrato son, por lo general, *default rules*, mediante las cuales se evita que las partes estén precisadas a lograr acuerdo sobre todas las cuestiones (ENDICOTT), y se las considera adecuadas a la intención de los contratantes cuando es presumible que reflejen el ‘entendimiento común o las expectativas convencionales que probablemente integran la asunción tácita de las partes’ (BARNETT)” (se destaca). ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos civiles, comerciales, de consumo: teoría general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009. p. 50.

a punto tal que, pese a su naturaleza supletoria, se instituye como un modélico paradigma que interioriza la solución que el legislador ha considerado como la más adecuada para un escenario en particular, y que, por lo tanto, no podrá verse desvirtuado en razón de clausulados con relación a los cuales no puede llegar a predicarse un auténtico consentimiento contractual¹⁰²⁴.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que se considere improcedente el pacto en contrario frente a esta tipología de normativas, ya que ello no sería más que una vana e infructuosa defensa de un postulado oximorónico constituido por el irrealista proposición de la ‘imperatividad de lo dispositivo’, -sin perjuicio de que, en la actualidad es posible hablar de una ‘semi-imperatividad’ del derecho dispositivo¹⁰²⁵-, sino que, lo que realmente pretendemos señalar es que, cuando nos encontremos ante contenidos contractuales predispuestos a través de los cuales se pretende alejar de lo que ha sido preceptuado por las normas supletorias, ello deberá hacerse de forma transparente, clara y adamantina, evitando así que el co-contratante pueda verse sorprendido, y por contera, defraudado¹⁰²⁶.

En este punto es necesario poner de presente que, el distanciamiento que un determinado clausulado genera del derecho dispositivo representa una factor que suele guardar relevancia tanto para efectos de dar lugar a la determinación del carácter abusivo de una cláusula, como también para su calificación como sorpresiva¹⁰²⁷, siendo por lo tanto una cuestión que debe ser evaluada con especial atención, ya que, de lo contrario, podrían llegar a generarse superposiciones o incluso confusiones conceptuales. Es por virtud de lo anterior que algunos autores han considerado más conveniente dejar la cuestión relativa a las cláusulas que derogan o se apartan del derecho dispositivo al control de abusividad¹⁰²⁸.

Ahora bien, debemos señalar que, por nuestra parte, si bien consideramos que tal interpretación puede ser en principio adecuada, creemos que la misma no debe ser interpretada en modo absoluto, ya que llevaría a desconocer la trascendencia que puede llegar a representar la inesperada desviación que genera una disposición de las normas supletorias al momento de evaluar la aplicación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas.

En este sentido, en nuestra opinión, resulta necesario diferenciar el modo en el que el mencionado distanciamiento de las normas dispositivas debe valorarse en uno u otro escenario, ya que cuando se habla de cláusulas abusivas lo que se busca determinar si dicho

¹⁰²⁴ En este sentido se ha pronunciado recientemente la autora francesa SIBYLLE CHAUDOUET, la que, en relación al papel que debe desempeñar en la actualidad el derecho dispositivo en el ámbito de la contratación predispuesta, ha cluido que “la règle supplétive trouve aujourd'hui ses lettres de noblesse, dans la matière contractuelle particulièrement, où elle fait l'objet d'un certain regain d'intérêt dans les réformes récentes et attendues du droit des contrats. En ce qu'une règle de cette nature tend à véhiculer l'idée de ce qui devrait normalement être pour une situation contractuelle donnée, qu'elle exprime la solution que son auteur juge préférable entre toutes, cette solution, serait-elle édictée à titre supplétif, devrait être promise à l'application la plus large. A la faveur des valeurs de justice contractuelle qui l'inspirent, elle tend en effet à incarner un modèle de solution pour les situations contractuelles les plus diverses, en tant qu'elle exprime, pour chacune d'entre elles, un idéal d'équilibre dans la répartition des droits et obligations entre les parties”. CHAUDOUET, Sibylle. *Le déséquilibre significatif*, LGDJ, Paris, 2021. p. 232.

¹⁰²⁵ LACAYO ARANA, María Alejandra. *Condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 115-119.

¹⁰²⁶ En consonancia con lo expresado, BALLESTEROS GARRIDO señala que, si se quiere derogar el derecho dispositivo por intermedio de estipulaciones comprendidas en el condicionado general, “debe hacerse de tal forma que el adherente no se vea sorprendido ni el resultado de la nueva composición del contrato sea abusiva”. BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, op.cit. p. 226.

¹⁰²⁷ BASEDOW, Jürgen. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, op.cit. pp. 1194 y 1195.

¹⁰²⁸ Véase *supra* nota 1090.

distanciamiento puede aparejar la materialización de un desequilibrio prestacional relevante e injustificado, mientras que, en el caso de las cláusulas sorprendivas, lo que se pretende comprobar es si la falta de concordancia entre una determinada disposición contractual respecto a lo que se encuentra preceptuado en el derecho supletorio, para efectos del caso objeto de estudio, puede considerarse como sorprendente, pues vulnera las razonables expectativas que un co-contratante medio puesto en las mismas circunstancias se habría podido llegar a forjar.

Desde esta perspectiva puede concebirse que, habrán escenarios en los que la desviación que una cláusula genera del derecho dispositivo no logra configurar un supuesto de desequilibrio injustificado, significativo, o importante, pues la misma puede encontrar un sustento en el contrato que se celebra, pero que, para efectos de un caso en cuestión, tal desviación puede resultar sorprendente, pues se introdujo en un modo subrepticio en franco desconocimiento de la confianza legítima, así como también de las expectativas que co-contratante razonablemente pudo haber albergado. En estos casos estaremos ante una cláusula sorprendente pero no ante una cláusula abusiva, en rigor.

4. LAS DIMENSIONES PREVENTIVA Y CORRECTIVA DE LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS.

Los efectos negativos que se derivan de la naturaleza sorprendente de un clausulado pueden ser erradicados, o por lo menos, mitigados, en línea de principio general, a través de dos procedimientos de naturaleza diversa. Así, de un lado, el elemento sorpresa podrá ser eliminado de la ecuación contractual por intermedio de mecanismos preventivos que, precediendo a la celebración del contrato (*ex ante*) deberán ser ejecutados por parte del predisponente en aras de instaurar una relación transparente y de evitar que dicho elemento siquiera llegue a tener lugar, mientras que, del otro lado, ya en un escenario subsiguiente al perfeccionamiento contractual (*ex post*), el elemento sorpresa podrá ser paleado por intermedio del accionar reactivo que el ordenamiento jurídico, a través del poder judicial, ejercita con el propósito de purgar los efectos perniciosos que la presencia de una cláusula de tal naturaleza pudo ocasionar.

4.1. LA DIMENSIÓN PREVENTIVA. LA ELIMINACIÓN DE LA VIRTUALIDAD SORPRESIVA

Siguiendo esta línea de ideas, es menester señalar que, tal como pudimos anticiparlo, desde un primer plano, el predisponente cuenta con la plena facultad de prever y evitar que la sorpresa llegue a enseñorearse del contrato, por intermedio de la instrumentalización de una cláusula que aquel ha redactado con fundamento en su entera discreción, lo cual podrá conseguir implementando prácticas comerciales que se encuentren enderezadas a garantizar que el sujeto con el que está contratando, en modo previo o simultáneo al momento de la celebración contractual¹⁰²⁹, haya llegado a conocer de manera efectiva el clausulado en cuestión, y que, en

¹⁰²⁹ Teniendo en consideración que el estadio del *iter* contractual en el que el efecto sorprendente suele desencadenarse es el que subsigue al momento de la celebración del acuerdo, las referencias o indicaciones que se realicen de una cláusula con posterioridad a este último no pueden considerarse como idóneas o adecuadas para ‘curar’ o purgar el elemento sorpresa. Así mismo, teniendo en consideración que la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas suele reconducirse al ámbito del control de inclusión el cual suele evaluarse hasta el momento de la celebración del contrato, la notificación posterior no tendrá ninguna relevancia. Así, SCHWAB, Martin. *AGB-Recht*, *op.cit.* p. 115; ULMER, Peter, & SCHÄFER. § 305c *Überraschende und mehrdeutige*

la medida de lo que resulte razonablemente posible, haya podido comprender el contenido real del mismo, así como las implicaciones que de ella se derivan y el modo en el que tales implicaciones pueden llegar a repercutir en el marco global del acuerdo negocial¹⁰³⁰.

Así, el predisponente, en aras de lograr garantizar un nivel de transparencia que permita evitar la proliferación de sorpresas que puedan llegar a frustrar la legítima confianza de los co-contratantes, deberá emplear prácticas comerciales leales, las cuales se encuentren enderezadas a ofrendar claridad respecto del contenido del contrato, valiéndose así de la correcta y razonable presentación del mismo, a su turno que, otorgando un debido acompañamiento y un adecuado suministro de información en sede precontractual, ya que, al proceder este modo difícilmente podrá llegar a alegarse que una determinada cláusula resultó inesperada o sorpresiva.

En este sentido, fundamentándose en los postulados de la buena fe y la solidaridad contractual, en el escenario de la contratación contemporánea, la prevención de la sorpresa se proyecta aquí, no desde una perspectiva ilusoria que pretende concebir una al co-contratante como una especie centinela, al cual se le asigna la gravosa labor de postrarse sobre una atalaya y desempeñar una insomne e inagotable labor de vigilancia para evitar ser sorprendido o engañado, sino más bien, como una carga que recae en cabeza del predisponente, quien, en aras de poder estructurar el contenido que regirá la relación contractual, deberá honrar las legítimas expectativas que el co-contratante pudo haber albergado, las cuales, en razón de su carácter razonable, resultarán plenamente reconocibles, y en tal virtud, serán susceptibles de ser anticipadas¹⁰³¹. Al comportarse de este modo, el predisponente podrá prevenir la producción de un efecto sorpresa y, de tal manera, garantizar que sus clausulados, siempre que los mismos resulten equilibrados y se encuentren en consonancia con la buena fe, lleguen a gobernar la relación negocial, y no sean expulsados por parte del ordenamiento jurídico.

En consideración de lo anteriormente dicho, puede señalarse que, en un primer término, para la correcta prevención del surgimiento de un indeseado efecto sorpresa, la redacción del documento contractual deberá realizarse con pulcritud, transparencia, orden y sistematicidad,

Klauseln, *op.cit.* pp. 315 y 316; y LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 183. En un sentido contrario parece pronunciarse el profesor PETER SCHLOSSER, en opinión del cual, debe considerarse viable la eliminación del efecto sorpresa con posterioridad a la celebración del contrato cuando anteceda de que dicho elemento se haya materializado y afectado al co-contratante. SCHLOSSER, Peter. § 3 *Überraschende Klausel*, *op.cit.* p. 136.

¹⁰³⁰ PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones Generales y Cláusulas Contractuales Predispuestas...*, *op.cit.* p. 494; y LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 183. Al respecto, el doctrinante español JOSÉ ANTONIO BALLESTEROS ha expresado acertadamente que: “El predisponente puede evitar su inseguridad mediante unas prácticas comerciales correctas, elaborando condiciones generales equilibradas y presentándolas a sus clientes sin pretender engañarles y suministrándoles toda la información precisa, si se rechaza esta doctrina, el adherente no puede evitar la situación de inseguridad en que quedaría, puesto que estaría sometido al arbitrio del empresario, que podría sorprenderle, en la ejecución de cada negocio por medio de la utilización de condiciones generales que no ha podido conocer”. BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la voluntad*, *op.cit.* p. 184.

¹⁰³¹ Al respecto, en su magnífico estudio en el que entra a desarrollar el ‘nuevo significado del contrato’, el profesor de la Universidad del sur de California, DAVID SLAWSON, expone que, como consecuencia de que en la actualidad los predisponentes suelen encontrarse mejor informados que los adherentes, particularmente que los consumidores, en relación al precio, la calidad, características y la publicidad que circula con relación a un determinado producto en la industria, aquellos, por regla general, cuentan con una pleno conocimiento de las expectativas razonables que puedan llegar a tener estos últimos puedan llegar a albergar al momento de contratar. SLAWSON, David. “The new meaning of contract”, en *University of Pittsburgh Law Review*, Vol 46, 1994. pp. 27 y 28.

abriendo con ello la puerta a la correcta congosibilidad del mismo, lo que no solo implica – desde una formulación en negativo–, una indiscutida veda a la inclusión de estipulaciones furtivas que se camuflan en una intrincada y extensa selva conformada por un sinfín de clausulados que poseen una tipografía diminuta, sino que, además – a partir de una postulación positiva –, hace recaer en cabeza del predisponente un deber de realzar y llamar especialmente la atención ante aquellas cláusulas que posean una naturaleza inusual o un potencial sorpresivo, en modo tal que, las mismas razonablemente no puedan llegar a pasar desapercibidas, incluso para el común de co-contratantes que no suelen tomarse la molestia de leer integralmente el contrato¹⁰³².

De este modo puede evidenciarse que, la simple sistematicidad, el orden del contrato, y la correcta ubicación de la cláusula, así como el hecho que la misma se encuentre redactada en caracteres legibles, no parecen ser requisitos suficientes para erradicar eficazmente la proliferación de un indeseado efecto sorpresa, ya que, para dar lugar a una correcta purga de la sorpresividad de una cláusula, no bastará con la simple posibilidad de que la misma pueda llegar a ser conocida¹⁰³³.

Al respecto, es menester poner de presente en este punto que, incluso la comprobación de que el co-contratante haya leído por completo la cláusula, o que este último haya firmado un formulario en el que se indique que las condiciones que regirán el contrato han sido leídas, explicadas y comprendidas correctamente, no siempre será suficiente para lograr erradicar adecuadamente su virtualidad sorpresiva, para ello se requerirá adicionalmente que la cláusula, como tal, haya sido redactada en modo claro y adamantino, y que su contenido resulte, en adición, fácilmente comprensible, en modo tal que pueda ser considerada como idónea para ‘destruir’, dispersar, o desalentar las expectativas que el co-contratante se pudo haber forjado con base en las circunstancias particulares que concurrieron al momento de celebrar el contrato¹⁰³⁴.

Por razón de ello, el juzgador, al entrar a determinar si los esfuerzos que fueron desempeñados por el predisponente pueden ser considerados como idóneos y suficientes, deberá tener siempre en consideración las expectativas que el co-contratante pudo haber llegado a albergar, por este motivo, y a modo de principio general, puede considerarse que, cuanto más inusual, extraña o desacostumbrada resulte una cláusula, ello teniendo en consideración el contrato en particular y el público que al que va dirigido, mayores tendrán que

¹⁰³² Entre algunos de los más reveladores precedentes sobre la materia en el marco de la jurisprudencia inglesa se encuentran: *Thornton v Shoe Lane Parking Ltd* [1971] 2 QB 163; *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433 y *AEG v Logic Resource Ltd* [1996] CLC 265. Para un estudio del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la regla puede consultarse: MACDONALD, Elizabeth. *The law of contract*, Oxford University Press, 2010. pp. 169-172. LAWSON, Richard. *Exclusion clauses and unfair contract terms*, Sweet & Maxwell, London, 2011. pp. 17-23; y BAILEY, Julian. *Construction law*, Vol 1, inroman law, New York, 2016. pp. 248 y 249; para un estudio de la discusión relativa a la aplicación de la *red hand rule* en el caso de ‘signed documents’ véase KAPNOULLAS Steve & CLARKE, Bruce. “Incorporation of unusual or unreasonable terms into contracts: the red hand rule and signed documents”, en *Deakin Law Review*, Vol 11, N° 2, 2006. pp. 95 y ss.

¹⁰³³ PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones Generales y Cláusulas Contractuales Predispuestas...*, *op.cit.* p. 513.

¹⁰³⁴ KÖTZ, Hein. § 3 *Überraschende Klauseln*, *op.cit.* p. 1826; BASEDOW, Jürgen. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* p. 1196; ROLOFF, Stefanie. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 1129; LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 183.

ser los esfuerzos que deberán exigirse para que se logre eliminar el posible efecto sorpresa que se puede derivar de la misma¹⁰³⁵.

De este modo, puede llegar a anticiparse la existencia de una suerte de relación, de naturaleza directamente proporcional, entre el potencial sorpresivo que, objetivamente pueda predicarse de una cláusula, de un lado, y el mayor rigor de la transparencia e información que deberá exigirse en relación con la misma, del otro. Esta interpretación que concatena la sorpresividad, o inusualidad, con un mayor grado de exigencia de transparencia en el ámbito contractual, se ha abierto paso a nivel internacional, tal y como puede corroborarse con en el caso del ordenamiento jurídico chino¹⁰³⁶.

Al respecto, cabe señalar que, en plena concordancia con esta línea interpretativa, en el sistema del *common law* tempranamente se llegó a erigir la que se conocería como la ‘regla de la mano roja’ (*red hand rule*) de conformidad con la cual, siguiendo las palabras que serían pronunciadas en 1965 por Lord DENNING’S con ocasión del caso *J Spurling Ltd v. Bradshaw*¹⁰³⁷, se establece que, entre más irrazonable, onerosa, o inusual resulte una cláusula, mayores deberán ser los esfuerzos tipográficos que deben emplearse para darle un mayor protagonismo evitando así que el co-contratante pueda verse sorprendido, así, v.gr. que la misma se encuentre en un color llamativo que le resalte, o que se encuentre acompañada por algún símbolo o indicativo que llame la atención, tal como es el caso de una mano o - como sucede en el escenario ‘golfisitco’- una bandera roja que la señale¹⁰³⁸. Al respecto, no sobra indicar que la acentuación deberá realizarse a la parte que resulta más cuestionable perjudicial o inesperada de la cláusula, ya que no basta con destacar únicamente aquellas partes que no sean particularmente relevantes u objetables¹⁰³⁹.

Siguiendo esta línea de ideas, en el caso de cláusulas que, en razón de su naturaleza, y teniendo en consideración todos los elementos que concurren al momento de celebrar el contrato, objetivamente puedan llegar a resultar sorpresivas, insólitas o inesperadas, deberán ser destacadas en modo tal que logre llamar la atención del co-contratante, lo cual puede conseguirse, simplemente a modo de ejemplificación, empleando caracteres tipográficos diferentes y más destacados o incorporando la cláusula con un color distinto, así mismo podrán incorporarse símbolos o frases que alerten al lector de la presencia de una cláusula inusual o potencialmente sorpresiva, tales como una ‘calavera’ un ‘stop’, o un aviso de ‘peligro’¹⁰⁴⁰, como también, siguiendo la propuesta realizada por los profesores de la Universidad de Yale,

¹⁰³⁵ SCHLOSSER, Peter. § 3 *Überraschende Klausel*, *op.cit.* p. 130; y ROLOFF, Stefanie. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 1129.

¹⁰³⁶ Al respecto, según lo ha puesto recientemente de presente el doctrinante SHAOLANG YANG, la jurisprudencia china ha llegado a considerar que las cláusulas que resulten inesperadas (*unexpected terms*) requerirán un mayor grado de transparencia en orden de que las mismas resulten más notorios o prominentes, bajo el entendido que los consumidores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad tienen un derecho a que se les de aviso de los mismos. YANG, Shaolang. “Information obligations and desinformation of consumers: chinese law report”, en *Information obligations and desinformation of consumers*, Springer, 2019. p. 471.

¹⁰³⁷ En dicha oportunidad Lord DENNING’S señaló que: “I quite agree that the more unreasonable a clause is, the greater the notice which must be given of it. Some clauses which I have seen would need to be printed in red ink on the face of the document with a red hand pointing to it, before the notice could be held to be sufficient”. *J Spurling Ltd v. Bradshaw* [1956] EWCA 3.

¹⁰³⁸ KAPNOULLAS Steve & CLARKE, Bruce. *Incorporation of unusual or unreasonable terms into contracts: the red hand rule and signed documents*, *op.cit.* pp. 95 y ss.

¹⁰³⁹ BASEDOW, Jürgen. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* p. 1196.

¹⁰⁴⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, *op.cit.* p. 210, BENÍTEZ CAORSI, Juan J. *La revisión del contrato*, *op.cit.* p. 297.

IAN AYRES y ALAN SCHWARTZ, podría implementarse la incorporación de una ‘caja de advertencia’ (*warning box*) que, de forma llamativa y prominente, se estampe en el documento contractual, y en la cual figuren todas aquellas estipulaciones que puedan llegar a ser inesperadas o sorprendivas¹⁰⁴¹.

Huelga señalar en este punto que, todas estas medidas podrán ser de gran utilidad para erradicar el elemento sorpresivo de una cláusula, pero no alterarán, en lo absoluto, su posible naturaleza abusiva, en este sentido, por más destacada o anunciada que se encuentre una cláusula que integre un injusto desequilibrio prestacional, la misma seguirá siendo abusiva y por lo tanto censurable.

En sentido análogo, cabe destacar que, en determinados escenarios, en atención de la complejidad que pueda interiorizar la cláusula, del tipo de sujetos a los que irá dirigido el contrato, así como también de la importancia que pueda llegar a revestir la cláusula en cuestión, podrá resultar necesaria adicionalmente la exigencia de un grado más elevado de información, acudiendo aquí a la idea, ya esbozada, de la transparencia material, requiriéndose así que se suministren asesoramientos o explicaciones particulares y adicionales al co-contratante las cuales le permitan esclarecer el contenido real de la disposición, ello en aras de lograr garantizar que se tenga un conocimiento efectivo de la misma, y que, en tal virtud, no pueda posteriormente resultar sorprendente¹⁰⁴².

Ahora bien, es necesario realizar una matización con relación a la temática que aquí nos concierne, ello bajo el entendido que, si bien para erradicar el carácter sorpresivo de una cláusula se debe garantizar un conocimiento real y efectivo de la cláusula por parte del co-contratante en particular, lo cierto es que, en razón del carácter objetivo con el cual debe evaluarse la sorpresa, bastará con que el juzgador, atendiendo al estándar de la razonabilidad, y teniendo en consideración todas las circunstancias particulares que convergieron en el caso en concreto, logre determinar que la cláusula en cuestión, al poseer un contenido que resulte fácilmente comprensible, se encontró correctamente destacada y que al ser redactada en forma clara y sintética, la misma habría podido ser conocida y aprehendida fácil y efectivamente por parte de un hombre razonable, puesto en la misma situación del sujeto en particular, el que, por lo tanto, no habría podido ser víctima de una sorpresa jurídicamente relevante¹⁰⁴³.

4.2. LA DIMENSIÓN CORRECTIVA.

¹⁰⁴¹ AYRES, Ian, & SCHWARTZ, Alan. “The non reading problema in consumer contract law”, en *Stanford Law Review*, Vol 66, 2014. pp. 553 y ss. En términos muy generales, lo que los precitados profesores pretenden conseguir con la instrumentalización de una ‘caja de cláusulas inesperadas’ sería que, “By reducing the salience of expected terms and increasing the salience of unexpected terms (with the help of an easily identifiable box), our enhanced disclosures have an increased chance of promoting informed consumer consent in a cost-effective manner”.

¹⁰⁴² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, op.cit. p. 194.

¹⁰⁴³ En efecto, algún sector ha considerado que el efecto sorpresa puede llegar a eliminarse no solo cuando se compruebe que la cláusula fue conocida efectivamente por parte del co-contratante, sino que también podrá considerarse erradicado cuando razonablemente pudiese considerarse razonablemente que el contenido de la cláusula pudiese haber sido comprendido fácilmente por un contratante medio perteneciente al mismo sector al que pertenece el co-contratante en cuestión. Al respecto, véase con interés LINDACHER, Walter F. § 3 *Überraschende Klauseln*, op.cit. pp. 184; y PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones Generales y Cláusulas Contractuales Predispuestas...*, op.cit. p. 514.

4.2.1. *Efectos derivados de las cláusulas sorpresivas*

Habiéndole dado tratamiento a la temática concerniente a los mecanismos o técnicas de prevención para eliminar el potencial sorpresivo de una cláusula, ahora abordaremos un supuesto distinto el cual se verifica en el estadio subsiguiente a la celebración del acuerdo contractual (*ex post*), y tiene lugar en aquellos eventos en los cuales se logre establecer que un determinado clausulado, en detrimento de la buena fe y contraviniendo las razonables expectativas del co-contratante, efectivamente resulte sorpresivo, caso en el cual será el ordenamiento jurídico quien deberá suministrar una respuesta a través de alguno de los mecanismos remediales y correctivos que se encuentran en el amplio abanico de instrumentos con los cuales este último cuenta para lograr palear las consecuencias negativas que llegaron a producirse como consecuencia de la naturaleza sorpresiva de la cláusula en cuestión. Para tales efectos, es preciso determinar cual será la concreta respuesta que el ordenamiento en cada caso particular podrá llegar a asignar en orden a lograr brindar un remedio a este tipo de situaciones.

Al respecto, resulta necesario anticipar que, en el escenario jurídico internacional, tanto en sede normativa, jurisprudencial como doctrinal, se ha erigido una suerte de Torre de Babel en relación al modo en el cual debe procederse ante la existencia de una cláusula sorpresiva, en la cual se entremezclan diferentes tipologías de mecanismos correctivos. Así, simplemente a modo de ejemplificación, se ha considerado que la problemática concerniente a las cláusulas sorpresivas podrá ser reconducida al ámbito de la inexistencia, como también al de ineficacia, tanto *lato* como *stricto sensu*, llegando a igualmente considerarse que, la misma puede ser resuelta en sede de la invalidez jurídica, esta última representada bajo las diversas vestiduras de la nulidad, es decir, sea una nulidad absoluta, relativa, o una simple anulabilidad, todas las cuales, sin embargo, comparten un mismo propósito, el cual viene a ser el de la proscripción de la sorpresa jurídicamente relevante en el ámbito contractual.

Así, tal y como podremos corroborar en el capítulo subsiguiente al realizar un estudio de naturaleza comparada de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, algunos ordenamientos jurídicos se han decantado por determinar que, en razón del hecho que la cuestión concerniente a este tipo de cláusulas se inscribe en el ámbito del llamado ‘control de inclusión’, la medida correctiva que deberá asignársele será la de la declaración de su no incorporación al contrato, con lo cual se pretende que, a pesar de que la cláusula efectivamente llegue a figurar en el entramado del plexo contractual, al acudir a una especie de ‘ficción *iuris*’, se entiende que la misma no habría llegado entrado a formar parte del acuerdo negocial desde un inicio¹⁰⁴⁴, soliendo emplearse para tal propósito expresiones como, ‘no harán parte del contrato, o ‘se entenderán como no escritas’, siendo estas sanciones que, en términos generales, podrían asemejarse a una ineficacia, al menos, en *lato sensu*¹⁰⁴⁵, aunque también es cierto que podría reconocérseles un régimen propio y autónomo¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁴ Explicando la naturaleza que integra la sanción de la no incorporación, y distinguiéndola de aquella de la nulidad, el profesor LUIS DIEZ PICAZO manifestaría que “En alguna medida diferente de la nulidad, es la no incorporación y declaración de no incorporación, que tiene por objeto proscribir del contrato aquellas condiciones generales que se deban entender como no legal o legítimamente incorporadas”. DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. op.cit.* p. 457.

¹⁰⁴⁵ PAREDES HERNÁNDEZ, Alonso. *Ineficacia del acto jurídico*, en *Derecho de las obligaciones: con propuestas de modernización*, T II, Temis, Bogotá, 2016. p. 197.

¹⁰⁴⁶ NUMA, Manzur Michel. “Reflexiones sobre las cláusulas no escritas en el Código de Comercio”, en *Revista e Mercatoria*, Vol 2, N° 2, 2003. pp. 1 y ss.

Esta sería la vía por la cual optó en su momento el ordenamiento jurídico alemán, en el cual se ha considerado que las cláusulas sorprendivas no podrán llegar a formar parte del contrato (§ 305c BGB), siendo esta una sanción que, a su turno, fue reproducida por parte del ordenamiento austriaco (§ 864a, AGB-Gesetz), y que, de igual manera, llegó a ser acogida por otros sistemas jurídicos como es el caso de Estonia (sección 37, *Law of Obligations Act*), y Portugal, en donde se determina que tales cláusulas serán excluidas del contrato (artículo 8, Decreto-Lei nº 446/85). A su vez, una solución similar llegó a ser adoptada por parte de los Principios Unidroit (artículo 2.1.20), y del Código Civil de la República Checa (artículo 1753), los cuales, yendo aún más lejos, expresamente determinaron que las cláusulas sorprendivas se encenderán como ineficaces.

Por su parte, llama fuertemente la atención el caso del ordenamiento jurídico argentino, el cual, a pesar de regular la temática en sede del control de contenido, distanciándose con ello de los demás ordenamientos que fueron anteriormente expuestos, habría optado por integrar una sanción similar al disponer que tipo de estipulaciones se tendrán por no escritas (artículo 988 de su Código Civil y Comercial).

Diferente sería el camino por el cual parecerían haber optado otros ordenamientos, los cuales se han inclinado por residenciar la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas en sede del control de contenido, considerando así que, este tipo de estipulaciones efectivamente llegan a ingresar al contenido contractual, solo que, en razón de su ilegítima o antijurídica naturaleza, no llegan a desencadenar efectos jurídicos.

Esta sería la solución que parecería predicarse del caso del ordenamiento jurídico español, en el cual, a través de la interpretación extensiva que en los últimos años se le ha dado al concepto de cláusulas abusivas, y con la cual se ha pretendido integrar en él las denominadas cláusulas ‘intransparentes’ así como también las sorprendivas, se arribaría a la conclusión de que estas últimas serán nulas de pleno derecho (artículo 83 Ley General de Defensa a los Consumidores y Usuarios). Tal interpretación, en cierto modo, parece resultar igualmente extensible al caso del ordenamiento jurídico italiano, en el cual la sanción que le atribuye la ley al elenco de cláusulas que se presumen como vejatorias, dentro de las cuales -en opinión de algunos- se encuentran típicos supuestos de cláusulas sorprendivas, sería la ‘nulidad de protección’, figura esta última de suyo novedosa y llamativa (artículos 33 y 36 del Código del Consumo italiano)¹⁰⁴⁷.

Por su parte, una lectura similar fue acogida en el plano pre-legislativo, en el caso de la Propuesta de Normativa Común de la Compraventa Europea, en la cual se determina que las cláusulas sorprendivas -las cuales son representadas como una especie de categoría perteneciente al género de las abusivas- a pesar de poder haber sido incorporadas al contrato, no serán vinculantes (artículos 79 y 83).

Ahora bien, cabe destacar que, el escenario se tornará más complejo en el caso de los ordenamientos jurídicos en los cuales no existe una expresa regulación, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, de la temática relativa a las cláusulas sorprendivas, ya que en ellos, en aras de colmar dicho vacío y lograr garantizar un efectivo rechazo de este tipo de estipulaciones, se ha solido emplear, como lo pusimos de presente en su momento, una

¹⁰⁴⁷ En lo que respecta a la temática relativa a este particular instrumento sancionador que se ha integrado en el Derecho italiano, véase con interés, MEZZASOMA, Lorenzo. *Las cláusulas abusivas y la consolidación del remedio de la nulidad de protección en el ordenamiento jurídico italiano*, op.cit. pp. 179-184. Así mismo puede consultarse: VETTORI, Giuseppe. *Contratto e rimedi: verso una società sostenibile*, CEDAM, Milano, 2021. pp. 143-146; y SCIANCALEPORE, Giovanni. “Le clausole abusive”, en *La tutela del consumatore*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009. pp. 514-518.

interpretación extensiva de otros instrumentos, de suyo más clásicos y tradicionales, tal y como acontece en el caso que de quienes consideran que en estos escenarios resultaría plenamente aplicable la teoría de los vicios de la voluntad¹⁰⁴⁸, o quienes, yendo aún más lejos, consideran que, en razón del carácter sorprendente e inesperado que se predica de este tipo de estipulaciones, las mismas deberán ser consideradas como inexistentes, ya que de ellas no puede predicarse consentimiento alguno¹⁰⁴⁹, entre otras lecturas e interpretaciones más que se han formulado en sentidos similares. Al respecto, cabe destacar que, en todos estos casos, el mecanismo correctivo, naturalmente, podrá variar según se acoja uno u otro camino.

Dentro del amplio elenco de ordenamientos en los que, lamentablemente, no ha existido una regulación auténtica y sustancial de la temática concerniente a las cláusulas sorpresivas, sea a nivel legislativo como judicial, creemos conveniente hacer una particular referencia al caso del sistema jurídico colombiano, en el cual, si bien, *prima facie*, pareciera que la incorporación estipulaciones contractuales que, vulnerando la buena fe, contrarían las legítimas expectativas de una de la parte de la relación contractual, no cuenta con una sanción específica, lo cierto es que, parece factible que en estos supuestos se dé lugar a la expurgación de la sorpresividad que incorpora un clausulado en la relación contractual, a través de la nulidad, específicamente de la nulidad absoluta, ello en virtud de que este tipo de clausulados sorpresivos claramente vulneran elevados principios y disposiciones que, en el caso de nuestro vernáculo ordenamiento, se encuentran expresamente consagrados en la Constitución nacional.

En este sentido, sea lo primero recordar que en el sistema colombiano el artículo 83 de la Constitución Política expresamente determina que “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas *deberán ceñirse a los postulados de la buena fe*, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas” (se destaca), siendo esta una normativa que ha servido como un paladino sustentáculo para integrar sin vacilaciones la exigencia de la buena fe a todo nuestro ordenamiento, al dotarla de un rango constitucional¹⁰⁵⁰. Así, sustentándonos en todo lo dicho en líneas anteriores en relación con la naturaleza antagónica que se predica entre la sorpresa jurídicamente relevante, de un lado, y de la buena fe, del otro, no parece entonces difícil concluir que esta norma se entiende manifiestamente vulnerada por la presencia de las cláusulas sorpresivas las cuales deben estimarse como opuestas a este postulado rector en su integralidad y por tanto evidentemente contrariarían al artículo 83 de nuestra Constitución Política¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁸ Véase *supra* nota 876.

¹⁰⁴⁹ Véase *infra* nota 1105.

¹⁰⁵⁰ En relación con este artículo, vale la pena mencionar que no se limita a referir a una simple presunción, pues como correctamente ha expuesto la Corte Constitucional colombiana, “Claro resulta por qué la norma tiene dos partes: la primera, la consagración de la obligación de actuar de buena fe, obligación que se predica por igual de los particulares y las autoridades públicas. La segunda, la reiteración de la presunción de la buena fe de los particulares en todas las gestiones que adelanten ante las autoridades públicas”, Corte Constitucional, sentencia C-544/94. Al respecto, debemos destacar que nuestro interés recae sobre la primera parte del precepto, el que se encarga de instituir el principio de buena fe bajo la idea de un deber, consistente en obrar de conformidad con tal precepto, es decir en concordancia con las pautas y lineamientos propios de la institución de la buena fe.

¹⁰⁵¹ En el mismo sentido puede referirse el artículo 871 del Código de Comercio, el cual dispone que “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe (...)”, a propósito de tal precepto la Corte Suprema de Justicia sostendría que “De hacerlo, estaría faltando claramente al deber de buena fe que para el momento de perfeccionarse el contrato impone a las partes el artículo 871 del Código Comercio. Precisamente, ese deber, entendido como un comportamiento probo, obliga a quien impone el contenido negocial, mayormente cuando el contrato es por adhesión o estandarizado, a no abusar de su posición dominante, o lo que es lo mismo, a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente,

Esto es aún más cierto si se tiene en consideración que, tal y como lo ha entendido parte de la doctrina, del precitado artículo no se desprende únicamente la exigencia del principio de buena fe ‘a secas’, en razón de que en la norma en cuestión se refiere a ‘los postulados de la buena fe’, dentro de los cuales se ha llegado a considerar que, entre otros más, se encuentra el de la confianza legítima¹⁰⁵², el cual igualmente se halla en abierta lid con la sorpresividad, lo cual acentúa todavía más la relación inarmónica entre las cláusulas sorpresivas y el precitado artículo de nuestra Constitución.

Así mismo, una interpretación similar puede abstraerse de la lectura del artículo 95 de la Constitución, en el cual se encuentra consignado un listado de los que se denominan como ‘deberes de la persona y el ciudadano’, dentro de los cuales hace gala el particular deber de ‘respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios’, el cual ha sido frecuentemente instrumentalizado por la doctrina para censurar y sancionar las cláusulas abusivas, particularmente en aquellos escenarios en los que las mismas no cuentan con una expresa regulación, v.g.r en los supuestos de las relaciones entabladas entre sujetos profesionales.

Al respecto, pensamos que este artículo puede ser considerado en un modo aún más amplio, puesto que, lo que se desprende de él, en el fondo, es un categórico rechazo a que se abusen de los derechos propios, en general, y no sólo referido con ello al empleo de las denominadas cláusulas abusivas, que son una de las diferentes modalidades o manifestaciones individuales del abuso del derecho, globalmente concebido. En este sentido, debemos señalar que, a pesar de que suelen equipararse o funcionar con alguna frecuencia el ‘abuso del derecho’, y la figura de las ‘cláusulas abusivas’, lo cierto es que no son figuras idénticas en todos los supuestos, motivo por el cual, en rigor, pueden existir casos en los que se llegue a verificar algún abuso, y no por ello la cláusula será necesariamente abusiva¹⁰⁵³.

Desde esta perspectiva, podría considerarse que, estipular o sembrar cláusulas que integren el elemento sorpresa a un contrato, bien puede implicar el ejercicio de un derecho subjetivo contrario a los fines económicos y sociales con fundamento en los cuales el mismo fue establecido, motivo por el cual las cláusulas sorpresivas podrían terminar encuadrando en la figura del abuso del derecho, desde una perspectiva más general y envolvente¹⁰⁵⁴, y en tal sentido, las mismas contrariarían igualmente la Carta constitucional, esta vez en razón de lo establecido en el artículo 95 de la misma.

Partiendo de estas premisa, y haciendo eco de una llamativa lectura interpretativa que brillantemente ha sido esgrimida por el agudo profesor de la Universidad Javeriana, SERGIO MUÑOZ LAVERDE, en relación con la temática relativa a las cláusulas abusivas –y respecto a la cual, nada se opondría en hacerla extensiva a su turno vez para el caso de las sorpresivas-, de conformidad con la cual puede entenderse que, en razón a la abierta contradicción que se

porque de lo contrario estaría faltando a esa buena fe que le impone el sistema jurídico con las consecuencias legales que ello implica”, en tal sentido, a pesar que en tal pronunciamiento se alude únicamente a las cláusulas abusivas, nada impediría que tal aseveración fuese extendida a las cláusulas sorpresivas, pues con ellas igualmente se contraviene el mismo deber de buena fe y con ello en igual medida el artículo previamente referido. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 14 de diciembre de 2011.

¹⁰⁵² LARGO TABORDA, Adriana. *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea*, Universidad de Antioquia, 2012. p. 76.

¹⁰⁵³ SUESCUN DE ROA, Felipe. “Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad”, en *Revista de Derecho privado*, Bogotá, 2009. pp. 6 y 7.

¹⁰⁵⁴ HERNÁNDEZ BELASCO, Héctor Elías & PRADO MARTÍNEZ, Orlando. “La aplicación de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia colombiana”, en *Opinión Jurídica*, Vol 13, Nº 26, Universidad de Medellín, 2014. p. 115, quienes citan a su vez la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia de enero 24 de 2005, 2000 B.

predica de este tipo de clausulados anómalos frente a lo establecido por parte del ordinal primero del artículo 95, así como igualmente podría predicarse del estipulado por parte del artículo 83 de nuestra Constitución, tal y como se señaló, es posible integrar al ordenamiento jurídico colombiano un rechazo generalizado tanto de las cláusulas abusivas como de sorpresivas al hacer recaer sobre ellas la sanción de nulidad absoluta, a la cual podrá llegar a arribarse directamente en razón de la contravención que estas últimas interiorizan respecto a las dos disposiciones constitucionales referidas, o indirectamente, recurriendo a lo preceptuado en el artículo 1523 del Código Civil colombiano, el cual expresamente determina que habrá “objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes”¹⁰⁵⁵.

Ahora bien, al margen de la vía que deba tomarse en cada escenario particular cuando nos encontremos ante una cláusula sorpresiva, puede señalarse que, en el fondo, en todos y cada uno de los concretos escenarios que hemos venido refiriendo, aquello que se pretende es brindar un efectivo y concreto rechazo a lo sorpresivo, en orden de lograr con ello brindar una efectiva tutela a los legítimos intereses de quienes se han visto afectados por la inclusión de este tipo de clausulados indeseados, así como también de asegurar la prevalencia de elevados postulados axiomáticos que rigen en nuestros ordenamientos, todo lo cual termina por traducirse en la búsqueda de garantizar un grado más elevado de justicia a nivel contractual.

Por tal virtud, creemos que, sea que se opte por una u otra vía, y con total independencia de la posible conveniencia que pueda llegar a representar la elección de una de tales vías respecto a las otras, aquello que adquiere la mayor transcendencia en este punto será que efectivamente se dé lugar a un categórico rechazo a la sorpresa jurídicamente relevante, siendo este uno de los propósitos que deben propugnar los sistemas jurídicos en la contemporaneidad. Así pues, la cuestión atinente al camino o la vía que se elija para tal cometido, en últimas, será una cuestión que deberá determinarse teniendo en consideración las particularidades de cada sistema jurídico.

Siguiendo esta línea de cosas, igualmente consideramos que es necesario señalar en este punto que, en línea de principio general, sea que se opte por una u otro mecanismo correctivo que dé lugar a la supresión del clausulado contractual, en cualquier caso deberá procurarse por garantizar, en tanto ello resulte viable, la preservación de los efectos contrato. Al respecto, puede decirse que, lo anterior encuentra en plena armonía con los nuevos derroteros por los que se encausa el moderno Derecho contractual, por virtud de los cuales, siguiendo la llamada regla del *favor contractus*, se busca atenuar, en concretos supuestos, el tradicional rigor sancionatorio que conducía a la indefectible destrucción o escansión del vínculo jurídico, dando cabida así a una proyección más amplia y protagónica del aquilatado ‘principio de la conservación de los efectos del contrato’, de tanto realce y transcendencia en la contemporaneidad¹⁰⁵⁶, siendo uno de aquellos postulados que ha llegado a encuadrarse en

¹⁰⁵⁵ Al respecto, ahondando en la idea de la vulneración del ordinal 1º del artículo 95 de la Constitución, el profesor MUÑOZ LAVERDE, continúa expresando: “Por eso, una cláusula abusiva, por el solo hecho de serlo e independientemente de su contenido material, debe considerarse contraria a la norma imperativa contenida en el citado artículo 95 de la Carta”. MUÑOZ LAVERDE, Sergio. De las *cláusulas abusivas*, *op.cit.* p. 244. En sentido similar, GUAL ACOSTA, José Manuel. “El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución”, en *Revista IUSA*, N° 30, Universidad Santo Tomas, Bogotá, 2009. p. 36.

¹⁰⁵⁶ Sobre el particular puede consultarse con particular interés los siguientes estudios monográficos recientemente publicados: JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La modificación sobreviniente de las circunstancias y la revisión de los contratos en la posmodernidad*, *op.cit.* pp. 139 y 140; GENTILI, Aurelio. *Senso e consenso*, Vol II, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015. pp. 584-590. y CERRI, Silvio Pietro. *Consevasione e adeguamento del contratto*, Edizione Scientifiche Italiane, Bologna, 2020.

aquel pináculo donde se postra aquel selecto grupo de preceptos que se califican como ‘principios rectores’ del ordenamiento¹⁰⁵⁷.

Lo anterior encuentra una clara justificación bajo el entendido que, en caso de que se llegase a dar aplicación a efectos radicales sancionatorios por medio de los cuales se arribe a una escisión o terminación absoluta del vínculo contractual, ello en realidad podrá desembocar en un mayor perjuicio en cabeza del co-contratante que ha sido afectado por los efectos perjudiciales de un clausulado contractual, -lo cual se predicaría particularmente en los casos en los que nos encontramos frente a un contratante consumidor-, ya que en estos eventos dicho co-contratante se verá forzado a decidir si soportar los efectos perjudiciales y desestabilizadores que se habrían derivado de la sorpresiva introducción de una cláusula la cual razonablemente no habría previsto, o la gravosa consecuencia que implicaría perder por entero el objeto o servicio por el cual habría celebrado el acuerdo en cuestión¹⁰⁵⁸.

En efecto, en nuestra opinión, dando lugar a una estricta aplicación a aquella máxima - particularmente delíneada durante el medioevo bajo la ilustre pluma del histórico jurista y profesor de la Universidad de Perugia, BARTOLO DI SASSOFERRATO- según la cual ‘*Utile per inutile non vitiatur*’, que denota semanticamente que “lo que es útil no se ve afectado por lo que es inútil”, deberá considerarse que, siempre que la cláusula que integra el elemento sorpresa como una anomalía contractual (*inutile*) no revista un carácter fundamental o esencial para el contrato, los demás efectos que se derivan de este último que no incorporan vicios o injusticias (*utile*) deberán permanecer inalterados (*non vitatur*), por lo que únicamente deberá darse cabida a supresión de la estipulación irregular, conservando la eficacia general del negocio jurídico¹⁰⁵⁹.

Es menester señalar en este punto que, al dar cabida a la desincorporación o extracción de una clausulado en razón de su efecto sorpresivo, ello podrá generar como resultado que en ciertos eventos se corrobore la existencia de una ‘laguna’ en el contrato que, para efectos de permitir la correcta funcionalidad de este último, deberá ser colmada de algún modo, lo cual se conseguirá por intermedio de la integración que del contrato deba realizar el intérprete o juzgador. En este sentido, puede señalarse que, en lo que respecta a este concreto escenario, la doctrina germana se ha solidado entender que el vacío que se genera como consecuencia de la no incorporación de este tipo de cláusulas deberá suplirse a través de la aplicación de la normativa dispositiva pertinente¹⁰⁶⁰, y que, en caso de que ello no resulte factible, deberá acudir a los principios generales de la interpretación¹⁰⁶¹.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, deberá indicarse que, en modo excepcional, cuando la cláusula que se reputa sorpresiva revista una entidad y relevancia tan acentuada en relación con la esencia del contrato concebido *in genere*, a punto tal que se deba considerar que, en ausencia de la primera el segundo no podrá subsistir correctamente, configurándose así

¹⁰⁵⁷ Según ha manifestado el egregio jurista español, LUIS DIEZ PICAZO, los principios básicos y fundamentales para la hermenéutica contractual serán: “1., el principio de búsqueda de la voluntad real de los contratantes. 2., el principio de conservación del contrato; 3, El principio de la buena fe”. DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. El contrato. op.cit.* p. 498.

¹⁰⁵⁸ En un sentido similar, aunque pronunciándose en relación con la temática de las cláusulas abusivas, LLODRÀ GRIMALT, Francesca *El contrato celebrado bajo condiciones generales, op.cit.* p. 384.

¹⁰⁵⁹ Para un estudio más detenido y profundo de esta máxima véase, MARÍN PADILLA, María Luisa. *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos: utile per inutile non vitatur*, Bosch, Barcelona, 1990.

¹⁰⁶⁰ LOCHER, Horts. *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, op.cit.* p. 53; y SCHWAB, Martin. *AGB-Recht, op.cit.* p. 117.

¹⁰⁶¹ ULMER, Peter, & SCHÄFER. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln, op.cit.* p. 320.

un supuesto de vaciamiento o de frustración de la finalidad contractual, en tales supuestos no bastará con la simple erradicación de la cláusula en concreto sino que será necesario dar lugar a la finalización o terminación del vínculo contractual por entero.

4.2.2. *La distribución de la carga probatoria. Sumaria referencia.*

Llegados a este punto, y ya para finalizar, consideramos que, debido a la cercanía y relevancia que reviste la temática probatoria en relación con el estudio correspondiente a los efectos que deben derivarse en el caso de la subrepticia aparición de clausulados que, en modo ilegítimo, llegan a frustrar las razonables expectativas de uno de los sujetos de la relación contractual, resulta imperioso hacer una somera alusión a la temática, se suyo trascendental - pese a que la misma usualmente no suele ser abordada- la cual concierne al modo en cual el *onus probandi* deberá desempeñarse en relación con la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, puesto que, no puede olvidarse que, como frecuentemente ha solido indicarse, de poco o nada vale un derecho si no es posible probarlo.

A este respecto, y dando aplicación a los lineamientos basilares de la teoría general de la prueba, podrá considerarse que, a modo de regla general, recaerá en cabeza de quien pretenda reclamar el carácter sorpresivo de una cláusula, la carga de probar la verificación de los requisitos necesarios para invocar la aplicación de los efectos tutelares que se derivan de la regla prohibitiva de este tipo de clausulados, debiendo así demostrar particularmente todas aquellas circunstancias individuales que concurrieron al momento de celebrar el contrato, las cuales no se logren deducir de aspectos de naturaleza más objetiva como lo sería el documento contractual y de la publicidad suministrada por el predisponente, y que habrían llegado a despertar en él legítimas y razonables expectativas que posteriormente serían frustradas en forma inesperada en razón del contenido de la mencionada estipulación¹⁰⁶².

No obstante lo anterior, se ha considerado que, en aquellos supuestos o escenarios en los la naturaleza sorpresiva o inusual de la cláusula resulte tan evidente y ostensible, la atribución de la carga probatoria en cabeza del co-contratante perderá relevancia *a fuer* de la claridad que se desprende de las circunstancias¹⁰⁶³, pudiendo asemejarse así, *mutatis mutandis*, con lo que acontece con la aplicación de la regla '*res ipsa loquitur*' en materia probatoria -de cardinal importancia en el campo de la responsabilidad civil-¹⁰⁶⁴.

En esta esfera podría adquirir especial relevancia, de llegar a aceptarse la tesis que en su momento expusimos, la incorporación de 'listas grises' de cláusulas sorpresivas, por medio de

¹⁰⁶² LÖWE, Walter; VON WESTPHALEN, Fridrich Graf & TRINKNER, Reinhold. §3 *Überraschende Klauseln*, *op.cit.* p. 94; ULMER, Peter, & SCHÄFER. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 316; SCHWAB, Martin. *AGB-Recht*, *op.cit.* p. 117; y BERGER, K.P. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 548.

¹⁰⁶³ ROLOFF, Stefanie. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 1139; y LÖWE, Walter; VON WESTPHALEN, Friedrich Graf & TRINKNER, Reinhold. §3 *Überraschende Klauseln*, *op.cit.* p. 94.

¹⁰⁶⁴ En relación con la aplicación de esta regla en materia probatoria, particularmente en el ámbito de la responsabilidad civil médica, el ilustre profesor salmantino, MARIANO ALONSO PÉREZ, con su acostumbrada locuacidad y precisión, ha manifestado que "el médico responde porque los hechos son lo suficientemente elocuentes para no dudar que los daños los ha causado él. Este brocado es el gran delator de la *lex artis* incorrecta, negligente, lesiva. Es la revelación incontestable de que el médico ha vulnerado el *ehos* deontológico y el *iuris*". ALONSO PÉREZ, Mariano. "La relación médico-enfermo presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la '*lex artis*')", en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000. pp. 49 y 50.

las cuales se procure integrar un elenco de estipulaciones sobre las cuales gravite una presunción de *iusuris tantum* con relación a su naturaleza sorpresiva, en virtud de su carácter tan marcadamente insólito y desacostumbrado.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto en precedencia, y en plena consonancia con el proceso de flexibilización y de humanización que tanto auge ha tenido en materia probatoria a lo largo de los últimos años, no podrá descartarse que en aquellos escenarios en los que, en razón de la dificultad que puede interiorizar la obtención de los elementos probatorios necesarios para la verificación de los requerimientos necesarios para dar aplicación al régimen de protección que brinda la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, el juzgador, en aras de favorecer el principio de igualdad de las partes, decida trasladar el peso de esta carga probatoria en cabeza del predisponente¹⁰⁶⁵.

Por su parte, le corresponderá al predisponente demostrar que, a pesar de que un determinado clausulado pueda llegar a ser considerado en un modo abstracto y generalizado como inusual, en lo que concierne al caso particular la incorporación del mismo no podría concebirse como sorpresiva, puesto que, en atención de las circunstancias que caracterizaron al celebración del acuerdo contractual *in concreto*, se puede desprender que el co-contratante razonablemente debido haberla conocido, o cuanto menos, debió haberla previsto, teniendo así que comprobar el predisponente que, en lo que respecta al contrato en cuestión, existió una indicación particular que resultaba idónea para erradicar la virtualidad sorpresiva de la cláusula¹⁰⁶⁶, o que -en los supuestos en los cuales ello resulte necesario- suministró la información y el asesoramiento necesario para asegurar la correcta comprensión de la misma.

Para tales efectos, en el escenario del Derecho germano se ha considerado que, al menos en lo que respecta a los contratos celebrados con consumidores, la existencia de una cláusula con la cual se indique que se ha leído y comprendido las condiciones generales del contrato, o que se le ha comunicado y/o explicado el contenido una cláusula individual, no tendrán valor probatorio alguno (literal b del numeral de la § 309), siendo esta una interpretación que igualmente se ha entendido que puede ser extendida a los casos de las transacciones entre comerciantes¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁵ Sobre este proceso de flexibilización en materia probatoria se ha pronunciado con suma precisión el distinguido profesor español EUGENIO LLAMAS POMBO, quien ha anotado sobre el particular que “Las rígidas y viejas reglas que tradicionalmente han disciplinado la carga de la prueba, tanto desde criterios procesales atinentes a la posición de las partes, como desde criterios sustantivos más complejos, constituyen, en todo caso, reglas estáticas. Frente a las mismas hoy, se abren nuevos principios extraprocesales, como el principio *pro damnato*, o *pro consumatore* y nuevos procesos mucho más complejos, que obligan a buscar otras reglas probatorias flexibles o dinámicas. Ciertamente, sigue siendo necesario determinar a quien le incumbe probar, no cabe duda. Pero los criterios conducentes a ese objetivo ya no constituyen un ‘simple procedimiento común’ único y fijo; sino variable y flexible, según todo un cúmulo de circunstancias diferentes en cada caso”. LLAMAS POMBO, Eugenio. “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000. p. 307. En un sentido similar véase con provecho, JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Ibañez, Bogotá, 2010. pp. 183-198.

¹⁰⁶⁶ ULMER, Peter, & SCHÄFER. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 316; y SCHWAB, Martin. *AGB-Recht*, *op.cit.* p. 117.

¹⁰⁶⁷ LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* p. 183.

CAPÍTULO V

LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS. SU DISTINCIÓN CON LA DISCIPLINA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

1. LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS. SU RELACIÓN Y DISTINCIÓN CON LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

1.1. LA DISCUSIÓN EN TORNO A LA SEDE EN LA CUAL DEBEN SER RESIDENCIADAS LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTROLES DE INCLUSIÓN Y DE CONTENIDO.

Uno de los primeros cuestionamientos que, de ordinario, surge al abordar la temática de las cláusulas sorprendentes, es aquel que concierne al sitio al cual estas pertenecen en el escenario jurídico, soliendo cuestionarse así si la disciplina de este tipo de estipulaciones anómalas debe incorporarse en el marco de las normas que regulan la formación del contenido contractual, direccionándose así al terreno del llamado ‘control de inclusión’, o si, por el contrario, deberán encuadrarse dentro de las disposiciones que se encargan de evaluar la validez del contenido de aquellas estipulaciones que han entrado a formar parte del contrato, comulgando de tal modo con el que suele ser conocido como ‘control de contenido’, introduciéndose así en sede del más conocido control de las cláusulas abusivas.

El tema en cuestión en lo absoluto resulta baladí o intrascendente, pues el mismo no solo encuentra cabida desde una perspectiva académica, sino que también repercute en asuntos prácticos de gran importancia, ya que el hecho de encontrarse en uno u otro supuesto podrá generar como consecuencia la aplicación de un mecanismo remedial diferente, entre otros efectos y secuelas más, lo cual explica el hecho que, esta cuestión en particular ha llegado a ser representada como uno de los asuntos de mayor relevancia al momento de abordar la materia relativa al estudio de las cláusulas sorprendentes¹⁰⁶⁸, siendo este el motivo por el cual hemos decidido reservarle un generoso espacio al estudio de la misma en el marco del presente capítulo.

Fiel muestra de la importancia del asunto en cuestión la encontramos en las precisas palabras del renombrado profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, JESÚS ALFARO ÁGUILA REAL, quien, sobre el particular ha expresado que “El mayor problema que plantea la existencia de esta regla [la de las cláusulas sorprendentes], es el de su individualización frente al control de contenido (...)”¹⁰⁶⁹, siendo esta una afirmación que ha sido compartida por el distinguido profesor de la Universidad de Granada, KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, el que ha su turno manifiesta que “Alrededor de las cláusulas sorprendentes se formulan muchos

¹⁰⁶⁸ Al respecto, el profesor alemán PETER SCHLOSSER, sostiene que la cuestión más importante en relación con la condición jurídica de la § 3 de la Ley de condiciones generales alemana (AGB-Gesetz, hoy § 305c BGB), la cual disciplina la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes, es la de poder determinar su interrelación con las normas relativas al control de contenido. SCHLOSSER, Peter. *§ 3 Überraschende Klausel*, *op.cit.* pp. 122 y 123. Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* p. 243.

¹⁰⁶⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* p. 243.

interrogantes. [El] más importante es si una cláusula sorprendente no se incorpora en el contrato o es nula por abusiva”¹⁰⁷⁰.

En efecto, la cuestión relativa a la naturaleza que se le debe atribuir a la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas es, y ha sido, uno de los asuntos que más dudas, debates y cuestionamientos ha suscitado en relación con el estudio de esta figura en particular, lo cual se debe particularmente al hecho que, la forma en la cual se desempeña el fenómeno sorprendente que se predica de una determinada estipulación contractual, puede proyectarse y llegar a revestir una particular relevancia de diversos escenarios propios del proceso de valoración y validación del ejercicio negocial, siendo por lo tanto una cuestión que, en realidad, resulta verdaderamente espinosa y complicada, y que, en virtud de la multiplicidad de aristas que de ella se desprenden, ha dado lugar a la existencia de diferentes lecturas e interpretaciones.

1.2. LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS Y SU RELACIÓN CON LA DISCIPLINA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Es usual que, al hablar de cláusulas sorprendidas, raudamente surja un natural cuestionamiento concerniente a la relación de estas con las más conocidas, y reconocidas, cláusulas abusivas, pues su denominación pudiera indicar una conexión entre estas figuras, o incluso, una especie de derivación de las primeras respecto a las últimas (las abusivas). Por lo tanto, es pertinente analizar si ello resulta ser cierto o si, por el contrario, a pesar de presentarse elementos afines, y de ser muy próximas, al hablar de cláusulas sorprendidas nos encontramos, o podemos encontrarnos, ante un figura separada y autónoma, aun cuando en ocasiones, puedan compartir el mismo escaño o hasta vestimenta, que es otra cosa enteramente diferente.

Debe señalarse de antemano que, la cuestión que aquí nos atiende, en realidad, no es reciente o novedosa, pese a que en los últimos años ha adquirido un mayor relieve, de hecho, cabe destacar que, la génesis del coligamiento conceptual de estas anomalías contractuales (abusividad y sorprendente) puede reputarse casi tan antigua como la misma regla de las cláusulas sorprendidas -propiamente dicha-, ya que, en algunos de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales proferidos por parte de los tribunales alemanes durante los años cincuenta y sesenta, los cuales, cabe recordar, fueron pioneros en abordar la materia con propiedad en el marco del sistema romano germánico (*civil law*), se logra evidenciar un manejo estrechamente coligado de las nociones de ‘cláusula sorprendente’ y de ‘cláusula abusiva’¹⁰⁷¹.

En efecto, es posible corroborar que en estos primeros pronunciamientos solía emplearse con frecuencia de forma indistinta los calificativos de ‘sorprendido’, ‘injusto’ o ‘irrazonable’¹⁰⁷², impidiendo de este modo que se lograra abstraer, con la mayor claridad, en cual ámbito debía

¹⁰⁷⁰ ALBIDEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control”, en *Derecho contractual comparado*, T II, Civitas, Navarra, 2016. p. 156.

¹⁰⁷¹ Al respecto, véase LÖWE, Walter, VON WESTPHALEN, Fridrich Graf & TRINKNER, Reinhold. §3 *Überraschende Klauseln*, *op.cit.* p. 83, en donde se exhibe un elenco de providencias que, con anterioridad a la expedición de la Ley de condiciones generales alemana (AGB-Gesetz) se decantaron por abordar la materia desde la perspectiva del control de contenido, así como, a su turno, alude a otros pronunciamientos que -en su opinión-, correctamente, se inclinaron por darle tratamiento en el ámbito del control de inclusión.

¹⁰⁷² DITTMANN, Klaus & STAHL, Henning. *AGB, Allgemeine Geschäftsbedingungen Kommentar*, *op.cit.* p. 79, y SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, *op.cit.* p. 180.

ser reconducido el asunto concerniente a la fiscalización de las cláusulas sorpresivas¹⁰⁷³, lo cual, sin embargo, se justificaba en el hecho que, sea que se optase por una u otra vía argumentativa, en cualquier caso, se arribaba a un resultado único y común: la invalidación del clausulado contractual¹⁰⁷⁴.

No obstante lo anterior, lo cierto es que, incluso durante este periodo en el que se delinearón las bases de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas a nivel jurisprudencial, el Tribunal Federal de Justicia alemán (*Bundesgerichtshof* o BGH), ya le habría brindado carta de ciudadanía a una concepción autónoma y desligada de la regla en cuestión, dejando clara su independencia con relación a la pauta encaminada hacia el rechazo de las cláusulas inadecuadas o abusivas, al resaltar la importancia del elemento sorpresivo como postulado genético del rechazo de una cláusula y separarlo de la necesidad de una inadecuación del contenido de la misma, tal como puede verificarse en un elocuente pronunciamiento proferido el 8 de octubre del año 1975, en el cual, con claridad adamantina, sentenció que, no entrarán a formar parte del contrato “aquellas cláusulas que, *-aunque no sean objetivamente inapropiadas- resulten sorpresivas*, es decir, aquellas que la parte contratante no tiene razonablemente que esperar al consentir los términos y condiciones elaborados por el oponente” (se destaca)¹⁰⁷⁵.

Siguiendo esta línea argumentativa, el ordenamiento jurídico alemán terminó apartándose de este manejo indistinto que venía implementando la jurisprudencia al respecto de los aspectos relativos a la inequidad y la sorpresividad de una cláusula, optando así por sentar una postura clara y contundente sobre el particular a nivel legislativo con la expedición de su ley para la regulación de las condiciones generales la contratación (*AGB-Gesetz*) en el año de 1976, al inclinarse por ofrendarle una verdadera autonomía a la regla prohibitiva de las cláusulas

¹⁰⁷³ Según recuenta el profesor alemán, JOACHIM SCHMIDT-SALZER, la jurisprudencia precedente a la regulación legislativa de las condiciones generales, llegó a abordar el tratamiento de la figura de las cláusulas sorpresivas desde cuatro enfoques diversos los cuales consistieron en: i) la evaluación del carácter ‘inusual’ de la cláusula, es decir, en determinación de si la estipulación en cuestión podía reputarse como conocida en un sector en concreto, dando lugar así al acogimiento de un elemento puramente cuantitativo; ii.) el examen del carácter ‘razonable’ y ‘adecuado’ de la cláusula desde una perspectiva material o sustancial, inclinándose por un criterio cualitativo más que cuantitativo; iii.) el análisis formal de la cláusula, pretendiendo determinar si la misma se encontraba oculta en el entramado de las condiciones generales de tal forma que la misma pudiese llegar a pasar por alto incluso en el caso de un lector atento; y, por último; iv.) la valoración de si el co-contratante pudo llegar a dimensionar la trascendencia económica que revestía la cláusula objeto de análisis. De este elenco vías interpretativas desarrolladas por los tribunales alemanes, SCHMIDT-SALZER sostiene que la primera será la única que puede reputarse como una manifestación autónoma e independiente del control de contenido, de manera que, en su opinión, aquella fue la única que trascendió al plano legislativo a través de la sección 3 de la Ley de condiciones generales alemana. SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, op.cit. pp. 175-178.

¹⁰⁷⁴ Al respecto, PAGADO LÓPEZ explica que el empleo indistinto por parte de la jurisprudencia alemana se justificó: “por el hecho de que los órganos jurisdiccionales alemanes, ante la ausencia de una cobertura legal *cabal* para su actuación, se movían exclusivamente en la perspectiva de la *Geltungsfrage*, en la 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 o cláusulas litigiosas”. PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas...*, op.cit. p. 465. Véase igualmente RIZZO, Vito. *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, op.cit. p. 10, y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 254.

¹⁰⁷⁵ Tribunal Federal de Justicia de Alemania - BGH, sentencia del 8 de octubre de 1975, NJW 1977, 195 (VIII ZR 81/74).

sorpresivas¹⁰⁷⁶, optando por residenciarla expresamente en los terrenos conceptuales del ‘control de inclusión’, y no del ‘control de contenido’¹⁰⁷⁷.

Sería con fundamento en lo anterior que, en el marco del ordenamiento alemán, así como en el europeo, en general, se acentuaría esta postura que instauraría una *summa divisio*, desde una perspectiva técnico-jurídica, entre la figura de las cláusulas sorpresivas y aquellas que se son juzgadas en sede del control de contenido¹⁰⁷⁸, esto es, las abusivas, lo cual llevó a que, en su momento, se llegase a considerar que la confusión conceptual entre ambos supuestos de anomalías contractuales habría sido superado por completo con la expedición de la ley previamente mencionada (AGB-Gesetz)¹⁰⁷⁹.

Al respecto, cabe destacar que, esta sería una esta una interpretación que sería reivindicada años más tarde con la reforma que se llevó a cabo en el año 2002 del Código Civil alemán (BGB) por medio de la § 305c, así como también por la gran mayoría de instrumentos legislativos que a nivel internacional habrían acogido la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, tal y como podremos corroborar más adelante.

Ahora bien, cabe destacar que, a pesar de los reconocidos esfuerzos que realizó el legislador alemán encaminados a separar ambos conceptos, lo cierto es que, en el plano internacional terminarían por conformarse dos vertientes en relación al papel que debe otorgársele a las cláusulas sorpresivas frente a aquellas abusivas, siendo visiones que, lo anticipamos, aún en la actualidad se mantienen vigentes sin que una haya podido prevalecer sobre la otra en modo total y absoluto, sin perjuicio de que, como lo indicamos, aquella lectura que resulta más extendida en el plano legislativo ha sido la que se inclina por ofrendarle un tratamiento autónomo a la regla de las cláusulas sorpresivas.

Así pues, en relación con la temática concerniente a la disciplina de las cláusulas abusivas y de aquellas que resulten sorpresivas, puede decirse que, actualmente se verifica la convergencia de dos corrientes de las cuales, la primera de ellas se inclina por asignarle un tratamiento autónomo y diferenciado a ambos conceptos, sin que por ello se niegue que, en ocasiones, formalmente puedan llegar a compartir un mismo ropaje, según se indicará, mientras que, por le contrario, la segunda propugna una concepción integradora de las cláusulas abusivas frente a las sorpresivas, inclinándose así por residenciar ambas anomalías en un mismo escenario que vendría a ser el del control de contenido.

¹⁰⁷⁶ Sobre el particular, MICHAELA GIORGIANNI señala como la división conceptual de las cláusulas sorpresivas y las abusivas, en procura de otorgarle un mayor grado de autonomía a las primeras, se relaciona con una estricta división entre los criterios de valoración formales y materiales, en sus palabras: “Altri attuavano una rigorosa separazione fra aspetti formali e aspetti sostanziali del regolamento: di conseguenza, gli elementi esteriori non potevano trovare alcuna considerazione nella norma relativa al controllo sul contenuto, che si collega all’inadeguatezza di uno svantaggio materiale del contraente e non alla chiarezza della formulazione delle condizioni contrattuali. Per quanto riguarda, inoltre, i rapporti fra il § 3 e il § 9 si sottolineava in generale l’intenzione del legislatore di separare le clausole a sorpresa delle clausole inadeguate per attribuire alle clausole inusuali un significato autonomo e, quindi, per evidenziare la distinzione fra criteri di valutazione formale e materiali”. GIORGIANNI, Michaela. *Principi generali sui contratti e tutela del consumatori in Italia e in Germania*, op.cit. pp. 217 y 218.

¹⁰⁷⁷ LINDACHER, Walter F. § 3 *Überraschende Klauseln*, op.cit. p. 125; ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 300, y SCHULZE, Reiner. *Bürgerliches Gesetzbuch*, op.cit. p. 427.

¹⁰⁷⁸ PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, op.cit. p. 465.

¹⁰⁷⁹ ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 300.

1.2.1. *Las cláusulas sorpresivas como regla autónoma e independiente respecto de las cláusulas abusivas.*

En relación con la primera de estas tesis que, como se indicó, se decanta por reconocer una clara distinción conceptual entre el fenómeno de la abusividad y aquel de la sorpresividad, cabe destacar desde un inicio que, la misma no solo se instituye como la visión más tradicional, sino que, además, en nuestra opinión, se instituye como la más extendida y acogida legislativamente a nivel internacional, lo cual permite considerarla como la línea tendencial prevalente en la materia actualmente, sin que por ello pueda llegar a desconocerse la importancia de la tesis contraria, la cual, como se expondrá, igualmente ha llegado a contar con un acogimiento a nivel legislativo al igual que con algún soporte doctrinal, particularmente en los últimos años.

De este modo, quienes se inclinan por esta lectura separatista o autonomista, consideran que resulta necesario diferenciar, según el caso, entre las cláusulas sorpresivas y aquellas que hacen parte de la categoría de las abusivas, sin perjuicio de que reconozcan que estas puedan compartir muchos elementos en común y en ocasiones se cobijen finalmente con el mismo nombre, ello bajo el tendido que, entienden que el elemento sorpresivo realmente resulta de tal talante y entidad que hace necesario dar lugar a una singularización, y que, en tal sentido, bastará con la exclusiva presencia de este último para dar lugar a la expulsión, o, más específicamente, a la no incorporación de una cláusula, al margen de la evaluación sobre la naturaleza equilibrada o proporcional que se desprende del contenido que de la mencionada estipulación se pudiese llegar a predicar¹⁰⁸⁰.

Así, para sustentar esta postura, suele ponerse de manifiesto que, aquellos clausulados contractuales que, pudiendo contar con un contenido que logre resistir un hipotético juicio en relación con su abusividad -esto bajo el entendido que dicho contenido, en sí mismo, no resulta portador de una injustificada inestabilidad y desproporción, es decir, de un desequilibrio injustificado, importante, o significativo, propiamente concebido-, subrepticamente ingresan a la relación contractual, en franca contravía de las legítimas expectativas del co-contratante, valiéndose así de un indecoroso ‘efecto sorpresa’, lo cual, por sí mismo, interioriza una

¹⁰⁸⁰ La doctrina alemana predominante ha sido contundente en este sentido, pues en reiteradas oportunidades ha puesto de manifiesto que el elemento decisivo en relación con la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas es precisamente el carácter inusual o sorpresivo de las mismas y no propiamente su naturaleza injusta, razón por la cual suele afirmarse que, a pesar que, por regla general, las cláusulas sorpresivas suelen ser además abusivas, lo cierto es que la falta de equidad de las primeras no es una cuestión determinante para dar cabida a su proscripción. ULMER, Peter, & SCHÄFER. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 299 y 300, 306 y 307; LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* p. 172; STOFFELS, Markus. *Der Schutz vor überraschenden Vertragsbestimmungen*, *op.cit.* p. 162; LOCHER, Horts. *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, *op.cit.* p.51; ROLOFF, Stefanie. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 1127; SCHULZE, Reiner. *Bürgerliches Gesetzbuch*, *op.cit.* p. 427; BERGER, K.P. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 548; DÄUBLER, Wolfgang. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 99; SCHWAB, Martin. *AGB-Recht*, *op.cit.* p. 94. Por su parte, entre los autores que pertenecen a otras latitudes y que comparten esta misma visión pueden destacarse: ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* pp. 7-8, y 17; PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas...*, *op.cit.* pp. 465-468; BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, *op.cit.* pp. 212 y ss; RIZZO, Vito. *Le «clausole abusive» nell’esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994. pp. 241 y 242; KLEIN, Michele. *La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación a la luz de la ley alemana*, *op.cit.* p. 133.

justificación suficiente y adecuada para legitimar la imperiosa proscripción de tales cláusulas, ello al margen de que las mismas no puedan llegar a ser consideradas como abusivas, pues el fundamento de su rechazo será la naturaleza sorpresiva que las hace merecedoras de un auténtico juicio de reproche¹⁰⁸¹.

Quienes han seguido esta línea argumentativa, han concluido que el propósito y la misma génesis de una y otra figura no son iguales, y por lo tanto convienen que se dé lugar a su diferenciación. En tal sentido, en opinión de algunos, siguiendo con ello las palabras del analítico profesor de la Universidad de Trier, WALTER LINDACHER, mientras que el objetivo de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas atiende a un criterio de protección individual (*reiner Individualschutz*), en el caso del control de contenido de las cláusulas abusivas se propende no solo por una finalidad individual, sino también por la salvaguarda de las instituciones jurídicas mediante la fiscalización de los abusos de la libertad contractual¹⁰⁸².

En este sentido, debemos indicar en este punto que, por nuestra parte, solo podemos coincidir parcialmente con esta interpretación, pues si bien creemos que es cierto que las cláusulas sorpresivas se afilian estrechamente con aspectos concernientes al estudio del caso individual, y que, por lo tanto, y a diferencia de lo que acontece con las cláusulas abusivas, de suyo más proclives a ser objetivadas – o al menos parcialmente-, no podría llegar a tener lugar la realización de un control abstracto de las mismas¹⁰⁸³, consideramos que ello no puede llevar a concluir que el espectro tuitivo de las cláusulas sorpresivas se encuentre direccionado únicamente hacia protección de intereses individuales y no repercuta, desde un aspecto más general, en el ámbito concerniente a la guarda de instituciones jurídicas, puesto que, tal y como lo hemos venido señalando, la proscripción de la sorpresa jurídicamente relevante, y con ella, más concretamente, la de las cláusulas sorpresivas, encuentra un claro fundamento en la necesaria defensa de elevados postulados que rigen en nuestro ordenamiento jurídico, tales como lo son el de la buena fe, la confianza legítima, la seguridad jurídica, y el de la transparencia, todos ellos indispensables para el correcto funcionamiento de los ordenamientos legal y constitucionalmente vigentes.

Ahora bien, al margen de lo anteriormente expuesto debemos indicar que, quienes han abogado por esta lectura interpretativa, suelen entender que, si bien, a modo de regla general, es posible verificar que las cláusulas sorpresivas resulten, por lo demás, abusivas, interiorizando con ello una suerte de amalgama entre un desequilibrio normativo y la sorpresividad, reconocen igualmente que podrán haber eventos en los que de una cláusula que resulta sorpresiva no se logre predicar un componente abusivo, así como también, a *contrario sensu*, podrán haber cláusulas abusivas respecto a las cuales no pueda alegarse sorpresa alguna, ya que las mismas fueron formuladas en un modo transparente y llegaron a ser efectiva y

¹⁰⁸¹ En un sentido similar, STOFFELS, Markus. *Der Schutz vor überraschenden Vertragsbestimmungen*, *op.cit.* p. 162.

¹⁰⁸² LINDACHER, Walter F. § 3 *Überraschende Klauseln*, *op.cit.* pp. 125 y 126; STOFFELS, Markus. *Der Schutz vor überraschenden Vertragsbestimmungen*, *op.cit.* p. 166. Expresamente se han sumado a esta postura los profesores españoles ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* p. 254, y PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, *op.cit.* p. 465.

¹⁰⁸³ LÖWE, Walter, VON WESTPHALEN, Fridrich Graf & TRINKNER, Reinhold. §3 *Überraschende Klauseln*, *op.cit.* p. 83.

realmente conocidas y comprendidas por el co-contratante¹⁰⁸⁴, lo cual, naturalmente, no purgará su carácter antijurídico¹⁰⁸⁵.

Al respecto, cabe destacar que, esta visión que se inclina por otorgarle una naturaleza individual y autonómica a la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas, en modo tal que se permita entender que un determinado clausulado contractual puede llegar a ser rechazado únicamente en razón de su naturaleza sorprendiva y perjudicial, sin que para ello deba resultar, en adición, draconiano, leonino, o abusivo, tal y como pudimos anticiparlo, ha tenido un gran reconocimiento a nivel internacional siendo esta una interpretación que ha sido acogida por un importante número de legislaciones de diferentes latitudes, tal y como se puede predicar del caso de Alemania, Austria, Portugal, Lituania, Estonia, Hungría, y República Checa, así como también, ya en el plano transnacional, de los Principios Unidroit, y en el pre-legislativo, del Anteproyecto español de modernización del Derecho de obligaciones y contratos del año 2009 al igual que del Anteproyecto del Código Mercantil español del 2014.

Ahora bien, debe señalarse que, de llegar a adoptarse este tipo de lectura interpretativa que aboga por otorgarle un tratamiento conceptual y funcional independiente a la regla de las cláusulas sorprendivas frente al régimen, de suyo más amplio y general, de las cláusulas abusivas, resultará necesario entrar a determinar por cual vía deberá optar el juzgador para invalidar un clausulado en aquellos eventos en los cuales lleguen a configurarse conjuntamente los requisitos y presupuestos estructurales necesarios para la aplicación de una u otra disciplina, es decir, cuando se presente una yuxtaposición entre el elemento sorpresa y el carácter abusivo de una cláusula, siendo esta una cuestión de gran relevancia, la que no ha sido del todo pacífica, puesto que, como se verá, la misma ha dado lugar a la convergencia de diferentes lecturas e interpretaciones las cuales no resultan del todo coincidentes.

De este modo, se encuentra un primer sector, el cual se inclina por considerar que en estos supuestos deberá darse lugar a la aplicación prevalente de una figura respecto de la otra, el cual a su turno se encuentra subdividido en dos tesis o interpretaciones distintas y contrapuestas.

Así, de un lado, hay quienes, sustentándose en motivaciones de lógica y sistematicidad normativa, consideran que la opción más coherente es la de otorgarle primacía a la aplicación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas, pues consideran que -siguiendo el modelo bimembre y secuencial de fiscalización de las condiciones generales-, como primer recurso, el juzgador deberá evaluar el posible carácter sorprendivo de la cláusula, ya que, en caso tal que este corrobore que la cláusula en cuestión efectivamente puede ser entendida como sorprendiva, la incorporación de la misma fallará no pudiendo llegar a hacer parte del contenido contractual, por lo que la posible y posterior valoración de su carácter abusivo, desde una perspectiva lógica

¹⁰⁸⁴ En efecto, la doctrina alemana ha sido reiterativa al señalar que, aun cuando las disposiciones contractuales que resulten sorprendivas suelen ser a su turno abusivas pues incorporan, en modo subrepticio, ventajas injustas y desproporcionadas para el predisponente, ello no representa un requisito indispensable para dar lugar al rechazo de una cláusula, ya que pueden existir cláusulas sorprendivas que no pueden tolerarse, pero que no resultan abusivas, lo cual podrá acontecer igualmente en sentido contrario. Así, STOFFELS, Markus. *Der Schutz vor überraschenden Vertragsbestimmungen*, op.cit. p. 162; LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, op.cit. p. 172; y LOCHER, Horts. *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, op.cit. p. 51. Sin perjuicio de ello, algunos autores consideran que difícilmente una cláusula cuyo contenido no sea repudiable en razón de su abusividad podrá llegar a sorprender a un contratante. Así, SCHULZE, Reiner. *Bürgerliches Gesetzbuch*, op.cit. p. 427; y KÖTZ, Hein. § 3 *Überraschende Klauseln*, op.cit. p. 1825.

¹⁰⁸⁵ BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, op.cit. pp. 214 y 215.

y funcional, no tendría lugar o sentido alguno¹⁰⁸⁶, mientras que, otros, a pesar de compartir la idea de que la regla de las cláusulas sorpresivas debe tener una prevalencia, consideran que ello solamente deberá predicarse en aquellos casos en los cuales, aun cuando la sorpresividad y la abusividad se amalgaman en un solo clausulado, el primero de estos imperfectos sobresale en razón de las particularidades del caso concreto¹⁰⁸⁷.

Por su parte, del otro lado, y en un sentido contrario, acudiendo a razonamientos que se encuentran sustentados en un orden de jerarquía y de mayor conveniencia, otro grupo de autores se inclinan por considerar que el juzgador deberá favorecer la prevalencia de la determinación del carácter abusivo de la cláusula, en virtud de la mayor trascendencia que se desprende del control de contenido respecto de aquel de inclusión o incorporación¹⁰⁸⁸.

Ahora bien, un segundo sector, el cual puede entenderse como el mayoritario, ha planteado que, no resulta conveniente imponerle al juez una especie de camisa de fuerza que lo vincule a la indefectible adopción de una vía sobre la otra, sino que, confiando en su buen juicio, consideran que se debe reconocer la posibilidad de que este último, teniendo en consideración las particularidades de cada caso, pueda optar por rechazar el clausulado, sea en virtud de su connotación sorpresiva o de su carácter abusivo, o que, inclusive, decida hacerlo poniendo de presente la convergencia de las dos anomalías¹⁰⁸⁹.

Al respecto, debemos señalar que, en nuestra opinión, esta segunda lectura puede ser considerada como la más conveniente, ya que, al otorgarle un mayor grado de libertad al juzgador, este último tendrá la posibilidad de ampliar considerablemente el margen de acción para enfrentar aquellos supuestos en los que se encuentre ante disposiciones contractuales que interioricen un cierto grado de deslealtad y que, por lo tanto, no puedan ser toleradas, sea que ello se justifique por uno u otro motivo.

En este sentido, de acoger esta tesis, podrá suceder que, cuando el juzgador no llegue a contar con la absoluta certeza sobre la efectiva verificación del elemento sorpresa en el caso

¹⁰⁸⁶ ULMER, Peter, & SCHÄFER. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* pp. 306 y 307. Por su parte, a pesar de reconocer que si se aplica la regla de las cláusulas sorpresivas no habría lugar a una evaluación del carácter abusivo ya que este último solo podrá realizarse en los casos en los que la cláusula haya pasado a formar parte del contrato, la doctrinante alemana STEFANIE ROLOFF, considera que, por razones de 'economía procedimental', si una cláusula además de sorpresiva es también objetable por su contenido inapropiado, la aplicación de la regla de las cláusulas sorpresivas puede ser omitida. ROLOFF, Stefanie. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 1127. BGH NJW 1987, 1636; 1990, 576.

¹⁰⁸⁷ Entre los autores que se inclinan por esta tesis se puede aludir a LÖWE, Walter, VON WESTPHALEN, Fridrich Graf & TRINKNER, Reinhold. §3 *Überraschende Klauseln*, *op.cit.* p. 81 y 82.

¹⁰⁸⁸ KÖTZ, Hein. § 3 *Überraschende Klauseln*, *op.cit.* p. 1825; SCHLOSSER, Peter. § 3 *Überraschende Klausel*, *op.cit.* pp. 124 y ss. En relación con este particular, el profesor de la Universidad de Heidelberg, MARKUS STOFFELS, entiende que, cuando se presente una yuxtaposición entre cláusulas abusivas y sorpresivas, el juzgador deberá tener cuidado de no evitar de darle tratamiento a las cuestiones relativas al contenido de las cláusulas de la mano al elemento sorpresa, pues considera que la revisión de contenido abierta es la forma más honesta y relevante. STOFFELS, Markus. *Der Schutz vor überraschenden Vertragsbestimmungen*, *op.cit.* p. 166.

¹⁰⁸⁹ LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 174; ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* pp. 255-257; PAGADOR LÓPEZ, JAVIER. *Condiciones generales y cláusulas abusivas*, *op.cit.* pp. 468 y 469. A esta misma postura se a afiliado la profesora MICHELE KLEIN, quien, pese a reconocer en un principio que la solución más correcta, a partir de una lógica jurídica, sería la de brindarle prevalencia a la regla de las cláusulas sorpresivas, considera que, ya sea una que otra opción llevará finalmente al mismo resultado, es posible permitir que el juez opte libremente por cualquiera de las dos vías para el rechazo de una cláusula. KLEIN, Michele. *La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación a la luz de la ley alemana*, *op.cit.* p. 134.

que es objeto de análisis, podrá sustentarse en el carácter abusivo de la cláusula para proceder a su proscripción, y, a su turno, en aquellos eventos en los que el componente desestabilizador de una cláusula, *per se*, no parezca suficiente para que la misma se torne en acreedora de un indefectible rechazo, el juzgador podrá sustentarse en la naturaleza sorpresiva de la misma para negar su incorporación al contrato. Desde esta perspectiva, puede evidenciarse que, la regla de las cláusulas sorpresivas, y la disciplina de las cláusulas abusivas, pueden articularse en modo tal que se logre garantizar una más eficiente erradicación de estipulaciones contractuales que se oponga, de una u otra forma, a la ideal de la justicia contractual.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, algunos de los autores que han acogido esta vía, han considerado que sería posible llegar a formular ciertos lineamientos generales, de naturaleza orientativa, cuyo propósito es el de guiar al intérprete al momento de decidir por cual vía deberá inclinarse, es decir si deberá sancionar la cláusula en razón de su naturaleza sorpresiva o por motivo de su abusividad, ello en virtud de la mayor conveniencia que se puede predicar de la aplicación de una categoría respecto a la otra, en determinados escenarios o circunstancias.

Así, en un modo simplemente enunciativo¹⁰⁹⁰, se ha entendido que en ciertas ocasiones resultará más conveniente optar por otorgarle una primacía al control de contenido frente a la aplicación de la regla de las cláusulas sorpresivas, en virtud de la naturaleza ejemplificativa que se predica del primero, ya que puede llegar a acontecer que, un predisponente al que, en sede judicial se le haya impedido incorporar una cláusula que, a pesar de contener un claro componente desequilibrado, únicamente hubiese sido rechazada en razón de su naturaleza sorpresiva, puede llegar a verse incentivado a seguir incorporando esa misma estipulación en el futuro, solo que dando lugar a la eliminación del elemento sorpresa en las mismas, lo cual podrá realizar cuando, con el mayor cinismo, incorpora la cláusula con un elevado grado de transparencia, informando así, en modo claro y comprensible, al contratante sobre el abuso que pretende introducir a la relación contractual. Por este motivo, se ha considerado que, en estas circunstancias, convendría obstaculizar este tipo de situaciones al invalidar desde un inicio la cláusula en razón a su evidente componente injusto y desequilibrado evitando con ello que la misma pueda ser introducida en futuros eventos incluso cuando se haga de forma transparente¹⁰⁹¹.

1.2.2. *Las cláusulas sorpresivas como una categoría de las cláusulas abusivas.*

Por otra parte, una segunda corriente ha venido planteado un direccionamiento, o re-direccionamiento, del elemento sorpresa en sede del control de las cláusulas abusivas, al

¹⁰⁹⁰ En un sentido similar los profesores JESÚS ALFARO ÁGUILA REAL y JAVIER PAGADOR LÓPEZ han considerado que convendrá preferir la aplicación del control de contenido, respecto a la regla de las cláusulas sorpresivas, en relación con aquellas cuestiones que son reguladas por las normas de derecho dispositivo, siendo esta una interpretación que, aunque nos parece válida y respetable, creemos que no puede ser acogida en forma absoluta puesto que, tal y como pusimos de presente en su momento, el inesperado y subrepticio distanciamiento de la normativa dispositiva por parte de un clausulado adquiere un papel de gran trascendencia. PAGADOR LÓPEZ, JAVIER. *Condiciones generales y cláusulas abusivas*, *op.cit.* pp. 468 y 469; ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* p. 256 y 257.

¹⁰⁹¹ LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 182; y PAGADOR LÓPEZ, JAVIER. *Condiciones generales y cláusulas abusivas*, *op.cit.* pp. 468 y 469.

considerar que, en últimas, el rechazo de los efectos perniciosos que se desprenden de dicho elemento, pese repercutir en la esfera del consentimiento contractual, puede llegar a encontrar refugio en el plano del control de validez que se encarga de enjuiciar el carácter abusivo del contenido contractual¹⁰⁹². Esta corriente, la cual, a pesar de no encontrar un gran respaldo normativo, y de alejarse de la visión más tradicional y extendida, en la actualidad ha adquirido una importante relevancia lo cual, en parte se ha debido, tal y como pudimos poner de manifiesto en su momento, al redimensionamiento que ha tenido el concepto de la transparencia contractual, el cual ha permitido que la misma se proyecte en sede del control de contenido.

En este sentido, quienes se han inclinado por esta postura, suelen considerar que, será en razón del carácter desestabilizador que se puede predicar de una cláusula que, de forma inopinada introduce un elemento que, razonablemente, no se habría podido esperar que entre a formar parte del acuerdo contractual, que este tipo de clausulados pueden llegar representar un claro supuesto de un abuso negocial, y por ende, será una cuestión que deberá ser resuelta por medio de los mecanismos normativos preestablecidos por los ordenamientos jurídicos para combatir las cláusulas abusivas, es decir, a través de la implementación por parte del juzgador del llamado control de contenido¹⁰⁹³. Al respecto, debe señalarse que, esta interpretación que considera que la cuestión atinente a la sorpresividad terminará, en últimas, por reconduciéndose a los amplios terrenos del abuso del derecho, no puede considerarse como algo del todo novedoso, pues debemos recordar que, tal como pudimos poner de presente al abordar la figura de la sorpresa y su proyección como un vicio de la voluntad, algunos autores se han inclinado por considerar que la sorpresa puede representar una particular manifestación del ejercicio abusivo de un derecho¹⁰⁹⁴.

En este punto cabe destacar que, si bien esta postura no cuenta en la actualidad con un expreso respaldo normativo en el continente europeo, lo cual en parte se debe a la elección que habría realizado en su momento el legislador alemán de residenciar la regla de las cláusulas sorpresivas en sede del control de inclusión, el profesor JOACHIM SCHMIDT-SALZER, apartándose de la doctrina mayoritaria germana, ha indicado que, en su opinión, el tratamiento autónomo que se le asignó a la regla de las cláusulas sorpresivas en el ámbito del control de inclusión se debe principalmente a la confusión por parte de la jurisprudencia alemana en relación con los conceptos de cláusulas inusuales, sorpresivas, inadecuadas, entre otros más, razón por la cual, considera que, la regla de las cláusulas sorpresivas en realidad, representa una diversa manifestación del procedimiento de control de contenido, expresando adicionalmente que, en el ámbito del Derecho comunitario, la misma puede reconducirse a la regulación de las cláusulas abusivas que es suministrada por parte de la Directiva 93/13, ello teniendo en consideración a que en el numeral primero del artículo 4 la mencionada Directiva expresamente se señala que, para la determinación del carácter abusivo de una cláusula se

¹⁰⁹² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Los contratos de adhesión*, op.cit. p. 1628.

¹⁰⁹³ En opinión del profesor argentino LUIS F.P. LEIVA FERNÁNDEZ, “La sorpresa aunque carezca de un contenido abusivo, es abusiva porque expone a la parte no predisponente a una disminución de su voluntad (sea en su discernimiento intención o libertad según el caso y las postura jurídica que se adopte por el intérprete)”. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. *Tratado de los contratos*, T I, La Ley, Buenos Aires, 2017. pp. 201 y 202.

¹⁰⁹⁴ Véase *supra* notas 560-563.

deberá tener en cuenta “todas las circunstancias que concurren” al momento de la celebración del contrato¹⁰⁹⁵.

Al respecto, y sin perjuicio de que esta será una temática que abordaremos con más detenimiento al momento de desarrollar el estudio comparado en relación con la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas, cabe poner de presente en las propuestas de 1990 y 1992 de la Directiva comunitaria 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores, auténtico paradigma a nivel internacional en relación con la disciplina de este tipo de clausulados, se habría incluido como uno de los supuestos prototípicos de cláusulas abusivas aquellas que implicasen una “ejecución del contrato significativamente diferente de aquella el consumidor podría legítimamente esperar”, incorporando de esta forma la cuestión del rechazo a las cláusulas que encunan una sorpresa indeseada en los lindes del ‘control de contenido’¹⁰⁹⁶, a pesar de que tal interpretación finalmente no habría sido acogido en el texto definitivo de la Directiva.

Ahora bien, contrario a lo que ha acontecido en el continente europeo, en lo que al Derecho latinoamericano respecta, esta segunda tesitura que se inclina por ubicar la esencia de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas en el marco de la regulación de las cláusulas abusivas, ha contado con un amplio y preponderante acogimiento¹⁰⁹⁷, llegando así constituirse como una línea interpretativa que ha sido acogida casi con unanimidad, haciendo la salvedad de uno que otro autor que ha considerado necesario optar por una distinción e individualización de las primeras respecto de las segundas¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁵ SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Die Kontrolle ungewöhnlicher /überraschender AGB-Klauseln: deutsche Vergangenheit und europäische Zukunft*, op.cit. pp. 362 y 363, y 374 y 375, así mismo puede consultarse SHMIDT-SALZER, Joachim. “Das textliche Zusatz-Instrumentarium des AGB-Gesetzes gegenüber der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 48, 1995. pp. 1642 y 1643.

¹⁰⁹⁶ Para un estudio más detenido de la materia consúltese el numeral 2.2.2. del presente capítulo.

¹⁰⁹⁷ Así, por parte de la doctrina argentina pueden enlistarse, entre otros más, los siguientes autores: STIGLITZ, Rubén S. *Contratos civiles y comerciales, parte general*, op.cit. p. 126; REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predispuestas*, op.cit. p. 484; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. *Tratado de los contratos*, T I, op.cit. pp. 201 y 202; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *Las cláusulas abusivas*, en *Roma e America. Diritto romano commune: revista de derecho de la integración y unificación del derecho en Europa y América Latina (Bogotá)*, N° 26, 2008. p. 288; y SANTARELI, Fluvio G. “El contrato de consumo en el código civil y comercial de la nación”, en *Contratos en el nuevo código civil y comercial*, T I, La Ley, Buenos Aires, 2015. p. 366. En el caso de la doctrina colombiana se encuentran: LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. “Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de la buena fe en el contrato de seguro”, en *Vniversitas*, N° 105, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001. p. 247; PRADA MARQUÉZ, Yolima. “De las cláusulas abusivas”, en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*, T IV, Vol I, Temis, Bogotá, 2010. p. 319; y PALACIO SÁNCHEZ, Fernando. *Seguros temas esenciales*, ECOE, Bogotá, 2016. n° 3.4.2. Así mismo, y con la intención de no extendernos en demasía con este recuento bibliográfico, en el ámbito del Derecho uruguayo puede verse: ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Desequilibrio en los contratos*, op.cit. p. 425. Así mismo, debe recordarse que, tal y como tuvimos la oportunidad de expresar, la integración de la lucha contra las cláusulas sorprendidas en el ámbito de la reglamentación de las cláusulas abusivas ha tenido un acogimiento, tanto doctrinal como jurisprudencial, en el caso del ordenamiento brasileño, al respecto puede consultarse: LIMA MARQUES, Claudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, op.cit. pp. 1077 y 1078; MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais, 2016. pp. 411 y 412; y NERY JUNIOR, Nelson. NERY JUNIOR, Nelson. “Da proteção Contratual”, en *Código brasileiro do defesa do consumidor*, Forense, Rio de Janeiro, 2018. p. 587.

¹⁰⁹⁸ Distanciándose de la postura mayoritaria en la esfera latinoamericana, el profesor colombiano, CARLOS IGNACIO JARAMILLO, recientemente ha manifestado que las cláusulas sorprendidas, las cuales, en su opinión “no siempre [son] asimilables a las abusivas”, no estarán llamadas a tener eficacia “por revestir sustantividad en aquellos supuestos en que no tienen connotación abusiva (‘cláusulas sorprendidas sin

En efecto, cabe destacar que, en el Derecho latinoamericano la doctrina muy tempranamente habría receptado la interpretación en relación con las cláusulas sorprendidas, lo cual creemos que se debió principalmente, y sin perjuicio de algunas referencias menores a la figura que pudieron haberle precedido¹⁰⁹⁹, al reconocido profesor argentino, JUAN CARLOS REZZÓNICO, quien, con ocasión con los estudios que darían lugar a su acuciosa obra en torno a los ‘Contratos con cláusulas predispuestas’, publicada en el año de 1987, importó la temática relativa a las cláusulas sorprendidas al continente latinoamericano, aunque lo hizo supeditándola al ámbito de aplicación de las cláusulas abusivas¹¹⁰⁰. Postura que, con los años, sería retomada por el, no menos reconocido, y siempre recordado, profesor RUBÉN STIGLITZ, quien igualmente respaldó esta visión al defender la existe de una relación de género a especie entre las cláusulas abusiva (*genus*) y las sorprendidas (*species*)¹¹⁰¹.

De este modo, quienes se han adscrito a este tipo de interpretaciones han llegado a entender que la dimensión conceptual de las cláusulas abusivas es bastante amplia, y que por ello puede atribuírsele una surte de naturaleza polisémica, lo que les ha permitido considerar que en ella pueden aglutinarse categorías de cláusulas de diferentes denominaciones, o ‘especies’¹¹⁰², tal y como sucede con las vejatorias, exorbitantes, excesivas, intransparentes, sorprendidas, entre otras más, ello bajo el entendido que, todos estos casos se identifican a través del mismo efecto: la injustificada ruptura del equilibrio contractual¹¹⁰³.

Entre los exponentes de esta tesitura, en el caso de la doctrina colombiana, se encuentra el profesor CARLOS ANDRÉS LAGUADO GIRALDO, quien considera que las denominadas cláusulas abusivas “Pueden ser cláusulas claras, cláusulas ambiguas u oscuras y por último, pueden ser

connotación abusiva)”. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida & JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *El criterio de razonabilidad en el Derecho privado*, op.cit. p. 288. Cfr. BENÍTEZ CAORSI, Juan J. *La revisión del contrato*, op.cit. p. 294; y CÓRDOBA TORO, Juan Camilo. “Las cláusulas sorprendidas en los contratos internacionales de adhesión”, en *Revista Pluriverso*, N° 9, 2017. p. 37; y HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel & CAMPOS MICIN, Sebastián. “Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 39, 2020. pp. 155 y ss.

¹⁰⁹⁹ En un escrito de inicios de los años ochenta el profesor JORGE MOSSET ITURRASPE, al evidenciar como para la época se había dado lugar ‘renacimiento del formalismo’, o más bien el nacimiento de un ‘neo-formalismo’, el cual se encontraba fundamentaba en instaurar la forma como una especie de ‘exigencia suplementaria’ de la que se desprenden ciertos efectos jurídicos, destacaba como uno de los argumentos favorables de este retorno consistía en “el papel preventivo de las formas en orden a la evitación de los ‘entruetos’, de la proscripción de las cláusulas sorprendidas”. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Estudios sobre responsabilidad por daños*, T 3, Rubinzal y Culzoni, 1982. p. 174. Por su parte, pocos años más tarde, CARLOS GILBERTO VILLEGAS, había definido las cláusulas sorprendidas como “aquellas que previstas en las condiciones generales del contrato no han podido ser advertidas en su justa medida y real alcance por parte del cliente, que no ha podido prever tales resultados ni aun obrando con diligencia y buena fe”. GILBERTO VILLEGAS, Carlos. *La cuenta corriente bancaria y el cheque*, Depalma, 1986. p. 10.

¹¹⁰⁰ REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predispuestas*, op.cit. p. 480 y ss.

¹¹⁰¹ En palabras del profesor STIGLITZ, “Las cláusulas sorprendidas participan en el género de las cláusulas abusivas”. STIGLITZ, Rubén S. *Contratos civiles y comerciales, parte general*, T II, op.cit. p. 136, así mismo, debe mencionarse la opinión de FLUVIO SANTARELLI, según la cual “De ningún modo la cláusula sorprendida es esencialmente diferente a la abusiva (...)”. SANTARELLI, Fluvio G. “El contrato de consumo en el código civil y comercial de la nación”, en *Contratos en el nuevo código civil y comercial*, op.cit. p. 366.

¹¹⁰² ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Desequilibrio en los contratos*, op.cit. p. 425, el profesor ORDOQUI, al referir a las cláusulas sorprendidas, establece que estas se encuentran dentro del género de las abusivas, sosteniendo, como buena parte de la doctrina lo ha hecho, que las sorprendidas son una ‘especie’ de estas últimas.

¹¹⁰³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *Las cláusulas abusivas*, op.cit. p. 288.

cláusulas sorpresivas”¹¹⁰⁴, circunscribiendo de este modo el concepto de cláusula sorpresiva a una modalidad de las abusivas, y a la profesora YOLIMA PRADA MARQUÉZ, quien igualmente se ha afiliado a esta visión, pues sostiene que del género de cláusulas abusivas se desprenden ‘especies’ o ‘infraordinarias conceptuales’ dentro de las cuales se encuentran las que ella denomina como ‘cláusulas abusivas inexistentes’, en donde enmarca las sorpresivas¹¹⁰⁵.

Sería precisamente por virtud del gran predominio con el que contaría esta interpretación en nuestro continente que, para el año 2014, con ocasión de la promulgación del Código Civil y Comercial argentino, verdadero paradigma del nuevo Derecho contractual latinoamericano, se dio lugar a la adopción de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas pero subsumiéndola dentro de la disposición relativa a las cláusulas abusivas (literal c artículo 988), erigiéndose así como una disposición verdaderamente innovadora que se alejaría de la visión más tradicional que concibe las cláusulas sorpresivas como una figura autónoma respecto de la categoría de las cláusulas abusivas, la cual, al menos a nivel normativo, en la hora de ahora, no parece tener un equivalente en el panorama jurídico internacional.

Sin perjuicio de todo lo anteriormente expuesto, es menester señalar que, a pesar de que en el marco internacional, además del precitado caso del sistema argentino, ningún otro ordenamiento jurídico le ha dado un acogimiento expreso a esta tesitura, debemos señalar que, a lo largo de los últimos años, tal y como lo pusimos en evidencia precedentemente, en el panorama jurídico europeo, de la mano al intrincado tratamiento que se ha formulado en torno al concepto de transparencia y su proyección en sede del control de contenido, se ha abierto nuevamente un debate sobre la incardinación de regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, verificándose así una especie de línea tendencial, no del todo consolidada, que buscaría reconducir la referida regla, al menos por medio de su interpretación como una manifestación de la transparencia contractual, al terreno de las cláusulas abusivas, llegando así a reforzarse una visión que entiende que las cláusulas sorpresivas se instituyen como un supuesto de cláusulas abusivas en razón de su carácter intransparente¹¹⁰⁶.

Desde esta perspectiva, puede señalarse que, las discusiones que se han tenido a lo largo de los últimos años en materia de cláusulas abusivas han venido a delinear una inclinación hacia el ensanchamiento del espectro comprensivo de estas últimas, lo que ha generado como consecuencia que la idea del rechazo de las cláusulas abusivas se profile cada vez más como una especie de panacea, fungiendo como instrumento apto e idóneo para expurgar de las relaciones contractuales todo tipo de anomalías o imperfecciones, quedado así dentro su margen comprensivo las cláusulas que, contrariando a la buena fe, dan lugar a la configuración de injustificado desequilibrio prestacional, adolecen de un defecto de transparencia, o que frustran las legítimas expectativas del co-contratante en razón de su naturaleza sorpresiva.

¹¹⁰⁴ LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. *Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de la buena fe en el contrato de seguro*, op.cit. p. 247. Distanciándose de esta visión aglutinante, el profesor antioqueño JUAN CAMILO CÓRDOBA TORO ha señalado que, en lo tocante a la relación de las cláusulas sorpresivas y las abusivas, “aunque reconozco su vínculo, no me atrevo a afirmar que una depende de la otra, pues una cláusula abusiva puede ser sorpresiva o no y viceversa”. CÓRDOBA TORO, Juan Camilo. *Las cláusulas sorpresivas en los contratos internacionales de adhesión*, op.cit. p. 37.

¹¹⁰⁵ Así, PRADA MARQUÉZ expone, “Cláusulas abusivas inexistentes: Serían aquellas absolutamente sorpresivas, o, que no forman parte del contrato; o sobre las cuales no se pueden predicar consentimiento alguno (...)”. PRADA MARQUÉZ, Yolima. *De las cláusulas abusivas*, op.cit. p. 319.

¹¹⁰⁶ Al respecto, véase PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Buena fe ex art. 1.258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios*, op.cit. p. 16.

Esta sería la visión que ha sido defendida por el estudioso profesor de la Universidad de Granada, FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, quien, en relación con el particular, ha manifestado que, de los distintos modos en los que un predisponente puede tener un comportamiento contrario a la buena fe, es posible abstraer tres tipologías o categorías de cláusulas abusivas, a saber: i) “las cláusulas no negociadas individualmente que impliquen un desequilibrio objetivo de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato”, ii) “las cláusulas no negociadas individualmente que por un defecto de transparencia alteren subrepticamente el equilibrio económico pactado sobre el precio y el objeto del contrato” y iii) “las cláusulas no negociadas individualmente que sean tan sorprendentes conforme a las circunstancias y a la naturaleza del contrato que frustran las legítimas expectativas que el consumidor podría tener sobre el contenido del mismo”¹¹⁰⁷.

1.3. EL REDIMENSIONAMIENTO DE LA TRANSPARENCIA Y SU INCIDENCIA EN SEDE DEL CONTROL DE CONTENIDO. LA IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS.

Tomado como fundamento el redimensionamiento del concepto de la transparencia contractual, al cual ya hemos aludido con cierto detenimiento previamente (capítulo IV), podemos evidenciar que el alcance de este último concepto ya no se encuentra confinado en el marco de los controles positivos de incorporación, sino que este cuenta con la virtualidad de incidir, de una u otra forma, en todos y cada uno de los escaños que comprende la estructura del control de las condiciones generales de la contratación, entre ellos, el denominado control de contenido¹¹⁰⁸. En efecto, en la actualidad se corrobora la existencia de una marcada tendencia que se inclina por abrirle paso a esta nueva cosmovisión de la transparencia en los espinosos fondos conceptuales que comprende el control de contenido, pues, en un sentido similar a lo que algunos han manifestado en relación con la cuestión atinente a la sorpresividad, se ha entendido que el potencial pernicioso que se predica de la llamada ‘intransparencia’, pese a ser una cuestión que se encuentra estrechamente coligada a la formación del consentimiento contractual y que, por lo tanto, *prima facie*, pareciese resolverse en el campo del control de inclusión, puede llegar a generar una injustificada desestabilización del equilibrio contractual, dando paso con ello a que se llegue a materializar una desdeñosa y repudiable abusividad¹¹⁰⁹, lo que ha llevado a que el precepto de la transparencia contractual sea representado actualmente como una especie de ‘nueva arma’, o herramienta, que se suma en la lucha contra las cláusulas abusivas¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Los contratos de adhesión*, *op.cit.* p. 1633.

¹¹⁰⁸ Así lo ha manifestado el profesor de la Universidad de Hamburgo, WOLFGANG WURMNEST, al poner de presente que la transparencia es un concepto que repercute en varios de los escenarios o estadios del Derecho de las condiciones generales, ya que se desenvuelve en el marco de los requisitos de inclusión, tanto positivos como negativos, en los terrenos de la interpretación, así como también tiene una resonancia en sede del denominado control de contenido. WURMNEST, Wolfgang. “§ 307” en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, *op.cit.* p. 1262.

¹¹⁰⁹ CHAUDOUET, Sibylle. *Le déséquilibre significatif*, *op.cit.* pp. 68 y 69.

¹¹¹⁰ POILLOT, Elisa. “Le contrôle de la transparence matérielle des clauses portant sur l'objet du contrat: une nouvelle arme en matière de lutte contre les clauses abusives”, en *Recueil Dalloz*, Paris, N° 19, 2017. pp. 1096 y ss.

No obstante lo anterior, lo cierto es que, la cuestión no ha resultado en lo absoluto pacífica, pues la misma ha dado lugar a una pluralidad de interpretaciones y posiciones que no resultan del todo coincidentes, lo cual, en gran medida puede deberse al hecho de que este ‘segundo filtro’ de la transparencia se a forjado pretorianamente, siendo fruto así de una pluralidad variopinta de lecturas e interpretaciones, no siempre lineales u homogéneas, que han sido acogidas por un importante número de pronunciamientos de tribunales de diferentes latitudes, llegándose a verificar en ciertas ocasiones, inclusive, una ausencia de armonía en sede de un mismo órgano judicial. En este sentido, podemos indicar que, ha sido tan acentuada la falta de univocidad y de claridad que, acudiendo a un elocuente juego de palabras, se ha llegado a denunciar la existencia de una “intransparencia de la jurisprudencia en materia de transparencia”¹¹¹¹.

Lo anterior ha generado como consecuencia que se haya dado paso a un cierto grado de incertidumbre en relación con el particular, al no existir un tratamiento armónico y coincidente en relación con los alcances que pueden atribuírsele a los defectos de transparencia en el marco de la contratación predispuesta y del consumo, lo cual ha dado lugar al surgimiento de una pluralidad de interpretaciones, no del todo coincidentes.

Así, en la actualidad puede verificarse la existencia de tres tesis principales en relación al papel que se le debe asignar a la transparencia, particularmente a partir de su cosmovisión material, a saber: i) el defecto de transparencia de una cláusula impide que la misma pueda llegar a incorporarse al contrato, de este modo, quienes se afilian a esta lectura conciben que la transparencia es una cuestión que se resuelve *in integrum* en sede del control de inclusión, por manera que, siguiendo esta interpretación, se tornará irrelevante la determinación de la posible naturaleza abusiva de la cláusula, ello bajo el entendido que, la misma, en razón de su falta de transparencia, no logrará entrar a formar parte del acuerdo¹¹¹²; ii) el defecto de transparencia de una cláusula constituye un factor o elemento adicional que, en modo previo o concomitante a la determinación de un desequilibrio relevante, permite sancionar una cláusula en razón de su componente abusivo, de este modo, quienes adoptan esta postura se inclinan por inscribir la problemática relativa a la transparencia, al menos cuando es entendida desde su cosmovisión material, en el ámbito del control de contenido, sin embargo consideran que, si bien el carácter intransparente es un factor al cual se le debe asignar relevancia en la evaluación del componente abusivo de una cláusula, este último, por

¹¹¹¹ Traducción libre. WURMNEST, Wolfgang. *Inhaltskontrolle*, op.ci. pp. 1262 y 1263.

¹¹¹² Tal visión ha sido fuertemente defendida por parte del profesor español SERGIO CÁMARA LAPUENTE, quien considera que lo más conveniente sería “mantener la falta de transparencia dentro del control de incorporación, sin que las cláusulas con ese defecto sean consideradas abusivas, sino simplemente no puestas no incorporadas”. CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas*, Versión escrita de la conferencia pronunciada el 26 de marzo de 2015 en la Academia Matritense del Notariado, 2015. p. 608. Esta ha sido una interpretación que ha sido defendida igualmente por un importante sector de la doctrina francesa, el cual se inclina por considerar que la sanción respecto a las cláusulas mal presentadas y no comprensibles será su no oponibilidad en razón de la verificación de un consentimiento insuficiente, quedado así por fuera la consideración del carácter abusivo de la misma. Al respecto, véase con interés PÉGLION-ZIKA, Claire-Marie. *La notion de clause abusive*, LGDJ, Parigi, 2018. pp. 169 y ss. En un sentido contrario se ha pronunciado recientemente la doctrina francesa SIBYLLE CHAUDOUET, quien ha considerado que el carácter oscuro o ambiguo, en realidad, plantea una cuestión no propiamente del consentimiento, sino del fondo y contenido, razón por la cual será la normativa relativa al desequilibrio significativo la que mejor podrá responder a la misma. CHAUDOUET, Sibylle. *Le déséquilibre significatif*, op.cit. pp. 68 y 69.

sí mismo, no resulta suficiente para atribuirle el rótulo de ‘abusiva’¹¹¹³, y iii) el defecto de transparencia de una cláusula posee una naturaleza tan desestabilizadora y perniciosa que, al implicar una vulneración al principio de la buena fe, *per se* resultará suficiente para llegar a determinar el carácter abusivo de una cláusula contractual y, por tal vía, llegar a descalificarla o invalidarla en razón de su naturaleza desestabilizadora, ello sin necesidad de que adicionalmente se deba corroborar la existencia de un desequilibrio objetivo de naturaleza prestacional¹¹¹⁴.

¹¹¹³ Esta visión ha sido acogida ampliamente por un importante sector, el cual pareciera representar el mayoritario en el marco de la doctrina italiana, así: RIZZO, Vito. *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, *op.cit.* pp. 126 y 127; DI GIOVINE, Gaetano. “Art. 1469-quater”, en *Clausole vessatorie e contrato del consumatore*, Vol I, CEDAM, Verona, 2001. pp. 594 y 595; DI GIOVANNI, Francesco. *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, *op.cit.* p. 104; MINERVINI, Enrico. *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999. pp. 134 y 135; PODDIGHE, Elena. *I contratti con i consumatori: la disciplina delle clausole vessatorie*, Giuffrè Editore, Milano, 2000. p. 322; y SIRENA, Pietro. “Art. 1469-ter, 2º comma”, en *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, T I, Giuffrè Editore, Milano, 1997. pp. 566 y 567. Por su parte, en el marco de la doctrina española, entre los autores que defienden esta tesis se encuentran: CAÑIZARES LASO, Ana. “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, en *Revista de Derecho Civil*, Vol II, Nº 3, 2015. pp. 93-95; MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo. MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo. “El control de transparencia en las cláusulas suelo”, en *Revista Bolivariana de Derecho*, Nº 25, 2018. pp. 230 y 231; y PAZOS CASTRO, Ricardo. *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, *op.cit.* p. 414.

¹¹¹⁴ Así ha sido interpretado por algún sector el cual, si bien podría retenerse como minoritario, con el tiempo ha adquirido un mayor respaldo. En este sentido, entre los autores italianos que han defendido esta visión de la ‘abusividad directa’ en razón del carácter intransparente de una cláusula puede destacarse a: VALLE, Laura. *L’inefficacia delle clausole vessatorie*, CEDAM, Padova, 2004. pp. 137 y 138; BARENGHI, Andrea. “Art. 1469-bis (Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore)”, en *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel condice civile*, Jovense, 1996. pp. 49 y ss; GIMMARIA, “Art. 1496-quater. Forma e interpretazione”, en *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore: artt. 1469 bis-1469*, Giuffrè Editore, 2003. pp. 1023-1024; SCIANCALEPORE, Giovanni. *Le clausole abusive*, *op.cit.* p. 513; y PAGLIANTINI, Stefano. *Trasparenza contrattuale*, *op.cit.* p. 1302. Cabe destacar que, en el marco del sistema jurídico italiano, esta sería una visión que tempranamente habría gozado de un respaldo jurisprudencial, siendo ejemplo de ello la sentencia proferida por Tribunal de Roma el 21 de enero de 2000, en la cual se habría determinado que “L’equivocità e non trasparenza de la clausola (art. 1469 quater c.c.) (...) è essa stessa fonte di squilibrio tra le parti ed iniquità sostanziale aggravando l’asimmetria informativa già presente nei contratti per adesione: la conseguenza che se ne deve trarre nell’ambito del procedimento collettivo, finalizzato ad una tutela di carattere essenzialmente preventivo, è l’inibitoria dell’intransparenza della stessa”, pese a reconocer que a tal razonamiento podría objetársele el hecho que la consecuencia de la falta de transparencia solo puede ser la de abrir la puerta a una evaluación del desequilibrio, señalado sin embargo que, “Tale orientamento può essere condiviso nell’ambito del giudizio individuale-sucesivo, nel quale il consumatore può far valere il suo interesse alla conservazione della pur oscura clausola in forza di un’*interpretatio contra proferentem* ma non in quello collettivo ex art. 1469 sexies c.c.”. *Il foro italiano*, Vol 123, Nº 6, 2000. col. 2072. Por su parte, con tan solo dos años de posterioridad, la Corte de Apelación de Roma habría puesto de presente que “Nel sottosistema dei contratti del consumatore, la trasparenza è anzi uno strumento per il raggiungimento dell’equilibrio delle prestazioni contrattuali e rappresenta la soglia minimale al di sotto della quale la clausola dev’essere senz’altro espunta, anche se attenga alla determinazione dell’oggetto e all’adeguatezza del corrispettivo dei beni e servizi: elementi, normalmente sottratti al giudizio di vessatorietà (articolo 1469 per secondo comma)”. Corte de Apelación de Roma, Sección Segunda Civil, sentencia del 24 septiembre de 2002, en *Il foro italiano*, Vol 126, Nº 2, 2003. col. 351. En lo que respecta a al doctrina española, entre los autores españoles que han defendido esta tesis se encuentran: (...). VÁZQUEZ MUIÑA, Tania. *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*, Reus, Madrid, 2018. p. 180; CARBALLO FIDALGO, Martha. “Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva. La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles”, en *InDret*, Nº 1, 2019. p. 34; DOMÍNGUEZ ROMERO, Javier. *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas*, *op.cit.* p. 188; y MIRANDA SERRANO, Luis María. *El control de transparencia de condiciones generales y*

De este elenco de visiones o lecturas interpretativas que existirían sobre el particular, puede verificarse que, en el escenario comunitario europeo, la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos que son celebrados con consumidores, parecería haberse adscrito a la segunda estas tesis, aunque lo habría hecho delimitándola únicamente al ámbito de los clausulados que se encargan de determinar el precio y el objeto de la relación contractual, tal como se desprende de lo establecido en el numeral segundo de su artículo 4, de conformidad con el cual no procederá el control de abusividad de una cláusula que determine el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, a menos que la misma no haya sido redactada de manera clara y comprensible, lo que permite concluir que la transparencia se instituye como un requisito para la procedencia del control de contenido de este tipo de estipulaciones y no como un elemento que *per se* pueda dar lugar a sancionar una cláusula como abusiva¹¹¹⁵.

Al respecto, cabe señalar que, como natural consecuencia de la relevancia a nivel comunitario de la Directiva en cuestión, esta fórmula se vería transpuesta por un importante número de ordenamientos jurídicos europeos, siendo claros ejemplos de ello, el ordenamiento italiano (numeral 2 del artículo 34 del Código del Consumo), el francés (nuevo artículo 1171 del Código Civil francés), y el español, el que, a pesar de no haber traspuesto expresamente la precitada disposición de la Directiva, le habría brindado un posterior acogimiento por vía jurisprudencial¹¹¹⁶.

Por su parte, en el caso del ordenamiento jurídico alemán, el legislador germano, recogiendo la visión que habría desarrollado jurisprudencialmente para mediados del siglo XX y con la cual se daría origen al denominado *Transparenzgebot*¹¹¹⁷, le otorgó un sitio expreso a la transparencia en el ámbito del control de contenido con ocasión de la reforma

cláusulas predisuestas en la contratación bancaria, op.cit. p. 45, aunque cabe destacar que este último autor se inclina por residenciar la cuestión de las cláusulas intransparentes en el campo conceptual de las cláusulas sorprendivas.

¹¹¹⁵ La interpretación según la cual Directiva no habría acogido la posibilidad de determinar directamente el carácter abusivo de una cláusula en razón de un defecto de transparencia encuentra un claro sustento en el Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 93/13 del Consejo, fechado el 5 de abril de 1993, por medio del cual se habría determinado que “la violación del principio de transparencia no entraña sanciones propiamente dichas, puesto que las cláusulas contractuales que no respetan los criterios de claridad y comprensibilidad no se consideran abusivas ni deben, por tanto, suprimirse”, sin embargo, en nota de pie de página, se pone de presente que “la jurisprudencia ya ha considerado que la falta de claridad de una cláusula contractual podría ser declarada ilícita”. *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, Bruselas, 2000. pp. 18 y 19. De igual forma, esta ha sido una visión que ha sido avalada en diversas oportunidades por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el que, en tal sentido, ha llegado a considerar que, la falta de transparencia de un clausulado que repercute sobre los elementos esenciales del acuerdo contractual, fungirá como una especie de ‘llave’ que legitimará la apertura a la posibilidad de evaluar, en un segundo plano, el carácter abusivo del mismo, tal y como puede desprenderse de la lectura de la sentencia del 26 de enero de 2017, asunto C-421/14.

¹¹¹⁶ Entre algunos de los pronunciamientos en que los que se ha empleado el numeral segundo del artículo 4 de la Directiva 93/13 en el marco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se puede destacar la sentencia STS 406/2012 del 18 de junio de 2012 y la sentencia STS 1916/2013 del 9 de mayo de 2013. Esta igualmente parece ser la interpretación que prima a nivel doctrinal en España. Al respecto, la profesora CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO, ha manifestado que: “Hoy en día es una cuestión pacífica que el artículo 4.2 también es de aplicación en el derecho español, a pesar de no haber sido traspuesto expresamente”. MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. “Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual”, en *Revista de Derecho Civil*, Vol VI, 2019. p. 356.

¹¹¹⁷ Véase *supra* nota 462.

del Código civil en materia de obligaciones y contratos para el año 2002 a través de la § 307 (BGB), en la cual específicamente determinó que una desventaja injusta también podrá derivarse del hecho que la disposición no sea clara y comprensible. No obstante lo anterior, y a pesar de ser cierto que ha existido alguna discusión al respecto, doctrinalmente se ha considerado que el defecto de transparencia, por sí mismo, no puede considerarse como suficiente para legitimar el rechazo de la cláusula en sede del control de contenido, sino que, en adición, será necesario que el mismo dé lugar a una desventaja injusta, o que, cuanto menos, resulte perjudicial¹¹¹⁸.

En lo que respecta al escenario de los instrumentos de armonización supranacionales, podemos verificar que el Marco Común de Referencia del Derecho Privado Europeo, se habría adscrito expresamente a la tercera de las tesis, es decir a la posibilidad de determinar una abusividad directa en razón del carácter intransparente de una cláusula, puesto que, al dar lugar al tratamiento de la regulación en materia de cláusulas ‘abusivas’ o ‘injustas’ (*unfair terms*), en forma categórica, determinaría a través del artículo II. -9:407 que: “En un contrato entre un empresario y un consumidor, una cláusula que ha sido suministrada por el empresario incumpliendo el deber de transparencia impuesto por el párrafo (1) podrá considerarse, *solo por ese motivo*, como injusta” (se destaca)¹¹¹⁹.

Esta igualmente ha sido una lectura interpretativa que, en materia del llamado ‘control de transparencia’, ha tenido un cierto acogimiento por algunos pronunciamientos proferidos por parte del Tribunal Supremo Español¹¹²⁰, aunque pareciera que con posterioridad este importante órgano jurisdiccional habría modificado su postura adscribiéndose a la segunda de las tesis que enlistamos previamente¹¹²¹. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que, por medio de una reciente reforma llevada a cabo en el año 2019 del artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), el cual se encarga de disciplinar la ‘Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato’, se integró un nuevo epígrafe el cual expresamente importó la cuestión atinente a la falta de transparencia al ámbito del control de contenido, permitiendo así que una cláusula pueda ser rechazada únicamente por su naturaleza transparente, pues

¹¹¹⁸ Al respecto, véase con interés WURMNEST, Wolfgang. *Inhaltskontrolle*, op.cit. pp. 757-759.

¹¹¹⁹ Traducción libre. *Principles, definitions and model rules of european private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, sellier, Munich, 2009. p. 224 y 225. Al respecto, debe señalarse que, doctrinalmente se ha llegado a considerar el “aspecto más importante del deber de transparencia” que ha incorporado el Marco Común de Referencia ha sido la trascendencia que se le atribuyó al mismo en el ámbito del control de contenido, es decir, en el marco de la regulación de las cláusulas abusivas. JANSEN, Nils. “Unfair contract terms”, en *Commentaries on european contract laws*, Oxford University Press, 2018. p. 988.

¹¹²⁰ Entre algunas de las sentencias en las que el Tribunal Supremo español parecería haber terminado por adscribirse a la tesis que aboga por acoger la directa determinación del carácter abusivo en razón de su carácter ‘intransparente’ pueden indicarse: STS 464/2014, del 8 de septiembre de 2014; STS 222/2015, del 29 de abril de 2015; y STS 705/2015, del 23 de diciembre de 2015.

¹¹²¹ En efecto, ya en sentencia STS 334/2017, del 25 de mayo del año 2017, el tribunal español aclararía que la afirmación que habría realizado con ocasión de la sentencia del 2013, conforme a la cual, “la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas”, se justifica por el hecho que la “falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente”, inclinándose así por acoger una interpretación que se aleja de la idea de una abusividad directa a causa de un defecto de transparencia.

expresamente se dispuso que “Las condiciones incorporadas *de modo no transparente* en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho” (se destaca)¹¹²².

Sin perjuicio de lo anterior, y al margen de la visión que pueda llegar a favorecerse, todo lo expuesto hasta este punto brinda muestras fehacientes de que en la actualidad la cuestión atinente a la verificación de un defecto de transparencia, de una u otra forma, podrá llegar a incidir en la determinación de la abusividad de un clausulado, lo que reafirma la morfología bimembre que ha adquirido el principio de transparencia en la esfera contractual en los últimos años, la cual le ha brindado un margen de acción extremadamente amplio.

Ahora bien, debemos manifestar que todo lo expuesto hasta este punto puede llegar a revestir una particular relevancia para el objeto de nuestra investigación, puesto que, de llegarse a entender que, tal y como lo pusimos de presente en su momento, la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas representa, al menos en parte, una manifestación concreta del principio de la transparencia contractual, podrá concluirse que, de llegar a aceptar que la vulneración a este último postulado, al menos desde su cosmovisión sustancial y material, pueda llegar a ser resuelta, ora directa u ora indirectamente, en sede del control de contenido, se podrá igualmente sostenerse que, en aquellos casos en los cuales la proscripción de una cláusula sorpresiva pueda fundamentarse en razón de su carácter intransparente -argumento que, reiteramos, no puede ser llevado al extremo hasta el punto de considerar que en todos los supuestos el problema de la sorpresividad deberá resolverse en sede del control de transparencia-, el rechazo a la misma podrá resolverse extramuros del control de inclusión perfilándose así en los fondos donde rige la disciplina de la fiscalización de la abusividad.

Siguiendo esta línea argumentativa escalonada y secuencial, se puede verificar que, tomando como fundamento los nuevos derroteros por los que se ha venido abriendo paso la transparencia en el marco Derecho contractual, especialmente en el ámbito del Derecho del consumo, la lucha contra la sorpresividad se ha visto potencializada, siendo decantada, al menos en parte, en los canales por los que cursa la lucha contra la abusividad, lo cual si bien, anticipamos que debe ser evaluado positivamente, en nuestra opinión, resultaría aún más adecuado que se diese lugar a la adopción de una regla que concreta, específica y directamente integre una clara veda a la incorporación de cláusulas sorpresivas.

1.4. LA CONVENIENCIA DE UNA DISTINCIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS, CLÁUSULAS ABUSIVAS CON CONNOTACIÓN SORPRESIVA Y CLÁUSULAS SIMPLEMENTE SORPRESIVAS.

Así las cosas, habiendo desgonzado las dos principales tesis que se tienen respecto a la relación que puede predicarse entre las cláusulas abusivas y aquella sorpresivas, así como también, habiendo estudiado la incidencia que tienen las nuevas líneas discursivas en relación con la transparencia en este asunto en particular, debemos ahora señalar que, en lo que a nuestra opinión respecta, hay que reconocer, preliminarmente, que ambas posiciones tienen algo de cierto y, por ello, las dos tienen algo en común, pues como ya se ha anticipado, estas cláusulas poseen elementos afines, lo que explica que un sector de la doctrina las haya asimilado, o las encuadre en una misma categoría genérica, consideración que inicialmente es entendible, justamente por la referida comunidad de elementos, y por lo que, en últimas,

¹¹²² Artículo reformado por la Ley 5/2019 del 5 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliarios.

comparten un mismo propósito: la purga de anomalías contractuales por mor de una anhelada justicia contractual.

Sin embargo, ello no necesariamente implica su inexorable y automática fusión, pues no son gotas de agua, lo que entonces demanda una serie de precisiones, puesto que no es aconsejable simplemente limitarse a expresar que las sorpresivas, de por sí, son siempre abusivas, o que caben en ellas por ser un género, sin más comentarios, explicaciones o reflexiones, pues de ese modo se desconoce la realidad contractual y la especificidad que emerge del elemento sorpresa, cuya entidad, debidamente valorada, compele a una necesaria individualización¹¹²³.

Otra cosa es que al estar en presencia de una cláusula sorpresiva propiamente dicha, suele estarse también en frente de una abusiva, siendo situaciones de especial peligrosidad, pues en ellas se inmiscuye de manera subrepticia una fehaciente desproporción prestacional, aventajándose así de lo inesperado, razón por la cual la naturaleza injusta o despótica del clausulado no se desprenderá exclusivamente de su contenido sino que la misma se verá conformada en razón del elemento sorpresa del cual se ha valido. En estos eventos, aun cuando se eliminase o desvaneciese su efecto sorpresivo, naturalmente la cláusula podría seguir siendo tachada en atención a su contenido abusivo¹¹²⁴. A pesar de ello, no puede decirse que exista una indefectible unidad y una absoluta y necesaria coincidencia entre ellas¹¹²⁵, pues la abusividad no implica forzosamente sorpresividad, como sucede igualmente en el caso contrario. Hay diferentes hipótesis en las hay abuso, pero sin la intervención de la sorpresa, y viceversa, así este último evento sea de menor frecuencia, como se ha señalado¹¹²⁶.

Es por razón de lo anterior que, consideramos conveniente optar por una clara distinción entre ambas anomalías contractuales, puesto que, fundamentándonos en la naturaleza genética y fundacional de las cláusulas sorpresivas, entendidas como una manifestación particular de la figura de la sorpresa jurídicamente relevante, es posible divisar que la regla enderezada al rechazo de este tipo de clausulados se articula de mejor forma en el ámbito de la formación del consentimiento contractual, sin perjuicio de que también pueda incidir o repercutir igualmente en otros escenarios, de ahí que originaria y preponderantemente se incardine en sede del control de inclusión -rotulado también por algunos como ‘control de consentimiento’-, razón por la cual, y en línea de principio rector, puede llegar a afirmarse que la consideración en torno a la llamada ‘justicia prestacional’, coligada a la validación de

¹¹²³ En relación con la naturaleza autónoma e independiente que imprime en este tipo de clausulados el elemento sorpresa, ULMER y SCHÄFEN señalan que el carácter decisivo para la recusación de las cláusulas sorpresivas reside en el carácter inusual de la cláusula y no en la posible naturaleza injusta de las mismas. ULMER, Peter, & SCHÄFER. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 299.

¹¹²⁴ En relación con la autonomía de las cláusulas abusivas respecto al elemento sorpresa se ha pronunciado por medio de un reciente e interesante estudio, el profesor LLAMAS POMBO indicando que: “las cláusulas sorprendentes son abusivas, cuando se cumplen los requisitos de éstas; pero no todas las cláusulas abusivas (y lesivas) tienen necesariamente que ser sorprendentes”. LLAMAS POMBO, Eugenio. *Transparencia, lesividad y sorpresa en los contratos de seguro*, *op.cit.* pp. 3 y 4.

¹¹²⁵ KLEIN, Michele. *La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación a la luz de la ley alemana*, *op.cit.* p. 133, quien sustenta que: “es conveniente diferenciar las condiciones generales sorprendentes de las abusivas”. Véase también, ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* p. 255.

¹¹²⁶ Al respecto, el profesor HORTS LOCHER opina que en la práctica resulta extraño que un contratante pueda ser sorprendido por una cláusula cuyo contenido se ajuste con los requisitos necesarios para descartar su carácter abusivo. LOCHER, Horts. *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, *op.cit.* p. 51. En un mismo sentido véase: KÖTZ, Hein. § 3 *Überraschende Klauseln*, *op.cit.* p. 1825.

la existencia de desequilibrio prestacional de naturaleza objetiva, no hace parte de la estructura misma de la regla nugatoria de esta tipología de clausulados, siendo, por el contrario, una cuestión que resultará inherente a la determinación del carácter abusivo de una cláusula, y que, por tal vía, se torna de inexcusable tratamiento en el ámbito del control de contenido.

En efecto, el concepto de desequilibrio, por lo menos cuando comporta una relación antitética con la buena fe, representa el centro gravitacional sobre el cual gira y encuentra fundamento la entera cosmología conceptual de las cláusulas abusivas¹¹²⁷, y este, en líneas generales, suele ser concebido como una especie de déficit jurídico, que no propiamente económico, el cual se concretiza en un menoscabo relevante de la justa repartición que debe reinar entre ‘derechos’ y ‘obligaciones’ derivados del contrato, pudiendo materializarse, en tal sentido, ya sea en una en una trascendente desproporción de los derechos y facultades de un lado, o de las cargas y obligaciones del otro¹¹²⁸, sin que para tal efecto medie una explicación seria y suficiente, o una justificación razonable¹¹²⁹, lo cual acontecerá, siguiendo la visión de suyo más extendida y reconocida, cuando el contenido que incorpora el clausulado se aleja del justo equilibrio que encuentra amparo en el Derecho dispositivo¹¹³⁰, en los usos o costumbres,

¹¹²⁷ Al respecto de la relevancia que reviste el concepto de desequilibrio en el ámbito de las cláusulas abusivas, la doctrina italiana ha sido bastante elocuente. En tal sentido, pretendiendo traer algunas referencias podemos destacar que: VINCENZO ROPPO, con suma precisión, acentúa el concepto de desequilibrio significativo como “il criterio centrale e fondamentale nella definizione generale di abusività”, el que, a su turno, en palabras de PAOLO GALLO, representa el “Criterio fondamentale per valutare la vessatorietà delle clausole (...)”, razón por la cual EMILIO GRAZIUSO lo enaltece al punto de considerar que “constituisce l’unico, vero ed effettivo parametro al quale viene ancorato il giudizio di abusività”. En plena armonía con lo señalado por los precitados autores italianos, desde una proposición positiva (equilibrio), PAGADOR LÓPEZ, con su acostumbrada locuacidad, sostiene que “La columna vertebral de la cláusula general de control de contenido radica, pues, en la idea de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que ha de ser apreciado conforme a las pautas de la buena fe”, por su parte, siguiendo esta misma línea, el profesor emérito de la Universidad de Valladolid, JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ ha expresado que “El núcleo de la abusividad lo constituye el *desequilibrio de los derechos y obligaciones* de las partes que se deriven del contrato”. Véase respectivamente: ROPPO, Vincenzo. *La definizione di clausola ‘vessatoria’ nei contratti dei consumatori*, I Contratti, N° 1, 2000. p. 84; GALLO, Paolo. *Trattato del contratto*, T I, UTET, 2010. p. 791; GRAZIUSO, Emilio. *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Giuffrè Editore, Milano, 2010. p. 57; PAGADOR LÓPEZ, JAVIER. *Condiciones generales y cláusulas abusivas*, *op.cit.* p. 1426; y DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F. “Las cláusulas abusivas en contratos de consumo”, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000. p. 481. En relación con la importancia y el contenido del concepto del desequilibrio significativo en relación con la cuestión relativa al control de las cláusulas abusivas, en el ámbito de la jurisprudencia ‘di merito’ italiana, puede verse con interés la sentencia del 22 de septiembre del año 2000 proferida por el Tribunal de Torino.

¹¹²⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, V I, *op.cit.* p. 646.

¹¹²⁹ Laudo Arbitral: Punto Celular vs Comunicación Celular S.A – Comcel S.A., Cámara de Comercio de Bogotá, febrero 23 de 2007, en el que textualmente se indicó: “Resumiendo, entiende el Tribunal que son abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventaja o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual”.

¹¹³⁰ La idea del Derecho dispositivo como gran paradigma del equilibrio contractual que servirá como modelo para determinar si una cláusula puede o no ser considerada como abusiva al dar lugar a la injustificada desarticulación de este último, ha tenido un gran respaldo a nivel internacional, así entre algunos autores que se han afilado con esta interpretación podemos destacar a: DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Anuario de Derecho Civil, Fascículo 2, 1961. pp. 333 y 334; LLAMAS PÓMBO, Eugenio. *Art. 10 bis.*, *op.cit.* p. 310, GÓMEZ CALLE, Esther. *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, *op.cit.* pp. 37 y 38; CHAUDOUET, Sibylle. *Le déséquilibre*

o en la razonable repartición de derechos y obligaciones que se encuentra acorde con los principios rectores del ordenamiento¹¹³¹, generando de este modo como consecuencia una trascendente situación desestabilizadora en perjuicio de uno de los contratantes, lo cual justifica la motivación de su rechazo, máxime si nos encontramos ante un supuesto en el cual se haya menoscabado la voluntad de uno de los sujetos contractuales.

Así las cosas, ateniéndonos a esta lectura tradicional, y de suyo más reconocida y extendida, del ‘desequilibrio’ como requisito necesario para determinar el carácter abusivo de una cláusula, y de los parámetros que deben emplearse para su correcta evaluación, puede evidenciarse ya una clara distinción con la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, puesto que, tal como pudimos anticipar, la existencia de una marcada inequidad normativa que es consecuencia de una desequilibrada repartición de derechos y obligaciones no constituye un presupuesto necesario para la configuración de una cláusula como sorpresiva o para la justificación de su respectivo rechazo.

La regla de las cláusulas sorpresivas, debidamente entendida, representa un instrumento de tutela que no se encuentra enfocado a determinar si el contenido que se desprende de una cláusula genera una desproporción injustificada entre los derechos y obligaciones que deben asumir las partes, sino que, *contrario sensu*, su verdadero propósito es el de corroborar si tal contenido se logra ajustar a las legítimas expectativas que el co-contratante razonablemente se pudo formar.

singificatif, op.cit. pp. 224 y ss; y GIUGGIOLI, Pier Filippo. *Le fonti delle obbligazioni: Vol IV, Il contratto del consumatore*, UTET, Torino, 2012. pp. 182 y 183. Cabe señalar que esta interpretación igualmente ha sido respaldada jurisprudencialmente por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual ha señalado que: “el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”. Tribunal de Justicia, Sala Primera, sentencia del 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11. Por su parte, inclinándose por una postura abiertamente contrapuesta, GARCÍA-AMIGO quien a pesar de reconocer el valor de justo equilibrio que por antonomasia se predica del Derecho dispositivo, considera que al defenderse una tesis contractual en materia de la validez de las condiciones generales, tal “interpretación del Derecho dispositivo no puede manarse con arreglo al Ordenamiento positivo español ni de ningún otro país”, pues “no es el Derecho dispositivo lo que ofrecerá el remedio para impedir las injusticias y evitar los posibles abusos a que pueda dar lugar la utilización de condiciones generales en la contratación” razón por la cual afirma que “los abusos posibles en materia de condiciones generales no pueden impedirse partiendo de la inderogabilidad del Derecho dispositivo legal, cuando en el contrato por adhesión se haya pactado en contra del mismo”. GARCÍA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969. pp. 245-252.

¹¹³¹ Por su parte, cuando acontezca que el Derecho dispositivo no brinde expresamente una regulación aplicable para el caso objeto de análisis, tal como sucede, por vía de ejemplificación, en los supuestos de contratos atípicos, o que, a pesar de ser aplicable, su regulación puede tornarse insuficiente o incluso ‘anticuada’, en tales circunstancias el juzgador deberá realizar un juicio hipotético sustentado en la inexistencia de la condición general para así poder determinar cual sería el régimen aplicable en ausencia de la misma, ello teniendo en miras la consecución de una solución que resulte más acorde con la idea de justicia contractual. De tal manera, deberá proceder a analizar los usos o costumbres, o, en caso de que estos últimos tampoco fuesen aplicables, deberá atender a una razonable y equitativa ponderación de los intereses de los contratantes que se desprenda de la buena fe, ello sin dejar de reconocer el papel integrador y de canon interpretativo que esta última (la buena fe) representa en el caso de los dos primeros parámetros, es decir, del Derecho dispositivo y de los usos o costumbres. Al respecto, véase con particular interés MIQUEL GONZÁLEZ, José María. *Reflexiones sobre las condiciones generales*, *op.cit.*, p. 4954, y PAGADOR LÓPEZ, JAVIER. *Condiciones generales y cláusulas abusivas*, *op.cit.* p. 1426, y PÉGLION-ZIKA, Claire-Marie. *La notion de clause abusive*, *op.cit.* pp. 206-208

Siguiendo esta línea de cosas, debe considerarse que las normativas relativas a la protección contra las cláusulas abusivas se sustentan en una concepción de desequilibrio necesariamente objetiva, y no subjetiva¹¹³², lo que implica que las cuestiones concernientes a la autonomía de la voluntad no revelen mayor trascendencia en dicho ámbito, sino que, tal como se expresó, aquello que revestirá mayor trascendencia será la comprobación de la objetiva verificación de una relevante e injustificada desproporción de los derechos, facultades, cargas y obligaciones, en perjuicio del co-contratante, de ahí que la abusividad de una cláusula, a diferencia de lo que acótese en relación con su eventual carácter sorpresivo, no podrá ser expurgada simplemente por el hecho que se logre comprobar que existió un auténtico conocimiento del contenido de la misma¹¹³³, es decir, que existió un consentimiento real al momento de contratar.

En este sentido no se equivoca el analítico profesor de la Universidad *Panthéon-Sorbonne*, PHILIPPE STOFFEL-MUNCK, al poner de manifiesto que “si la negociación lúcida no excluye en absoluto la cualificación del abuso, es porque el equilibrio que debe establecerse no es el que puede determinar la voluntad de las partes”¹¹³⁴, contrario a lo que puede predicarse, reiteramos, en el caso de cláusulas insólitas o inusuales, respecto a las cuales, la existencia de un auténtico consentimiento purgará su virtualidad sorpresiva.

Así las cosas, si nos atenemos a esta lectura del desequilibrio contractual, entendido como una ‘desproporción objetiva de derechos y obligaciones’, tal como se reseñó, y en ausencia de una expresa disposición positiva que permita interpretar lo contrario, no parecería factible sostener que las cláusulas sorpresivas, *per se*, puedan llegar a generar una alteración de tal naturaleza, salvo que nos encontremos ante el sórdido e indecoroso evento que se presenta cuando en una misma cláusula se amalgama lo abusivo con lo sorpresivo. Desde esta perspectiva, y ateniéndonos a una visión autonomista de la regla de las cláusulas sorpresivas, consideramos que, de la posible manifestación, individual o cumulativa, del carácter abusivo y/o sorpresivo de un clausulado, podemos encontrarnos ante tres categorías de imperfecciones contractuales de diversa índole, a saber: a) cláusulas abusivas en sentido estricto, puras o propiamente dichas, b) cláusulas abusivas con connotación sorpresiva, y c) cláusulas simplemente sorpresivas¹¹³⁵.

a) *Las cláusulas abusivas en estricto sentido, puras o propiamente dichas*, ellas refieren a toda cláusula que, pese a la exigencia y ulterior quebranto de la buena fe, generen un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones propios de la relación contractual¹¹³⁶.

¹¹³² PÉGLION-ZIKA, Claire-Marie. *La notion de clause abusive*, *op.cit.* pp. 202 y 203.

¹¹³³ Al respecto, según lo ha manifestado con sumo acierto el reconocido doctrinante uruguayo JUAN J. BENÍTEZ, “A pesar de que la correlación entre la información y el efecto sorpresa es correcta, no parece adecuado que por más grande que sea el destaque, pueda derivarse validez a cualquier cláusula en cuanto muchas de las que yo he visto, ni siquiera con una [calavera] alcanzaría para otorgarles eficacia”. BENÍTEZ CAORSI, Juan J. *La revisión del contrato*, *op.cit.* p. 298.

¹¹³⁴ Traducción libre. STOFFEL-MUNCK, Philippe. *L’abus dans le contrat*, *op.cit.* p. 308.

¹¹³⁵ Similar división puede encontrarse desarrollada por los profesores EDGARDO I. SAUX y ENRIQUE C. MÜLLER, quienes se refieren a “cláusulas abusivas propiamente dichas” y “cláusulas abusivas sorpresivas”. No obstante, no hacen mención alguna que permita individuar una tercera vía como la que aquí proponemos, esto es, las ‘simplemente sorpresivas’. SAUX, Edgardo I. & MÜLLER, Enrique C. “Cláusulas abusivas en el contrato de compraventa de automotores”, en *Responsabilidad civil contractual y aquiliana*, Universidad Nacional del Litoral, 2005. pp. 110 y 110.

¹¹³⁶ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002. p. 183.

Este tipo de cláusulas ingresan de manera descarada¹¹³⁷, irregular y de forma antijurídica en el contrato, pues no se ocultan o esconden para luego asomar sin advertencias engendrando sorpresa, como sucede con las sorpresivas, *stricto sensu*.

A pesar de ello, en algunos casos puede estarse frente a ‘cláusulas engañosas’¹¹³⁸, cuyo contenido abusivo se ve disimulado por medio de mecanismos direccionados a dificultar su comprensión, tales como: el tamaño de la letra, el empleo de tecnicismos, redacciones complejas, entre otros. Como también, puede estarse frente a cláusulas en las que su naturaleza despótica aparece de forma clara y directa, sin recurrir a métodos encaminados a su ocultamiento, siendo denominadas ‘cláusulas cínicas’¹¹³⁹, por el impudor y la desvergüenza que las caracteriza, pues como expone con maestría el profesor JAIME ALBERTO ARRUBLA, en lo tocante con este tipo de cláusulas “La realidad es que tales cláusulas no son ambiguas sino muy claras, su problema no es que sean ambiguas, sino que son abusivas para la parte que adhiere al convenio”¹¹⁴⁰.

b) *Las cláusulas abusivas con connotación sorpresiva*, esta suele ser la forma más común en que se materializa el efecto sorpresivo en una cláusula, pues no son infrecuentes las cláusulas en las que se combina el efecto abusivo y el sorpresivo¹¹⁴¹, en cuyo caso la abusividad, a modo de disvalor agregado (*plus*), se ve acompañada y complementada con la sorpresa. De esta forma, se alude a aquellas cláusulas que, en contravía del principio de buena fe, generan un desequilibrio manifiesto, o injustificado, perjudicando a una de las partes contractuales, a quien, por lo demás, le resulta insólita, a la vez que específicamente sorprendente la cláusula, pues su contenido, en adición a ser abusivo, lo toma por sorpresa, con todo lo lesivo que ello resulta¹¹⁴².

¹¹³⁷ LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. *Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de la buena fe en el contrato de seguro*, *op.cit.* p. 247.

¹¹³⁸ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Desequilibrio en los contratos*, *op.cit.* p. 425.

¹¹³⁹ PRADA MÁRQUEZ, Yolima. *De las cláusulas abusivas*, *op.cit.* p. 239.

¹¹⁴⁰ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “Abuso de la posición dominante en los contratos”, en *Teoría general del contrato, homenaje al profesor doctor RICARDO L. LORENZETTI*, T II, La Ley, Buenos Aires, 2012. p. 893.

¹¹⁴¹ PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, *op.cit.* p. 465.

¹¹⁴² A modo de ejemplificación, puede traerse a colación el proceso arbitral convocado por Cartagenera de Acuicultura S.A vs Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A, Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo 17 de febrero de 2014, en el cual, con motivo de una póliza de todo riesgo que tomó la ‘sociedad camaronera’, se discutió acerca de la validez de una cláusula con arreglo a la cual se excluyeron de la cobertura los “animales vivos”, exclusión que, por las circunstancias del caso, se estimó contraria a la naturaleza misma del contrato, pues los ‘animales vivos’, en rigor, eran el objeto principal de una sociedad camaronera, en cuyo caso qué sentido tendría celebrar un contrato de seguro en el cual se excluyera el riesgo sobre el que recae el interés del asegurado, resultando, de tal modo, inesperada y sorpresiva tal estipulación, toda vez que contrariaría las legítimas expectativas del asegurado, en concordancia con la confianza legítima inspirada, de modo tal que, a pesar de que en el laudo no se hizo un pronunciamiento concreto al respecto, si se argumentó en el respectivo debate que la referida cláusula desnaturalizaría el seguro, puesto que tendría lugar un ‘vaciamiento del contrato’ en comentario, motivo por el cual no podía dársele efectos en derecho. Al respecto, el profesor WALDO SOBRINO, concuerda con que en tal situación nos encontraríamos ante una cláusula sorpresiva (abusiva con connotación sorpresiva), pues expresa que existen pólizas en las que “—en forma inesperada— no se le ampara el único riesgo que les interesa (...)” y continúa diciendo que “Este es un típico caso de cláusula sorpresiva, de carácter general, dado que se han incluido solamente dos palabras, dentro de una cláusula de exclusión e cobertura, y que vacía de contenido absolutamente toda la póliza de seguros”. SOBRINO, Waldo. *Consumidores de seguros*, La Ley, Buenos Aires, 2009. pp. 363 – 369. Así mismo el profesor español ABEL VEIGA COPO concuerda con que

En estos supuestos puede evidenciarse que, si bien el desequilibrio es encarnado por la cláusula desde su formulación originaria, ya que este se encuentra encubierto o disimulado, pudiendo hablarse así de un ‘desequilibrio furtivo’, no será sino hasta el momento en que este sea revelado que se tendrá conciencia de su existencia, lo cual, naturalmente generará un acentuado e indeseado efecto sorpresa, pese a que la presencia de dicho equilibrio puede predicarse desde un inicio de la relación, ello en razón del carácter oculto e inusitado del mismo¹¹⁴³.

Podemos pues constatar que este tipo de cláusulas son notoria y mayormente perjudiciales para quien las sufre, pues en ellas no sólo hace presencia el abuso, sino igual y concretamente la sorpresa, tal como bien lo corrobora el profesor REZZÓNICO, quien sostiene que este tipo de cláusulas se diferencian de las abusivas (que aquí llamamos abusivas puras) por: “(...) el mayor grado de peligrosidad que posee la cláusula sorpresiva por efecto, precisamente de su engaño y trampa (...)”¹¹⁴⁴. De igual modo, y en sentido similar, el profesor STIGLITZ considera que una cláusula de esta naturaleza “Es una cláusula que exhibe desmesurada deslealtad.”, que además “(...) contiene alta dosis de inmoralidad”¹¹⁴⁵.

En relación con esta categoría de clausulados, teniendo en consideración que quien suscribe un acuerdo contractual suele hacerlo confiando que en él no se incorporarán cláusulas que resultarán sumamente desventajosas y que lo perjudicarán en gran medida, ya que legítimamente puede esperar que en ordenamiento jurídico en el cual rige un Estado social de Derecho el abuso no podrá permanecer impune en las relaciones contractuales, máxime tratándose de contratos a los cuales este último simplemente se ha adherido a su contenido, creemos que es posible señalar que, en línea de principio general, aquellos clausulados que incorporen un abuso a la relación contractual, resultarán adicionalmente sorpresivos para el sujeto que se ve perjudicado por los mismos, pues estos últimos, por regla, irán en contra de sus legítimas y razonables expectativas¹¹⁴⁶, siendo este el motivo por el cual podría dable afirmar que, este tipo de estipulaciones que además de integrar un desequilibrio prestacional, lo hacen en un modo oculto e inesperado, representarán la regla general.

c) *Las cláusulas simplemente sorpresivas*, son aquellas cláusulas que, contrariando el postulado de la buena fe, ingresan sin aviso ni anuncio al entramado contractual, resultando así ocultas (o semi-ocultas)¹¹⁴⁷, y que generan como efecto una frustración de la confianza legítima de quien se ve afectado por ellas, sin que tenga lugar un desequilibrio injustificado, o manifiesto, a pesar de ser claramente injustas, requisito este último que se demanda para que se pueda configurar una estipulación abusiva, tal y como lo hemos esbozado previamente.

De este modo, cuando nos encontramos ante cláusulas ‘simplemente’ sorpresivas, la disparidad no será representada en un ámbito material y objetivo, ya que los efectos perniciosos que provienen de esta tipología de cláusulas no trascienden al plano de una efectiva repartición inequitativa e injustificada de los derechos y obligaciones, sino que se

resultan sorpresivas aquellas cláusulas que inesperadamente “rompen la garantía, o la petrifican, o la excluyen (...)”. VEIGA COPO, Abel B. *Tratado del contrato de seguro*, T I, Editorial Civitas, Madrid, 2018. p. 1306.

¹¹⁴³ CHAUDOUET, Sibylle. *Le déséquilibre singificatif*, *op.cit.* p. 69.

¹¹⁴⁴ REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predisuestas*, *op.cit.* p. 484.

¹¹⁴⁵ STIGLITZ, Rubén S. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994. p. 59.

¹¹⁴⁶ En un sentido similar, véase BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, *op.cit.* pp. 216 y 217.

¹¹⁴⁷ VENINI, Juan Carlos. *Responsabilidad por daños contractual y extracontractual 2*, Editorial Juris, Santa Fe, 2000. p. 276.

materializa desde una órbita subjetiva en la cual se evalúa la asimetría entre las legítimas expectativas del co-contratante y el efectivo contenido que se incorpora por medio de la cláusula en cuestión¹¹⁴⁸, y por lo tanto, en tales supuestos, la configuración de un desequilibrio objetivo prestacional como requisito *sine qua non* podrá llegar a configurarse una cláusula abusiva, brillará por su ausencia.

En esta hipótesis, entonces, materialmente podrá haber cláusulas sorpresivas que, por faltar el presupuesto del desequilibrio injusto, o manifiesto, entre otras calificaciones, no serán propiamente abusivas, pero que, en todo caso, desde una perspectiva axiológica, invocando la justicia contractual, no deberían ser admitidas, o toleradas. No en vano, tal es el efecto perturbador y desestabilizador de la sorpresa cuando ella se torna jurídicamente relevante, que no debería quedar impune el comportamiento, la actuación o la conducta sorpresiva de una de las partes de la relación.

Resulta necesario resaltar en este punto que, lo señalado en precedencia no significa que el carácter injusto o desproporcionado de una disposición no pueda tener ninguna incidencia en la valoración de la naturaleza sorpresiva de una cláusula, de hecho, la doctrina y jurisprudencia germana cada vez más han venido dando muestras de la frecuencia en que ambos aspectos se consideran conjuntamente¹¹⁴⁹, pues no cabe duda que, como hemos venido señalando, las cláusulas sorpresivas suelen ser a su vez abusivas, sin embargo, lo que debe quedar claro es que podrán haber cláusulas que resulten sorprendentes sin que, *per se*, sean objetables por su contenido, es decir que sean además abusivas, lo cual también puede predicarse en sentido contrario¹¹⁵⁰.

En este sentido, y yendo más lejos de la discusión en relación al sitial en el que debe ser situada la regla en cuestión, creemos que el asunto que mayor trascendencia reviste es el que concierne a la independencia que de ella se debe predicar, por manera que, consideramos que la absuividad y sorpresividad deben ser distinguidos, en modo tal que uno pueda configurarse sin necesidad de que concurra con el otro, a pesar de que puedan llegar a amalgamarse en ocasiones, reiteramos, y por ello es necesario que se dé lugar a que se reglamenten expresamente, pues de ser así se le estará otorgando un amplio abanico de opciones a los jueces para que estos puedan combatir, en forma más eficiente, la deslealtad contractual desde diferentes ángulos o perspectivas.

Esto es esencial, ya que, del hecho de que se adopte en modo autónomico y expreso una disposición de la cual se logre desprender una auténtica veda a la incorporación de las cláusulas

¹¹⁴⁸ Al respecto, conviene resaltar la opinión del profesor ALFARO ÁGUILA REAL, quien considera que el requisito del ‘justo equilibrio de las prestaciones’, “puede ser interpretado en tres sentidos diferentes pero sólo uno de ellos permite otorgar un sentido específico a la expresión del legislador (...) el justo equilibrio que las condiciones generales han de respetar es el que resulta del acuerdo individual y de todos aquéllos elementos del contrato que han influido en la decisión del cliente de contratar (...) Si entendemos la regla de las cláusulas sorprendentes en el sentido que aquí se ha expuesto, es decir como expresión de la superioridad de los aspectos «seleccionados» del contrato sobre las condiciones generales, el sentido del resquicio del «justo equilibrio» de las prestaciones coincide con el contenido de la regla de las cláusulas sorprendentes”. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* pp. 245 y 246.

¹¹⁴⁹ BASEDOW, Jürgen. § *Überraschende und mehrdeutiger Klauseln*, *op.cit.* pp. 1194 y 1195; y SCHLOSSER, Peter. “§ 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*”, en *Staudinger AGB-Recht*, Sellier de Gruyter, Berlin, 2014. pp. 126-128.

¹¹⁵⁰ Según ha manifestado el profesor PETER SCHLOSSER, es fácil determinar que hay cláusulas que son objetables en términos del contenido y que no tienen por qué ser sorprendentes, así como hay cláusulas sorprendentes que no tienen que ser necesariamente objetables por su contenido. SCHLOSSER, Peter. § *305c Überrasschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 126.

sorpresivas, se generará como natural consecuencia un mayor rechazo a la sorpresa en la práctica judicial, pues al existir norma explícita que así lo autorice los jueces se verán más incentivados a aplicarla que en aquellos casos en los que deben acudir al, no del todo conveniente, ensanchamiento de otras figuras o instituciones para cumplir con dicho cometido, todo ello en pro de beneficiar una mayor grado de seguridad jurídica en el ámbito contractual.

En este orden de ideas, expresado lo anterior, podemos concluir preliminarmente indicando que, si bien puede entenderse que las figuras de las cláusulas abusivas y cláusulas sorpresivas se encuentran hermanadas, esto debido a los puntos y a los aspectos conexos que comparten, no siempre coinciden, y por ello no es de recibo una plena fusión o absorción.

Por tal razón, pretender circunscribir un concepto al otro, en nuestra respetuosa opinión, resulta a todas luces inconveniente, tanto en lo conceptual, como en lo funcional, de tal suerte que, si bien no toda cláusula abusiva debe ser sorpresiva, tampoco resulta apropiado sostener que toda cláusula sorpresiva para serlo, de por sí, deba resultar abusiva, pues aunque formalmente así pudiere llegarse a considerarse, es posible que jurídicamente no lo sea por falta del presupuesto del desequilibrio objetivo que resulte trascendente, manifiesto, injusto, etc., el cual, tal como se indicó, según la lectura más tradicional, resulta vital para que, en estricto rigor, la cláusula o cláusulas respectivas se tornen abusivas, pero no sorpresivas.

En efecto, a pesar de que, ya sea en uno o en otro caso, igualmente se dará lugar a la declaración de la ineficacia de un determinado clausulado contractual, debemos señalar que, favorecer una escisión entre el control de sorpresividad y las normativas encaminadas a la proscripción de las cláusulas abusivas puede llegar a resultar más adecuado a su vez que conveniente, también desde un aspecto práctico. Lo anterior encuentra su razón de ser en razón de que existen ciertos aspectos funcionales que permiten entrever una diferenciación del *modus operandi* en el que se desempeña el control de una figura respecto de la otra, así, en modo simplemente ejemplificativo, se puede señalar que: i) el ámbito de aplicación de la regla de las cláusulas sorpresivas, por regla general, suele ser más amplio que el de las abusivas ya que las primeras no se encuentra limitado en razón de la naturaleza de los sujetos que participan en la relación contractual, como en ciertos escenarios acontece en el caso de las abusivas, así como tampoco se predica de las primeras una limitación en relación de los clausulados que se encargan de regular los elementos esenciales del contrato, las cuales tradicionalmente se han mostrado esquivas al control de abusividad; ii) a diferencia de lo que acontece con las cláusulas sorpresivas, un disposición contractual no deja de ser abusiva por el hecho que el contratante haya tenido un conocimiento efectivo de la misma, ya que el auténtico y límpido consentimiento no purga la abusividad pero si la sorpresividad; y iii) en el caso de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas no podrá proceder, al menos en rigor, un control abstracto como el que se desempeña en sede del control de contenido, sino que el mismo solo podrá tener lugar, tal y como lo señalamos, en un modo más reducido y matizado¹¹⁵¹.

Ahora bien, lo anterior no implica que, *a priori*, deba rechazarse cualquier lectura que se incline por incorporar la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas en sede del control de contenido, pues, a pesar de que, tanto desde un punto de vista práctico como teórico, una u otra de las tesis que hemos expuesto podrá llegar a considerarse más conveniente que la otra - tal y como manifestamos-, lo cierto es que ambas son igualmente válidas, y la determinación de cual de las dos pueda resultar más conveniente será en última cuestión de política legislativa, la cual deberá ser resuelta por parte de cada ordenamiento teniendo en especial

¹¹⁵¹ Al respecto, ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, op.cit. p. 254. PAGADOR LÓPEZ, JAVIER. *Condiciones generales y cláusulas abusivas*, op.cit. p. 466 y 467.

consideración todas las necesidades y las exigencias que se desprendan del panorama jurídico en el que se encuentre, ya que, como se verá, la elección de decantarse por una u otra de estas tesis puede llevar a aparejar diferentes ventajas.

En efecto, ya sea que a la regla de prohibitiva de las cláusulas se le otorgue un status normativo autónomo e independiente, o sea que la misma se introduzca dentro de la regulación relativa a las cláusulas abusivas como un supuesto configurador de estas últimas, en cualquiera de los dos casos nos encontraremos ante un mismo sendero que conduce a la consecución de un idéntico resultado, esto es, a la conveniente y necesaria erradicación del indeseado elemento sorpresa de la relación contractual. En tal sentido, amparándonos en aquel afamado refrán popular según el cual ‘todos los caminos llevan a Roma’, podemos decir que, en nuestro caso la ‘ciudad eterna’ se verá representada por la tal anhelada justicia contractual, para cuya realización, entre otras exigencias de diferente índole y naturaleza, se requiere, tal y como lo hemos manifestado, de un recto e indefectible rechazo de la sorpresa que se torne jurídicamente relevante, brindado con ello una legítima protección a las expectativas del sujeto de la relación contractual que se encuentra en una situación de mayor debilidad. Esta es la *essentia*, el propósito nuclear de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes, por manera que, el modo o ‘el camino’ por el cual se opte para arribar a tal resultado, será pues una cuestión simplemente accesoria o secundaria¹¹⁵².

Lo anteriormente expuesto podría encontrar un especial fundamento en el hecho que, tanto en el caso de las cláusulas abusivas como en aquel de las sorprendentes se evidencia una ostensible vulneración a la buena fe, y por tanto, puede decirse que independientemente de cualquier otro efecto adicional, en principio deberá rechazarse la cláusula que engendre o suponga la vulneración de este axioma central, sin tener que analizar específicamente si la misma es sorprendente, o abusiva, pues basta con que atente contra el postulado de buena fe para que amerite una tacha y también un reproche por parte del ordenamiento, a pesar de que las sanciones atribuibles puedan variar dependiendo de la categoría de cláusulas en la que nos encontremos.

No obstante, consideramos necesario hacer una salvedad en este punto, puesto que, si bien creemos que es viable acoger una incorporación del rechazo a la sorpresa por intermedio del control de contenido, no podemos coincidir con aquella línea interpretativa que se inclina por entender que la proscripción de una cláusula en razón de su sorprendente no será factible si esta en adición no llega a aparejar un desequilibrio objetivo del contenido obligacional y prestacional del contrato¹¹⁵³, puesto que, de así hacerlo se estaría cercenando injustificadamente el propósito tutelar que se desprende de la prohibición de las cláusulas sorprendentes, dejando con ello en una situación de indefensión al co-contratante que pueda ser víctima de un indecoroso e indeseado efecto sorpresa, de por sí nocivo y desestabilizador, el cual no solo lo perjudicará, sino que, en adición, lo posicionará en situación desventajosa.

¹¹⁵² Como acertadamente lo ha puesto de presente el profesor PETIÑEZ VÍLCHEZ, pueden llegar a avizorarse dos “diferentes puntos de vista” en relación con el modo de desempeñar la lucha contra las estipulaciones sorprendentes, uno que la residencia en el ámbito del requisito negativo de incorporación y otro que lo hace introduciéndola en el escenario de las cláusulas abusivas, sin embargo, sea en uno que otro caso, nos encontraremos ante “la formulación de una misma regla; la regla de las cláusulas sorprendentes (...)”. PETIÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Los contratos de adhesión*, op.cit. p. 1641.

¹¹⁵³ Esta interpretación, aunque reducida, ha sido defendida por el reconocido profesor JUAN CARLOS REZZÓNICO, quien ha señalado que “la cláusula sorprendente debe además ser abusiva, ya que de lo contrario no suscitaría objeción o tratamiento diferente (...)”. REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predispuestas*, op.cit. p. 484.

Por tal virtud, debemos señalar que, si ha de incorporarse la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas en sede de control de contenido, deberá hacerse en modo tal que la misma conserve su autonomía e independencia funcional, para tales efectos, una lectura interpretativa del desequilibrio desde una perspectiva subjetiva, podrá ser de utilidad para alcanzar dicha finalidad.

En este sentido, si bien es cierto que, ateniéndonos a la lectura más tradicional que concibe al desequilibrio cualificado (importante, significativo, injustificado, etc.), desde una perspectiva objetiva, no sería posible encajar las cláusulas simplemente sorprendidas en la disciplina de las cláusulas abusivas, ya que de aquellas, en rigor -tal y como se reseñó-, no se deriva una desproporción prestacional, es menester señalar que, en los últimos años se ha propuesto una interesante 'relectura' de la concepción tradicional del desequilibrio, la cual plantea una cosmovisión binaria del mismo, indicado así que, además de su proyección objetiva este último contará con una concepción subjetiva que atiende no a la justa proporción de la repartición normativa que se desprenden de una cláusula, sino a la necesaria coherencia que debe guardar tal estipulación con las legítimas representaciones que pudo formarse el contratante, planteamiento que ha sido formulado particularmente en el plano de las cláusulas atinentes a las prestaciones principales del contrato, las cuales, debido a su connatural trascendencia, representan el principal foco de convergencia de las legítimas expectativas¹¹⁵⁴.

Al respecto cabe señalar que, a pesar de que esta novedosa relectura podrá contar con algunos detractores, la misma se ha ido abriendo camino en los últimos años, particularmente en el marco del sistema jurídico español, en donde ha llegado a gozar de un de un expreso respaldo jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo español¹¹⁵⁵, así como también, al menos en forma tácita, por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹⁵⁶.

Así mismo, puede indicarse que, este tipo de lectura 'expansiva' podría llegar a encontrar un claro sustento en la naturaleza abstracta y flexible, que no rígida o pétrea, que se desprende del concepto de 'desequilibrio' que introduce en la disciplina de las cláusulas abusivas¹¹⁵⁷, la

¹¹⁵⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, op.cit.; YAMASAKI, Isabel Domínguez. *La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol 9, Nº 1, 2017. p. 408; LACAYO ARANA, María Alejandra. *Condiciones generales de la contratación*, op.cit. pp. 101-107; MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo. *El control de transparencia en las cláusulas suelo*, op.cit. pp. 231-233; y PAZOS CASTRO, Ricardo. *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, op.cit. pp. 437 y 438.

¹¹⁵⁵ Lo anterior puede corroborarse en una sentencia proferida el 25 de febrero del año 2015, en la cual el tribunal puso de manifiesto que determinadas cláusulas "pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino *del equilibrio subjetivo* de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación".

¹¹⁵⁶ En efecto, aun cuando no implementa expresamente el término 'desequilibrio subjetivo', el tribunal europeo, con ocasión de un pronunciamiento del año 2017, habría señalado que, "las condiciones generales que adolezcan de falta de transparencia pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente la alteración del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino de las expectativas trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comprara entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato (...)". Tribunal de Justicia europeo, sentencia del 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16.

¹¹⁵⁷ Al respecto, en un reciente e innovador estudio, el insigne profesor de la Universidad de Barcelona, Don AGUSTÍN LUNA SERRANO, a la par de muchos otros conceptos que desglosa en un meticuloso elenco,

cual le permite adaptarse a la inevitable y continua evolución de los mercados que ha hecho indispensable la exigencia de conceptos más dinámicos que logren garantizar una legítima protección al contrayente merecedor de una legítima tutela¹¹⁵⁸.

Ahora bien, al margen de lo expuesto en pretendencia con relación a la visión del desequilibrio subjetivo, debemos insistir en que, aquello que resulta fundamental en este punto es que se logre interiorizar que, para la correcta aplicación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas, no se requerirá de la comprobación de un abuso o de una nefasta desproporción prestacional, tampoco se requerirá de la verificación de maquinaciones insidiosas, sino que bastará con que el elemento sorpresa, tan refractario a la buena fe, haya concurrido y perjudicado al co-contratante, para que con ello se pueda dar lugar al rechazo a un determinado clausulado, lo cual permite evidenciar que, la regla en cuestión se articula como uno de los instrumentos más potentes en favor del sujeto débil de la relación contractual¹¹⁵⁹.

Es por tal virtud que, en nuestra opinión, resulta indispensable que se individúe y se le reconozca una autonomía al potencial pernicioso que se desprende de la sorpresa, lo cual necesariamente implicará dar cabida a la integración de un efectivo mecanismo remedial que logre conjurar los efectos nocivos e indeseados que se predicen de la misma sin que para ello, lo reiteramos, se requiera adicionalmente de la convergencia de un connotado desequilibrio prestacional. Este propósito puede satisfacerse ya sea que la regla de las cláusulas sorprendidas se incorpore en modo independiente y desligado del escenario del control de contenido, residenciándola en el control negativo de inclusión, o sea que la misma se integre indirectamente a través del control de contenido, fungiendo así como un presupuesto cuya verificación, por sí misma, es suficiente para la correcta dilucidación del carácter despótico o injustificadamente desestabilizador de una cláusula, y que, por lo tanto, el elemento sorpresa, *per se*, baste para su rechazo en razón de su naturaleza abusiva.

Así las cosas, debemos manifestar que este tipo de interpretación extensiva, por medio de la cual se aboga por encuadrar la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas en sede del control de contenido, es decir, perfilándola en la amplia categoría de las cláusulas abusivas, a su vez, podría aparejar importantes ventajas en el caso de aquellos ordenamientos en los que, si bien no existe norma alguna que incorpore expresamente la regla en cuestión, gozan de una sólida regulación normativa en materia de cláusulas abusivas, ya que por esta vía se

enmarcaría el ‘desequilibrio importante de las prestaciones’ como un auténtico concepto jurídico indeterminado, al señalar “sería igualmente sugestivo estudiar los antes indicados conceptos jurídicos indeterminados, presentes con mucha frecuencia en la Constitución y en las leyes ordinarias, como, indicados en un breve elenco, los referidos al honor o a la intimidad, a la dignidad, a la integridad física y moral, al libre desarrollo de la personalidad, al respeto y consideración de la persona, (...) al desequilibrio importante de las posiciones contractuales (...) Todos ellos se orientan, como es fácil de apreciar a preservar un valor a mantener, a señalar un beneficio a realizar, a indicar una meta a conseguir, a advertir sobre una circunstancia a tener en cuenta, a sortear un problema a evitar o, eventualmente, un resultado a rechazar”. LUNA SERRANO, Agustín. *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, *op.cit.* pp. 151 y ss.

¹¹⁵⁸ Con relación a la conveniencia de la técnica de ‘cláusula general’ implementada por el legislador italiano en el campo de las cláusulas abusivas (*clausole vessatorie*) el profesor de la *Università Degli Studi di Napoli*, ENRICO MINERVI, ha resaltado la conveniencia de la misma puesto que: “in presenza di mercati che evolvono in maniera frenetica, una tecnica esclusivamente di tipo regolamentare e casistico impone una ricorrenza del legislatore alle nuove emergenze della parassi, rincorsa che vede il legislatore intervenire sempre in ritardo rispetto al sorgente del bisogno. Ritengo, dunque, che l’impiego anche delle clausole generali potrebbe offrire una migliore tutela per il cliente”. MINERVI, Enrico. “Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel Testo unico bancario” en *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002. p. 24.

¹¹⁵⁹ SCHLOSSER, Peter. § 3 *Überraschende Klausel*, *op.cit.* p. 125.

podría llegar a encontrar un arsenal de instrumentos propicios para entablar la lucha contra la sorpresividad.

En este sentido, acogiendo una interpretación ‘indirecta’ de la regla en cuestión, se estaría dando lugar con ello a una verdadera potencialización del espectro tuitivo del rechazo de la sorpresa jurídicamente relevante a nivel global, particularmente en el caso de clausulados que, en razón de su naturaleza insólita o inusitada, ingresan subrepticamente a la relación contractual, frustrando las legítimas expectativas de uno de los sujetos de la relación, pues tal rechazo llegaría a encontrar cabida incluso en ausencia de norma explícita que así lo determine¹¹⁶⁰.

En plena concordancia con lo anteriormente expuesto, la profesora de la Universidad de Valladolid, MARTA PÉREZ ESCOLAR, ha puesto de presente que, “en ausencia de normas específicas dirigidas a garantizar el conocimiento de este tipo de cláusulas, quizás lo más conveniente sea reconducirlas al ámbito del control de contenido, pues es difícil que su carácter sorprendente o insólito pueda escapar del juicio de abusividad”¹¹⁶¹.

2. LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Habiendo dado desarrollo a la temática concerniente a la relación que existe entre las cláusulas sorpresivas y las abusivas, consideramos conveniente ahora darnos paso a realizar un estudio de naturaleza comparativa en aras de poder determinar la proyección con la que estas últimas cuentan en el escenario internacional, ello fundamentalmente con el propósito de poder demostrar al lector que, contrario a lo que podría llegarse a pensarse, la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas no es patrimonio exclusivo de un único ordenamiento¹¹⁶², como tampoco es una regla marginal o desconocida alrededor del orbe jurídico, sino que, muy por el contrario, y tal y como pretendemos demostrar a continuación, la misma cuenta con un amplio e indiscutido acogimiento global, tanto a nivel nacional como, incluso, ello es muy elocuente, supranacional, siendo además una regla que goza de connotado potencial expansivo el cual le permite perfilarse cada vez más en el marco de futuros y venideros proyectos legislativos.

2.1. PRIMEROS ORDENAMIENTOS QUE ACOGIERON LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS. LA LEGISLACIÓN ALEMANA, AUSTRIACA Y PORTUGUESA.

¹¹⁶⁰ Al respecto, en lo que respecta al caso del ordenamiento jurídico español, la profesora de la Universidad de Málaga, MARÍA ISABEL DOMÍNGUEZ YAMASAKI ha señalado que, a pesar de que doctrina alemana sobre las cláusulas sorprendentes habría sido acogida finalmente en modo expreso por parte del legislador español, en su opinión es posible “interpretar que de forma indirecta sí se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento, de acuerdo con aquella postura que considera que las cláusulas sorprendentes son un tipo de cláusulas abusivas por no haber superado el control de contenido”. DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María Isabel. *La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016*, op.cit. p. 414.

¹¹⁶¹ PÉREZ ESCOLAR, Marta. *Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas*, op.cit. p. 435.

¹¹⁶² Así lo habría puesto de presente el profesor alemán, JOACHIM SCHMIDT-SALZER, quien, con ocasión de un llamativo estudio sobre el control de las cláusulas sorpresivas, tanto en el ámbito nacional como en el europeo, concluiría manifestando que la sección 3 de la antigua Ley de Condiciones Generales alemana (hoy 305c BGB), constituye una disposición única en el mundo (“*international einmaligen § 3*”). SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Die Kontrolle ungewöhnlicher /überraschender AGB-Klauseln: deutsche Vergangenheit und europäische Zukunft*, op.cit. p. 375.

Tal y como pudimos poner de presente previamente (capítulo IV), el ordenamiento jurídico alemán fue el primero en haber encunado legislativamente la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas, *stricto sensu*, la cual ya habría delineado jurisprudencialmente a lo largo de los años cincuenta y sesenta, y lo habría hecho en el año de 1976 por medio de la § 3 de su ley de las condiciones generales de la contratación (AGB-Gesetz), siendo esta una disposición que, posteriormente, para el año 2002, habría reiterado en su Código Civil (BGB) a través de la § 305 c la cual determina, *grosso modo*, que, no harán parte del contrato aquellas cláusulas o condiciones generales de contratación que resulten realmente inusuales, irrazonables o insólitas, en atención a las circunstancias en las que se establecieron¹¹⁶³.

Por su parte, y en un sentido similar, la legislación austriaca incorporaría igualmente la regla de las cláusulas sorprendivas por medio de su su Código Civil (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, o ABGB), a partir del año 1979 con la entrada en vigencia de su § 864a la cual, asemejándose a lo establecido previamente en el ordenamiento jurídico alemán, determina en líneas generales que, las condiciones generales que tengan un contenido inusual, cuando perjudiquen al co-contratante el cual no podía contar con ellas teniendo en cuenta las circunstancias, particularmente teniendo en consideración la apariencia del contrato, a menos de que haya sido específicamente señalada por la otra parte.

De igual forma, cabe destacar que, en el Derecho portugués, con la promulgación del ‘Decreto-lei 446/85’ del 25 de octubre de 1985, el cual se encarga de ‘instituir un régimen jurídico de las cláusulas contractuales generales’, se introdujo una norma similar a las que hemos venido refiriendo que parece incorporar, *mutatis mutandis*, la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas.

Al respecto, en el literal c) del artículo 8 del referido decreto se determina que, quedarán excluidas de los contratos singulares “las cláusulas que, por el contexto en que surgen, por el epígrafe que las precede o por su presentación gráfica, pasan desapercibidas a un contratante normal, colocado en posición de contratante real”, evitando con ello la incorporación de clausulados que puedan encuniar un elemento sorpresa. En este sentido, a pesar de que la norma previamente transcrita no hace una alusión expresa a la sorpresa, y que además acoge una formulación diversa a la empleada por el modelo germano, tanto jurisprudencial como doctrinalmente se ha considerado que de aquella se desprende con claridad una recta prohibición a la inclusión de cláusulas sorprendivas (*cláusulas sorpresa*)¹¹⁶⁴.

Es por virtud de lo anteriormente expuesto que, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia portugués ha empleado en reiteradas oportunidades tal disposición para dar cabida

¹¹⁶³ La norma se puede traducir de la siguiente manera: “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 hubiese podido contar con ellas”, traducción realizada por el profesor PORTELLANO DÍEZ, Pedro, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000. p. 601.

¹¹⁶⁴ Con respecto a la figura de las cláusulas sorprendivas que se desprende del literal c) del artículo 8, los profesores MARIOS JÚLIO ALMEIDA COSTA y ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO exponen : “Também se afastam dos contratos singulares as cláusulas ditas de surpresa, isto é, aquelas que, em consequência do seu contexto, da sua epígrafe, ou da sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um destinatário normal, e, ainda, as cláusulas inseridas em formulários após a assinatura de algum dos contratantes – alíneas c) e d). Ponderou-se que, nesses dois casos, o circunstancialismo exterior da celebração contratual é manifesto no sentido da inexistência de mútuo consenso das partes sobre o conteúdo das cláusulas”. DE ALMEIDA COSTA, Mário Júlio & MENEZES CORDEIRO, António. *Cláusulas contratuais gerais*, Livraria Almedina, Coimbra, 1991. pp. 27 y 28. Véase igualmente con interés MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito civil português*, T I, Almedina, 2000. p. 436.

a la figura de las cláusulas sorprendivas, y con ello, fundamentar su rechazo¹¹⁶⁵. A fe de lo anterior, en un revelador pronunciamiento del 2 de junio de 2015, proferido por el alto tribunal portugués, en el cual se abordó con gran detenimiento y profundidad la temática concerniente a este tipo de clausulados anómalos, se determinó que, “Las denominadas ‘cláusulas sorpresa’, que parecen ser una cosa pero al final resultan ser otra, pueden estar ocultas, colocadas fuera del epígrafe adecuado, desvinculadas del contexto sistemático o racional, o redactadas de manera disimulada, fuera de la totalidad del resto de la clausulado, ofendiendo el principio de buena fe del proponente en la celebración del contrato, el derecho a la información y a una adecuada aclaración del adherente sobre su contenido y el sistema de protección del consumidor, como un todo, sorprendiendo al adherente real, en perjuicio de su cognoscibilidad formal y/o material, por no serle exigible al adherente, por la forma astuta en que se disfrazaron o por la forma subrepticia o camuflada en que se presentaron, su conocimiento efectivo”¹¹⁶⁶.

2.2. LA PRESENCIA DE LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ESPAÑOL E ITALIANO, PESE A LA INEXISTENCIA DE UNA EXPRESA DISPOSICIÓN NORMATIVA.

2.2.1. *El caso del ordenamiento jurídico español.*

En España, a pesar de que la regla de las cláusulas sorprendivas expresamente se habría incorporado en los anteproyectos de 1988 y 1992 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), siguiendo con ello escrupulosamente los lineamientos del modelo alemán¹¹⁶⁷, lo cierto es que, ‘sorprendentemente’¹¹⁶⁸, esta última desaparecería de la versión definitiva de la ley en cuestión y tampoco habría sido recogida posteriormente por la Ley General de Defensa a los Consumidores y Usuarios (LGDCU), pareciendo así, al menos en un principio, que el ordenamiento jurídico español no le habría dado cabida a esta innovadora fórmula para combatir la sorprendividad en el terreno contractual.

De este modo, según ilustradamente recuerda el reconocido profesor PAGADOR LÓPEZ, la regla no fue acogida por el texto final de la primera de las mencionadas leyes, como resultado de una discusión de índole parlamentaria¹¹⁶⁹, puesto que en la aceptación de la enmienda

¹¹⁶⁵ Entre otros ejemplos pueden enlistarse los siguientes pronunciamientos del *Supremo Tribunal de Justiça*: *Acórdão de 03/10/2017*, (569/13.0TBCSC.L1.S1); *Acórdão de 08/03/2016* (1786/12.5TVLSB.L1.S1); y *Acórdão de 20/10/2011*, (1097/04.0TBLL.E1.S1).

¹¹⁶⁶ Traducción libre. *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02/06/2015*, (109/13.0TBMLD.P1.S1).

¹¹⁶⁷ PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, *op.cit.* p. 490.

¹¹⁶⁸ VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ expresa como en la Ley de Condiciones generales española, en lo tocante a las cláusulas sorprendivas, “se omite toda referencia, que si hubiera sido normativamente novedosa, a estas estipulaciones que -sorprendentemente- sí aparecían en el artículo 5 del Anteproyecto de 1983 (...)”. GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente. “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficiencia derivada de su no incorporación (Crónica de lo incomprensible)”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 54, Nº 3, BOE, 2001. p. 1129.

¹¹⁶⁹ LLODRÀ GRIMALT, Francisca. *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, *op.cit.* p. 324. Véase también PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, *op.cit.* pp. 490 y 491.

número 8 del Grupo Parlamentario Catalán, se propició la eliminación de la misma, con base en sustentaciones y argumentos que el mismo profesor tilda como “muy poco convenientes”¹¹⁷⁰. Tal tesis restrictiva, se fundamentó principalmente en el temor de la inseguridad jurídica que la inclusión de esta regla pudiese generar, considerando además que su adopción no hallaba una justificación válida y convincente, so pretexto de que el consumidor se encontraba suficientemente protegido por la figura del rechazo a las cláusulas abusivas¹¹⁷¹.

No obstante lo anterior, un importante sector ha considerado que en el sistema jurídico español se verifican una serie de ‘indicios’ que permiten corroborar la presencia, al menos implícita, de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, a pesar de la ausencia de una expresa disposición que la consagre legislativamente¹¹⁷².

En este sentido, se han solido destacar los siguientes ‘indicios’: i) algunos de los supuestos de cláusulas que legislativamente han sido consideradas como abusivas son en realidad ejemplos prototípicos de cláusulas sorpresivas, pues con ellas lo que se pretende es que el consumidor pueda verse sorprendido por clausulados que afecten aspectos sobre los cuales los consumidores suelen forjarse razonables expectativas, tal y como acontece en el caso de los numerales 4 y 5 del artículo 89 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹¹⁷³; ii) la incorporación del principio de integración publicitaria, el

¹¹⁷⁰ PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas...*, *op.cit.* p. 491.

¹¹⁷¹ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, número 78-6, de 23-10-1997. p. 41, en el cual se expresó: “La mención del término «insólitas» y la referencia al carácter razonable de su existencia a la firma del contrato supone introducir una gran inseguridad jurídica que, adicionalmente, no añade un incremento de las garantías al consumidor, ya suficiente protegido por el resto del articulado”. Sobre tales argumentos el profesor SALVADOR DURANY PICH con suma pertinencia ha afirmado que: “*La eliminación merece un juicio negativo*: es cierto que cualquier cláusula sorprendente, como manifestación de un comportamiento del predisponente contrario a la buena fe, puede ser combatida directamente por las reglas del control de contenido, pero esa regla está considerada precisamente como una defensa de vanguardia respecto al núcleo de protección que es el control de contenido, y, en este sentido, permite aligerar el número de cuestiones en esta sede” DURANY PICH, Salvador. “Artículo 5”, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, 2002. p. 321. En un sentido similar, aunque con una argumentación diversa, la profesora FRANCISCA LLODRÀ expone: “En nuestra opinión, tal eliminación fue desacertada. El razonamiento de la enmienda es al parecer evitar la sobreprotección del consumidor; sin embargo, en la LCGC, el adherente no es siempre un consumidor, el cual sí que está en ocasiones ciertamente sobreprotegido puesto que también recibe la protección de la LGDCU. Sin embargo, cuando el adherente no es consumidor que goza de la protección de la LGDCU no se halla sobreprotegido sino, tal vez, dada la mecánica de la LCGCM infraprotégido. A dichos efectos era positiva la existencia de requisitos negativos de incorporación en la LCGC”. LLODRÀ GRIMALT, Francisca. *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, *op.cit.* pp. 324 y 325.

¹¹⁷² PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas*, *op.cit.* pp. 495-497; y MIRANDA SERRANO, Luis María. *El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria*, *op.cit.* p. 42.

¹¹⁷³ PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas*, *op.cit.* pp. 495 y 496. Al respecto, según ha constatado el analítico profesor español, EUGENIO LLAMAS POMBO, “algunas de las cláusulas de la lista, como las de los artículos 89.4 (imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios no solicitados) y 89.5 (incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso) vienen a introducir supuestos incardinables dentro de las llamadas cláusulas sorprendentes, es decir, aquellas 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». Se trata de evitar que el consumidor se vea sorprendido a consecuencia de la introducción por el predisponente de cláusulas cuya existencia no podía razonablemente ser esperada por aquél, de acuerdo con sus expectativas normales”, a lo cual, con gran criterio, añadiría seguidamente que, si bien “La fórmula

cual hoy se encuentra tipificado por el artículo 61 de la norma previamente referida, constituye una base jurídica para dar lugar a la proscripción de una cláusula en razón de su sorpresividad¹¹⁷⁴ y iii) la prohibición de cláusulas lesivas introducida por el artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980, en razón de su naturaleza ‘abierta’ o ‘flexible’, puede fungir como un instrumento para combatir las cláusulas sorpresivas¹¹⁷⁵, siendo esta una interpretación que ha adquirido mayor fuerza en los últimos tiempo, llegado a contar, inclusive, con un solido respaldo jurisprudencial¹¹⁷⁶.

Ahora bien, en adición a lo anteriormente expuesto, es menester refrendar que, la cuestión relativa al rechazo de las cláusulas sorpresivas, a pesar de no existir una norma expresa que la regule, como se anotó, ha adquirido una gran importancia en los últimos años en el ordenamiento jurídico español, lo que se corrobora no solo por su amplio tratamiento jurisprudencial que ha tenido la temática, particularmente de la mano del desarrollo que se le ha dado al denominado ‘control de transparencia’, tal y como lo hemos podido verificar precedentemente, sino también por el expreso acogimiento que de esta regla se ha hecho por parte de las nuevas tendencias legislativas, lo que permite apreciar con claridad la legítima intención del ordenamiento español enderezada hacia el rechazo de aquellas cláusulas que encunen la sorpresa y con ella las pérfidias consecuencias que la acompañan.

Al respecto, cabe destacar que, la propuesta de Anteproyecto español de modernización del Derecho de obligaciones y contratos (PMCC) del año 2009 (Comisión General de Codificación), en el numeral 3.1 de artículo 1261, siguiendo de igual manera los lineamientos del sistema alemán, en lo pertinente¹¹⁷⁷, determina que “No quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales que: 1) Resulten tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pudiera razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado”. Sin embargo, hay que manifestar que esta importante propuesta legislativa de modificación y actualización del Código Civil español, realizada por prestantes profesores españoles expertos en la materia, aún no ha logrado convertirse en realidad legislativa.

general de no incorporación de dichas cláusulas sorprendentes fue descartada del texto definitivo de la LCG, por la inseguridad jurídica que podía generar, pero *el legislador no ha renunciado a recoger en el listado de cláusulas abusivas algunos supuestos concretos de dicha práctica contractual*” (se destaca). LLAMAS POMBO, Eugenio. La compraventa, *op.cit.* p. 874.

¹¹⁷⁴ Así lo ha señalado el reconocido profesor de la Universidad de Córdoba, LUIS MARÍA MIRANDA, quien, es de la opinión que, en atención de lo estipulado en el artículo 61 del TRLGDCU, el contenido publicitario que haya podido generar en el adherente expectativas legítimas y razonables, “expulsará del contrato todas aquellas cláusulas que lo contradigan, siempre que no hayan sido conocidas y consentidas por el adherente en el momento de contratar (...)”. MIRANDA SERRANO, Luis María. *El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria*, *op.cit.* p. 41.

¹¹⁷⁵ Según observa el profesor PAGADOR LÓPEZ, la prohibición de las cláusulas lesivas que incorpora la Ley del contrato de seguro española, “constituye tanto una cláusula general de control de contenido, determinante de la nulidad e ineficacia de las condiciones generales que puedan reputarse abusivas, como un mecanismo de represión de cláusulas sorprendentes en sentido técnico, determinante de la no incorporación de aquellas cláusulas contenidas en condiciones generales que desnaturalicen el contrato o contradigan las expectativas legítimas y razonables del asegurado respecto al contrato celebrado”. PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas abusivas*, *op.cit.* p. 1322.

¹¹⁷⁶ ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel. “Las cláusulas sorpresivas en los contratos de seguro: ¿Delimitación o limitación?”, en *Revista lex mercatoria*, N° 7, 2017. pp. 101 y ss.

¹¹⁷⁷ ALBIEZ DOBRMANN, Klaus. “La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil”, en *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011. p. 221.

Por su parte, el Anteproyecto del Código Mercantil del año 2014, igualmente habría incorporado la regla de las cláusulas sorprendivas¹¹⁷⁸ por medio del apartado 2º de su artículo 430-3, en el cual se determinó que “Carece de eficacia aquella cláusula integrada en condiciones generales cuyo contenido o redacción, material o formal, carezca de razonable previsibilidad para la otra parte del contrato, salvo que ésta la acepte expresamente”¹¹⁷⁹.

Así las cosas, de conformidad con todo lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que, a pesar de que resulta palmaria la ausencia de una expresa consagración legal de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas, ello no significa que la aplicación de la misma no tenga cabida en el marco del ordenamiento español, pues válidamente puede encontrarse una protección especial respecto a tales cláusulas por una vía indirecta, en atención a otros imperativos normativos que hacen parte de su ordenamiento protector¹¹⁸⁰.

De hecho, es menester señalar que, el Tribunal Supremo español en sentencia del 17 de octubre de 2007, ratificando lo que la doctrina habría venido vaticinando de tiempo atrás, de forma elocuente y categórica, determinó que “En nuestro Derecho, la falta de acogida explícita de la regla de las cláusulas sorprendivas en la LGDCU y en la LCGC no significa que falte en el ordenamiento positivo español todo vestigio sobre ellas, y tampoco que carezcan de virtualidad, pues, de un lado, existen señales sobre las mismas en la Disposición Adicional 1ª de la Ley primeramente indicada, y de otro, en el ámbito de la LCS dicha pauta late en la prohibición de las cláusulas lesivas para los asegurados, y la doctrina jurisprudencial las ha configurado exclusiva y genéricamente dentro de dicho espacio”¹¹⁸¹.

2.2.2. *El caso del ordenamiento jurídico italiano.*

¹¹⁷⁸ En opinión del profesor KLAUS JOCHEN ALBIDEZ, el artículo 430-3 el codificador mercantil más que aludir a la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas lo que hizo fue introducir una “nueva categoría de cláusulas: las cláusulas imprevisibles, que no son exactamente sorprendentes”. ALBIDEZ DOHRMAN, Klaus Jochen. *Primeras observaciones a la propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación*, Diario la Ley, Nº 8172, 2013. P. 6 y 7.

¹¹⁷⁹ Sobre el particular cabe señalar que el Consejo de Estado español, por medio del dictamen 837/2014, expresó que, en caso tal de llegar a ser adoptada por el proyecto de Código la disposición en cuestión, la misma debería ser igualmente debería ser incorporada en la LCGC, en aras de propender por una adecuación entre lo previsto en el proyecto de Código y lo establecido en la LCGC.

¹¹⁸⁰ Al respecto, véase con interés LLODRÀ GRIMALT, Francisca. *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, *op.cit.* p. 326; GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia. “Las cláusulas de forma en las condiciones generales de la contratación. Panorama del Derecho Español”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Vol 2, Nº 21, Thomson Reuters, 2008. p. 142; CAÑIZARES LASO, Ana. *Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* p. 77; DURANY PICH, Salvador. *Artículo 5*, *op.cit.* p. 321; GONZÁLEZ PAGANOWSKA, Isabel. *Artículo 7: No incorporación*, *op.cit.* p. 257; ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* p. 245; PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, *op.cit.* p. 491; y MIRANDA SERRANO, Luis María. *El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria*, *op.cit.* pp. 42 y ss.

¹¹⁸¹ Con ocasión de tal pronunciamiento el Tribunal Supremo considera que serán cláusulas sorprendivas, siguiendo el desarrollo jurisprudencial alemán, aquellas que: “de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la propia naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar racionalmente con su existencia; por consiguiente, se procura evitar que el tomador del seguro o el asegurado se encuentren sorprendidos a consecuencia de la adición por el predisponente de cláusulas cuya existencia no cabía que fuera esperada fundadamente por aquél”. Tribunal Supremo Español, Sala de lo civil, sentencia del 17 de octubre de 2007.

Por su parte, en el marco del ordenamiento jurídico italiano nos encontramos ante un panorama que, pese a la existencia de ciertos matices, guarda cierta similitud con el sistema español, por cuanto, si bien en este caso igualmente se verifica la ausencia de una regulación expresa por parte del legislador italiano en lo que respecta a la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas, distando del modelo alemán -el cual sirvió de referencia en el marco de la reglamentación de los contratos sujetos a condiciones generales-, un importante sector doctrinario se ha inclinado por otorgarle una carta de ciudadanía a la regla en cuestión, buscando residenciarla intramuros de la regulación las denominadas cláusulas vejatorias (*clausole vessatorie*).

Al respecto, esta lectura extensiva del concepto de ‘*vessatorietà*’ en el Derecho italiano encuentra fundamento en una especie de ‘vestigio’ de la incorporación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas a través de una cláusula general por la que, a nivel europeo, habrían optado las propuestas del año de 1990 y 1993 para una directiva comunitaria en materia de cláusulas abusivas en el marco de la contratación con los consumidores, la cual, a pesar de que finalmente no habría sido transpuesta por parte del texto definitivo de la Directiva 93/13, ha permitido que un importante sector de la doctrina italiana haya llegado a entender que dicho precedente, tal y como lo indicado el egregio profesor de la Universidad de Perugia, VITO RIZZO, “constituye el fundamento de una serie de previsiones analíticas contenidas en el elenco de la Directiva y en la lista de la ley italiana que tienen como objeto evitar cláusulas que pueden definirse como sorprendidas” (se destaca)¹¹⁸².

Esta corriente doctrinal, la cual parece haber seguido el planteamiento originario del reconocido profesor, VINCENZO ROPPO¹¹⁸³, y que con los años ha adquirido paulatinamente una reconocible preponderancia, se inclina por concebir que, del precitado elenco de cláusulas (*lista grigga*) que fue consagrado en un primer término en el parágrafo segundo del artículo 1469 del Código Civil italiano, y sucesivamente acogido por el artículo 33 del Código de Consumo, se desprende una suerte de *summa divisio* entre cláusulas de desequilibrio (*clausole di squilibrio*) y cláusulas sorprendidas (‘*clausole di sorpresa*’ o ‘*clausole a sorpresa*’) ¹¹⁸⁴. Incluso, hilando aún más fino, algún sector ha entendido que puede llegar a realizarse una subdivisión de la segunda categoría atiente a las cláusulas sorprendidas, en atención al modo en el cual el elemento sorpresa se desempeña en la relación contractual, llegándose a indicar así que, conforme al listado de las cláusulas vejatorias que ha sido introducido por los artículos

¹¹⁸² Traducción libre. RIZZO, Vito. *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, *op.cit.* p. 10.

¹¹⁸³ ROPPO, Vincenzo. “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1994. Para una consulta de una publicación más reciente véase ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, Milano, 2001. p. 915.

¹¹⁸⁴ BARENGHI, Andrea. “I contratti per adesione e le clausole vessatorie”, en *Trattato di diritto privato europeo*, T III, CEDAM, Padova, 2003. p. 627; LAPERTOSA, Flavio. “La giurisprudenza tra passato e futuro dopo l’avvento della nuova disciplina sulle clausole vessatorie”, en *Il Foro Italiano*, Vol 120, No. 11, 1997. col. 361; SACCO, Rodolfo & DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*, *op.cit.* p. 392; PASCUCCI, F. “Art. 33, comma 2, lett. 1)” en *I Contratti del consumatore. Commentario al codice del consumo*, Padova, 2007. p. 198. GRAZIUSO, Emilio. *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, *op.cit.* pp. 219 y 220; FRANCHI, Valeria. “Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari. La tutela della parte debole non predisponente nei confronti delle clausole vessatorie ed abusive”, en *Il contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 2012. pp. 869-882 y 198-204; PAGLIANTINI, Stefano. *Trasparenza contrattuale*, *op.cit.* pp. 1308-1313; ANGELINI, Valentina. *La tutela amministrativa delle clausole vessatorie*, *op.cit.* pp. 198-204; FRATINI, Marco, *Il sistema del diritto civile*, T III, Dike, 2017. p. 279; por su parte FRANCESCO DI GIOVANNI, a pesar de no darles expresamente el rótulo de ‘sorprendidas’, afirma que en algunos de los numerales del artículo 1469 del Código Civil italiano resulta evidente la intención de proteger al consumidor contra los efectos de la sorpresa. DI GIOVANNI, Francesco. *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, *op.cit.* p. 50.

previamente citados, es posible corroborar que podrán haber cláusulas sorpresivas que afectan la vinculación negocial y otras que, por el contrario, alteran el contenido contractual.

Así, siguiendo esta línea de ideas, por un lado, se han catalogado las denominadas como ‘cláusulas sorpresivas en razón del vínculo’ siendo entendidas como disposiciones contractuales que repercuten en lo tocante a la permanencia de la relación contractual, ya sea desde una perspectiva disolutiva (cuando el consumidor razonablemente podía esperar que la vinculación contractual se mantuviese) como continuativa (cuando el consumidor razonablemente podía esperar su finalización). Así, dentro de esta subcategoría de cláusulas sorpresivas se han enlistado los siguientes literales del párrafo segundo del artículo 33 del Código de Consumo: ‘h’, alusivo a aquellas cláusulas que facultan al comerciante a rescindir los contratos de duración indefinida sin un previo aviso; e, ‘i’ que refiere a aquellas estipulaciones que tienen por objeto o por efecto el establecimiento de un término excesivamente anticipado, respecto a la fecha de finalización del contrato, para la comunicación de la terminación del vínculo contractual para evitar una prórroga o renovación tácita¹¹⁸⁵.

Por su parte, del otro lado, se alude a ‘cláusulas sorpresivas en razón del contenido del reglamento contractual’, las cuales se conciben como estipulaciones que dan lugar a la materialización de una inesperada alteración de los derechos y obligaciones derivados del contrato. Estas cláusulas, por su parte, se consideran que se encuentran reflejadas en los literales: ‘l’ el cual enmarca los clausulados que tienen por objeto o por efecto extender la adhesión del consumidor a cláusulas que no tuvo la posibilidad de conocer antes de la celebración del contrato; ‘m’ que refiere a las estipulaciones que facultan al profesional de modificar unilateralmente las cláusulas del contrato o las características del producto o del servicio; y ‘n’ atinente a las cláusulas que dan lugar a que el precio de los bienes o servicios sea determinado al momento de la entrega o de la realización de la prestación¹¹⁸⁶.

2.3. LA PROHIBICIÓN DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS EN LA ÓRBITA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

2.3.1. *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.*

Sea lo primero señalar que, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería (CISG, según sus siglas en inglés), frecuentemente referida también como la ‘Convención de Viena’, la cual sería firmada en Viena en el año de 1980, representa uno de los instrumentos internacionales en materia contractual de mayor relevancia a nivel internacional, pues, a pesar de que su regulación se circunscribe al ámbito del contrato de compraventa en particular, esta Convención ha dado

¹¹⁸⁵ FRANCHI, Valeria. *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari. op.cit.* pp. 878-879; y ANGELINI, Valentina. *La tutela amministrativa delle clausole vessatorie, op.cit.* pp. 198-201.

¹¹⁸⁶ FRANCHI, Valeria. *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari, op.cit.* pp. 879-881; y ANGELINI, Valentina. *La tutela amministrativa delle clausole vessatorie, Tesis Doctoral, Universtia Degli Studi ‘Roma Tre’, 2015.* pp. 201-204.

paso al replanteamiento de diversos aspectos básicos del Derecho contractual *in genere*¹¹⁸⁷. Al respecto, cabe destacar que, ha sido tan elevada la importancia y extensión de esta convención que, al menos hasta la fecha, la misma ha sido ratificada por la cuantiosa cifra de ochenta y nueve países, lo cual le ha permitido constituirse como un auténtico punto de convergencia entre los modelos jurídicos del *common law* y el *civil law*¹¹⁸⁸.

Ahora bien, habiendo puesto de presente la relevancia que reviste este instrumento a nivel internacional, debemos ahora manifestar que, a pesar de que en el mismo no se habría llegado a realizar una explícita referencia a la regla de las cláusulas sorprendidas, lo cierto es que, algún sector considera que la misma puede llegar a encontrar cobijo en la Convención, sustentándose para ello en una interpretación extensiva de algunas disposiciones, siendo esta una cuestión que, cabe anticipar, no ha resultado del todo pacífica pues la misma ha convocado a visiones contrapuestas.

Así pues, se corrobora que, por un lado, un primer sector ha entendido que la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas no puede tener cabida alguna en el marco de la Convención ya que la misma atiende a aspectos relativos a la validez del contrato, siendo, por lo tanto, una cuestión que sobrepasa los confines de dicho instrumento¹¹⁸⁹, mientras que, por el otro lado, un segundo sector, el cual creemos que representa la postura mayoritaria, se ha inclinado por considerar que dicha regla concierne en realidad a la formación del acuerdo contractual y que, en tal sentido, encaja sin fricciones de la regulación de la Convención¹¹⁹⁰.

De este modo, quienes se han decantado por esta segunda tesis, han solido recurrir a los artículos 8, 14 y 18 los cuales atienden a la temática relativa a la declaración de la voluntad, en armonía con el principio de buena fe consagrado en el artículo 7 de la Convención, para poder abrir camino con ello a el rechazo de las cláusulas sorprendidas¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁷ Así lo evidencia el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, MORALES, Antonio Manuel. *Claves de la modernización del derecho de contratos*, Centro de Estudios de Derecho Comparado y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2016. p. 36.

¹¹⁸⁸ LAGUADO MONSALVE, Darío. “Compraventa internacional de mercaderías”, en *Compraventa internacional de mercaderías*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003. p. 39.

¹¹⁸⁹ Parece comulgar con esta postura el profesor de la Universidad de Meriland, MICHAEL VAN ALSTINE, quien abordando la cuestión atinente a la ‘batalla de los formularios’, particularmente la ‘regla del último disparo’, expresa que en la Convención no existe una disposición que limite las cláusulas que resulten sorprendidas ya que: “As an issue relating to the ‘validity’ of such terms as contemplated by article 4, the otherwise- applicable (and non-uniform) domestic law of the member states would govern the effect of harsh or surprising terms in standard forms”. VAN ALSTINE, Michael P. *Consensus, dissensus, and contractual obligation through the prism of uniform international sales law*, Virginia Journal of International Law, Vol 37, 1996. p. 76. Nota 273.

¹¹⁹⁰ En relación con tal discusión véase con interés KOCH, Robert, “Chapter 32 surprising terms in the standard contract under the CISG”, en *Liber amicorum Eric Bergsten, International arbitration and international commercial law*, Wolters Kluwer, 2011. pp. 598 y ss. Por su parte, los profesores INGEBORG SCHWENZER, HACHEM PASCAL y KEE HACHEM, han considerado que es necesario distinguir entre dos supuestos, indicado que, cuando la naturaleza sorprendente de una cláusula atiende al contenido “domestic law applies with CISG being the relevant standard of comparison”, mientras que, por el contrario, cuando tal naturaleza se deriva por cuestiones formales, tal como es el caso de la ‘letra peceña’ del contrato, “Article 8 is the relevant standard”. SCHWENZER, Ingeborg, PASCAL, HACHEM & KEE, Christopher. *Global sales and contract law*, *op.cit.* p. 170.

¹¹⁹¹ Como un claro exponente de esta postura podemos referir al profesor surafricano SIEG EISELEN quien al respecto ha señalado: “Puede decirse que las cláusulas sorprendidas o inusuales quedan fuera del consentimiento o del acuerdo de las partes, teniendo en cuenta los principios en que se basan los artículos 14, 18 y 8. Se podría argumentar además que la buena fe en los términos del artículo 7 también requiere que una parte haga que la otra parte sea específicamente consiente de cualquier cláusula inusual so

Esta última tesis se ha visto reflejada en la reciente y enjundiosa obra que se realizó sobre los comentarios a la Convención y la cual fue dirigida por CHRISTOPH BRUNNER, ya que en ella se establece con claridad que, en el marco de la Convención, en orden a que los ‘*standard terms*’ puedan llegar a ser entendidos fruto del consentimiento, estos últimos deberán superar un examen escalonado conformado por cuatro niveles, dentro de los cuales (subsiguendo a los primeros dos escalafones relativos a la incorporación e interpretación de las condiciones generales) la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes se instituye como el tercero de los peldaños, afirmándose así que, “Después de interpretar las cláusulas predisuestas, que en principio se incorporaron válidamente al contrato, la prueba del consentimiento se completa con el control de las cláusulas sorprendentes. En caso que una parte haya consentido una cláusula predisuesta mediante una aceptación global, este consentimiento no abarcará las cláusulas que son tan sorprendentes que la parte razonablemente no hubiese tenido que esperar”¹¹⁹².

Por su parte, una interpretación en este sentido igualmente parece haber sido acogida por el ‘Consejo Consultivo de la CISG’ (*Advisory Council*), tal y como se desprende de la ‘Opinión consultiva No. 13’ relativa a ‘La incorporación de cláusulas estándar bajo la CISG’¹¹⁹³, y en la cual, de manera unánime, se concretó que, “No forman parte del acuerdo las cláusulas estándar que sean tan sorprendentes o inusuales que una persona razonable del mismo tipo que la parte adherente no hubiera podido razonablemente esperar que dichas cláusulas formaran parte del acuerdo”¹¹⁹⁴.

Así mismo cabe destacar que, en nuestra opinión, ateniéndonos a la literalidad de lo establecido en el párrafo tercero del artículo 8 de la Convención, el cual da lugar al desarrollo de un estudio circunstancial para la determinación de la intención de las partes, dentro del cual -en razón de su redacción abierta- se deberán tener en particular consideración las expectativas legítimas y razonables que las partes pudieron llegar a albergar, y, en plena consonancia con lo determinado en su artículo 7 el cual exige que la Convención deba interpretarse en clave del principio rector de la buena fe, es posible considerar que de la misma, al menos implícitamente, se desprende una prohibición ante la inclusión de clausulados que, en franco desconocimiento de la buena fe y de las expectativas que las partes razonablemente hayan podido llegar a formar, resulten sorprendentes.

En este sentido, es menester hacer alusión a una sentencia proferida en el año 2008 por la Corte Distrital de Landshut (Alemania) la que, de forma esclarecedora, fue contundente al manifestar que “La Corte se encuentra de acuerdo con la opinión de que la evaluación de una

sorpresiva”. Traducción libre. EISLEN, Sieg. *The requirements for the inclusion of standard terms in international sales contracts*, Potchefstroom Electronic Law Journal, Vol 14, No. 1, 2011. p. 8.

¹¹⁹² Traducción libre, “Article 4 [Issues Covered and Excluded; Validity and the Effect on Property Interest in the Goods Sold]” en *Commentary on the UN sales law (CISG)*, Wolters Kluwer, s/p (Numeral 44). Traducción y actualización de la versión alemana publicada en 2014 de los comentarios de la convención rotulada como “*UN-Kaufrecht-CISG*”.

¹¹⁹³ El Consejo Consultivo es un instituto privado el cual, por intermedio de sus opiniones determinan unas reglas diseñadas para ayudar a los tribunales y a los árbitros en la uniforme interpretación de la Convención.

¹¹⁹⁴ Consejo Asesor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (“CISG-AC”). Opinión Consultiva No. 13: La incorporación de cláusulas estándar bajo la CISG. Profesor Sieg Eiselen, Facultad de Derecho, Universidad de Sudáfrica, Pretoria, Sudáfrica. Adoptado por la CISG-AC siguiendo su reunión número 17 en Villanova, Pensilvania, Estados Unidos de América, el 20 de enero de 2013. Traducción al español por el Licenciado Guillermo Coronado Aguilar y revisada por los Profesores Alejandro Garro y Pilar Perales Viscasillas.

‘cláusula inesperada’ debe efectuarse sobre la base del examen en relación con la inclusión de términos estandarizados (...) *De conformidad con el artículo de la CISG, en conjunción con el principio de la buena fe, hay que considerar a este respecto si la cláusula difiere de la expectativa de la parte contractual en tal medida que no puede razonablemente anticipar que tal cláusula pudiese ser incluida*” (se destaca)¹¹⁹⁵.

2.3.2. *La Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.*

En el continente europeo, fruto de los nuevos derroteros que se estaban abriendo camino para mediados de los años sesenta y los cuales se encontraban enderezados a buscar garantizar una mayor grado de protección para los consumidores, se erigiría un proyecto de armonización en materia comunitaria para la regulación de las denominadas cláusulas abusivas, el cual, después de un extenso recorrido, terminaría por cristalizarse en el año de 1993 por medio de la promulgación de la Directiva 13/93 del Parlamento europeo, cuyo propósito fundacional sería precisamente el de proteger a los consumidores ante este tipo de clausulados¹¹⁹⁶.

Así, en lo que respecta a este importante instrumento de armonización comunitaria, cabe destacar que, tal y como lo hemos podido anticipar, contrario a lo que sucedería en la versión definitiva de la Directiva, la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas sí habría sido recogida expresamente por parte de la predecesora Propuesta de Directiva del año de 1990, así como también por la subsiguiente Propuesta modificada del año de 1992¹¹⁹⁷. En este sentido, puede verificarse que la Propuesta modificada de Directiva presentada el 5 de marzo del año 1992, por intermedio del párrafo tercero del numeral primero de su artículo 3, determinó que, se considerará como abusivas aquella cláusula que, no habiendo sido objeto de una negociación particular, “implica una ejecución del contrato significativamente de aquella que el consumidor podría legítimamente esperar”¹¹⁹⁸.

Desde esta perspectiva, se logra avizorar que en las mencionadas propuestas, de la mano a la idea tradicional del desequilibrio prestacional, la ejecución del contrato que significativamente llegue a diferir respecto a las legítimas expectativas del consumidor, se perfilaría como una causal alternativa e independiente para dar cabida a la proscripción de una cláusula en razón de su naturaleza o componente abusivo¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁵ Traducción libre, *District Court (Landgericht) Landshut*, 12 June 2008 (43 O 1748/07).

¹¹⁹⁶ COUREL, Blanca Garrido. “El consumidor ante las cláusulas abusivas: la Directiva 93/13/CEE y su recepción en el Derecho español”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, N° 23, 2000. pp. 103 y 104.

¹¹⁹⁷ Al respecto, véase con interés PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas...*, *op.cit.* pp. 72 y 73.

¹¹⁹⁸ Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, artículo 3. 1. “Una cláusula contractual que no haya sido objeto de negociación por separado se considerará abusiva si, por sí misma o en combinación con otra u otras cláusulas del mismo contrato, o de otro del cual dependa, pese a las exigencias de la buena fe: -causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, o – implica una ejecución del contrato significativamente diferente de aquella que el consumidor podría legítimamente esperar”. Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), C 73, del 24 de marzo de 1992.

¹¹⁹⁹ RIZZO, Vito. *Le «clausole abusive» nell’esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, *op.cit.* p. 581. En relación con el particular, el profesor español JAVIER DOMÍNGUEZ ha manifestado en el caso de la Propuesta original de la Directiva 93/13 del año de 1990 se integraría “de forma alternativa, hasta cuatro elementos configuradores de abusividad de la cláusula, fuera o no objeto de negociación individual: que causara un desequilibrio contractual importante en detrimento del consumidor, o que implicara

En sentido, puede verificarse que, la regla de las cláusulas sorprendidas habría sido residenciada en el ámbito del denominado control de contenido, lo cual, si bien puede ser objeto de determinadas críticas¹²⁰⁰, se explica por el hecho que la Directiva 93/13 no parece haber adoptado la bifurca estructuración de la regulación de las condiciones generales de la contratación por medio de un primer control de inclusión el cual se encuentra subseguido por posterior control de contenido, sino que, por el contrario, esta última únicamente se encargaría disciplinar la fiscalización de las cláusulas abusivas por medio de este último filtro que se centra en la determinación del contenido de la disposición contractual¹²⁰¹.

No obstante lo anterior, cabe destacar que, pese a incorporarla en sede del control de contenido, la fórmula contra las cláusulas sorprendidas sería acogida como un supuesto con autonómica para dar cabida a la proscripción de una cláusula sin que se requiriese adicionalmente que se verificase un desequilibrio.

Ahora bien, sin perjuicio de la desafortunada falta de transposición por parte del documento definitivo de la Directiva de la fórmula que integraba el rechazo de las cláusulas sorprendidas, lo cierto es que, algunos vestigios de esta regla pueden llegar a desprenderse de las disposiciones del texto normativo en cuestión. En este sentido, teniendo en consideración que el numeral primero del artículo 4 de dicha Directiva establece que, para efectos de determinar el carácter abusivo de una cláusula se deberá tener en consideración todas las circunstancias que hayan concurrido al momento de la celebración del acuerdo contractual -siendo esta una formulación que suele implementarse para la determinación del carácter sorprendente de una cláusula-, se ha llegado a considerar que, a la luz de esta disposición los tribunales pertenecientes a ordenamientos europeos en los cuales la regla de las cláusulas sorprendidas no ha gozado de una expresa incorporación normativa, pueden llegar a encontrar una vía para dar cabida al rechazo de este tipo de estipulaciones, a pesar de que, para tales efectos, se ha entendido que no podrán ampararse únicamente en la naturaleza sorprendente de la cláusula, sino que deberán emplear como justificación adicional el carácter abusivo que se genera en razón de la concurrencia del elemento sorpresa¹²⁰².

Así mismo, tal y como lo pudimos anticipar al momento de estudiar el caso del ordenamiento jurídico italiano, un importante sector doctrinal ha considerado que, aun cuando el rechazo de las cláusulas sorprendidas hubiese desaparecido de la cláusula general de la Directiva 93/13, este tipo de disposiciones que evocan una naturaleza sorprendente pueden seguir hallándose en un número significativo de los ejemplos de clausulados que son

una ejecución del contrato indebidamente desfavorable para el consumidor, o que fuera con las exigencias de la buena fe, o que implicara una ejecución del contrato significativamente diferente de aquella que el consumidor podría legítimamente esperar”. DOMÍNGUEZ ROMERO, Javier. *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas*, op.cit. p. 116.

¹²⁰⁰ PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas...*, op.cit. p. 72.

¹²⁰¹ Al respecto, se ha llegado a señalar que, ha sido en razón del hecho que el control de inclusión ‘resulta ajeno’ a la Directiva 93/13 que la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas no se habría reflejado en la misma. LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 186.

¹²⁰² Sobre el particular véase con interés, SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Die Kontrolle ungewöhnlicher überraschender AGB-Klauseln: deutsche Vergangenheit und europäische Zukunft*, op.cit. pp. 347 y 378. Por su parte, en opinión del profesor DOMÍNGUEZ ROMERO, “la contextualización a que obliga el art. 4.1 Directiva 93/13 (y art. 82.3 TRLCU), supone considerar el efecto sorprendente que puede tener la cláusula inusual en las legítimas expectativas del consumidor”. DOMÍNGUEZ ROMERO, Javier. *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas*, op.cit. p. 116.

consideradas como abusivas del elenco que ha sido incorporado como ‘anexo’ a la Directiva comunitaria¹²⁰³, y que sería receptado, de una u otra manera, por un importante número de ordenamientos, tal y como acontece con el italiano, como se reseñó.

No obstante todo lo anteriormente expuesto, y al margen de los diferentes argumentos desglosados que podrían llegar a permitir considerar que parte de la esencia de la regla de las cláusulas sorpresivas aún se conserva en el marco de la Directiva 93/13, creemos que, teniendo en consideración la indiscutida trascendencia e influencia que en su momento revistió, y que aún sigue revistiendo, la directiva en cuestión, no solo a nivel europeo sino también global, de haberse llegado a conservar la formulación expresa de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas -como hubiese sido deseable que sucediese-, esta última, muy posiblemente, sería hoy una regla que encontraría acogimiento en la gran mayoría de las legislaciones de los principales ordenamientos jurídicos¹²⁰⁴, razón por la cual, no podemos sino lamentar la intempestiva e inconveniente erradicación de la misma en la Directiva.

Sin embargo, lo cierto es que, teniendo en consideración la naturaleza de ‘mínimos’ que se predica de la Directiva 93/13, en razón de la cual se abre la posibilidad para que los diferentes estados miembros de la comunidad Europea puedan incorporar normas que garanticen una protección más elevada a favor de los consumidores (artículo 8), es posible afirmar que, la incorporación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas por parte de los diferentes sistemas legales comunitarios concatenaría perfectamente con la esencia de este instrumento de armonización, dando lugar con ello a la consecución de un sistema que brinde una protección más amplia y beneficiosa para el consumidor, una salvaguardia cuyos confines se explayan fuera de los lindes de la abusividad¹²⁰⁵.

2.3.3. *Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales.*

Los Principios Unidroit se constituyen por un conjunto de reglas o disposiciones desarrolladas por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (*Institut International pour l’Unification du Droit Privé*), las que, junto con sus comentarios, tienen como propósito fundamental el de brindar una armonización jurídica sustancial para los contratos comerciales internacionales, fungiendo además como un instrumento cardinal para la búsqueda de una unificación del Derecho comercial internacional, ya que en ellos se recogen diversos preceptos de diferentes culturas jurídicas¹²⁰⁶.

¹²⁰³ Véase *supra* nota 1182.

¹²⁰⁴ En relación con la falta de la expresa incorporación de la figura de las cláusulas sorpresivas por parte de la Directiva comunitaria, y la repercusión que ello tuvo en el ámbito de las legislaciones europeas, no se equivoca el profesor de la Universidad de Granada, KLAUS ALBIEZ DOHRMANN, al señalar que “A nivel comunitario, la Directiva 93/13/CEE no se ocupa de las cláusulas sorprendentes, lo que explica que los textos de los derechos nacionales que trasponen la Directiva silencian por norma general este tipo de cláusulas. Serán, entonces, las jurisprudencias nacionales las que tendrían que decidir si una cláusula por ser insólita no se incorpora en el contrato o es abusiva”. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. *Las condiciones generales de la contratación*, *op.cit.* p. 156.

¹²⁰⁵ ROLOFF, Stefanie. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, *op.cit.* p. 1127, y SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Die Kontrolle ungewöhnlicher /überraschender AGB-Klauseln: deutsche Vergangenheit und europäische Zukunft*, *op.cit.* p. 361.

¹²⁰⁶ PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, María Concepción. “Avances en la aplicación de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 6, No. 1, 2014. p. 254.

En relación con estos principios debe manifestarse que, si bien los mismos *per se* carecen de una fuerza vinculante, pues se encuentran caracterizados por una naturaleza optativa, es decir que su aplicación, en línea de principio general, dependerá de que la voluntad de las partes se encuentre encaminada a que tales principios rijan en su relación contractual como la '*lex contractus*'¹²⁰⁷, es por ello que han solido enmarcarse dentro de la categoría de '*soft law*'.

Ahora bien, cabe destacar que, desde la promulgación oficial de la primera edición de los principios Unidroit en el año 1994, así como también puede predicarse de sus tres ediciones subsiguientes (2004, 2010 y 2016) se le ha brindado un expreso acogimiento a la disciplina de la regla de las cláusulas sorprendidas, la cual, a pesar de haber sufrido algunas modificaciones menores respecto a su redacción originaria, desde la edición del año 2004 ha permanecido inalterada¹²⁰⁸. En tal sentido, el artículo 2.1.20 de los principios reza de la siguiente forma: "Cláusulas sorprendidas: 1. Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente. 2. Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y prestación"¹²⁰⁹.

Tal como puede evidenciarse de la lectura de los comentarios del artículo 2.1.20 de los Principios Unidroit, la finalidad de la precitada disposición, la cual se instituye como una clara excepción del principio de *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 1.3¹²¹⁰, se fundamenta en "evitar que la parte que utiliza cláusulas estándar adquiera una ventaja injusta imponiendo cláusulas furtivas que la otra parte difícilmente aceptaría si fuera consciente de ellas"¹²¹¹, lo cual pone en evidencia que lo que se pretende con esta regla es otorgar un instrumento idóneo para reestablecer el, tan anhelado, equilibrio contractual -entendido en un sentido amplio- cuando este se vea alterado injustamente por la sorpresa. Es por lo anterior que, el reconocido profesor Colombiano JORGE PINZÓN SÁNCHEZ, con gran criterio ha afirmado que, "las previsiones de los Principios Unidroit acerca de la ineficacia de las cláusulas estándar 'sorprendidas', esto es, de las no razonablemente previsibles, a menos que se acepten

¹²⁰⁷ Sobre la aplicación de los principios UNIDROIT como ley del contrato, al igual que como *lex mercatoria*, véase OVIEDO ALBÁN, Jorge. "Los principios UNIDROIT para los contratos internacionales", en *Diakon: revista de actualidad jurídica*, No. 11, 2002. pp. 108 y ss.

¹²⁰⁸ La primera distinción que salta a la vista es que el rótulo de la norma refería a 'estipulaciones sorprendidas' y no a 'cláusulas sorprendidas', por lo demás dicho artículo rezaba de la siguiente forma: "1. Carecerá de eficacia toda estipulación incorporada en cláusulas estándar cuyo contenido o redacción, material o formal, no fuese razonablemente previsible por la otra parte, salvo que dicha parte la acepte expresamente. 2. Para determinar la existencia de dicha estipulación, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y prestación".

¹²⁰⁹ Cabe destacar que, el numeral 4º de los comentarios oficiales indica que riesgo de estas cláusulas desaparecerá si son previamente aclaradas y discutidas o cuando se llama la atención sobre ellas y son aceptadas por la parte adherente.

¹²¹⁰ Al respecto, resultan de sumo interés las palabras del profesor emérito del *London School of Economics and Political Science*, MICHAEL BRIDGE, de conformidad con las cuales el artículo 2.20.1 de los Principios Unidroit materializa "a vivid rejection of contractual formalism in the way it screens out of standard contractual terms those that are of such a character that are of such a character that the other party could not have expected them (...). This is consistent with contract as a process rather than a dramatic event, which is arguably truer to the way the parties approach their contractual relations than formalistic contract formation rules". BRIDGE, Michael. "The UK sale of goods act, the CISG and the Unidroit Principles" en *The international sale of goods revisited*, Kluwer Law International, La Haya, 2001. p. 154.

¹²¹¹ *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, 2004. p. 70.

expresamente, es una expresión bien lograda del equilibrio de los contratos entre ‘fuertes’ y ‘débiles’ »¹²¹².

Por último, es menester resaltar que la incorporación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas en los Principios Unidroit, tiene importantes implicaciones en cuanto a la expansión marco de aplicación de la misma, pues debe recordarse que aquellos cuentan con la potencialidad intrínseca de ser considerados como ‘principios del Derecho contractual’ en general o como ‘principios para los contratos comerciales internacionales’¹²¹³, lo que ha permitido amplificar su rango de cobertura sustancialmente.

De este modo, siguiendo con estricto apego lo sentenciado en el preámbulo de los Principios Unidroit, según el cual, “Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar textos internacionales de derecho uniforme”, es dable afirmar que la disposición contenida en ellos relativa al rechazo de las cláusulas sorpresivas tiene la potencialidad de ser proyectada en el ámbito de distintas normativas trasnacionales que acuden a este tipo de principios, siendo un claro ejemplo de ello el caso de la Convención de Viena¹²¹⁴, en estricta armonía con lo preceptuado en el párrafo segundo de su artículo 7¹²¹⁵. De hecho, uno ejemplos que la doctrina ha solido destacar con respecto a la influencia de los Principios en relación con dicha Convención, precisamente ha sido el de la prohibición de las cláusulas sorpresivas¹²¹⁶.

¹²¹² PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. “Contratos de contenido predispuesto: la adhesión y las condiciones generales de la contratación”, en *Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización*, T II, Universidad de los Andes, Bogotá, 2016. p. 92. Compaginando con tal razonamiento, la profesora venezolana CLAUDA MATUTE indica que el propósito del artículo 2.20 de los Principios Unidroit relativo a las cláusulas sorpresivas, al igual que el de otras disposiciones, es el de lograr un justo equilibrio entre las partes contratantes. MATUTE Claudia. “La lex mercatoria y los principios jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”, *Anuario del Instituto de Derecho Comparado*, No. 27, 2004. p. 24.

¹²¹³ En tal sentido FERRARI, Franco. “Le champ d’application des « Principes pour les contrats commerciaux internationaux » élaborés par Unidroit”, in *Revue internationale de droit comparé*, Vol 47, No. 4, 1995. p. 993, en donde a modo de cierre se concluye que los “Principes de l’UNIDROIT peuvent être considérés autant comme des « Principes de droit contractuel en général » que comme des « Principes pour les contrats commerciaux internationaux », au moins jusqu’au moment où ils prennent la forme d’un instrument obligatoire, comme, par exemple, une convention”.

¹²¹⁴ GARRO, Alejandro. *The gap-filling role of the Unidroit principles in international sales law: some comments on the interplay between the principles and the CISG*, Tulane Law Review, Vol 69, No. 5, 1994-1995. pp. 1152 y ss.

¹²¹⁵ Artículo 7: “1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado”.

¹²¹⁶ En tal sentido se pronuncia el profesor de la Universidad de Deusto JAVIER SAN JUAN CRUCELAEGUI, quien sobre el particular indica: “Otro ejemplo lo puede ofrecer el supuesto de la contratación construida sobre cláusulas estándar, supuesto en el que se pueden plantear problemas acerca de la validez de las llamadas «cláusulas sorpresivas». Al respecto, de acuerdo con el art. 2. 20 (1) PCCI, «toda estipulación incorporada en cláusulas estándar cuyo contenido o redacción, material o formal, no fuese razonablemente previsible por la otra parte». Este precepto, recogido en los PCCI, no tiene paralelo en la CV por lo que la aplicación de los Principios sería deseable lo que no impediría que se llegase al mismo resultado sobre la base de aplicar el principio de la razonabilidad”. CRUCELAEGUI, Javier San Juan. “La interpretación e integración de las lagunas de la Convención de Viena de 1980: los principios en que se inspira y los principios «Unidroit»”, *Estudios de Deusto*, Vol 53, 1, 2005. p. 150.

2.3.4. *La Propuesta de Normativa Común de Compraventa Europea (CESL).*

La Propuesta de Normativa Común de la Compraventa Europea, también conocida por sus siglas en inglés como CESL (*The Common European Sales Law*), constituye un instrumento normativo facultativo (*soft law*) que se encuentra conformado por un conjunto de disposiciones que se encuentran direccionadas hacia la constitución de un régimen jurídico unificado en materia de compraventa, y de los servicios auxiliares a la misma, en el marco del Derecho europeo¹²¹⁷, el cual hace parte de una ‘Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de la compraventa europea’ presentada en el año 2011 por parte del Comisión Europea.

Es menester manifestar que, si bien esta propuesta en un principio no le dio cabida a la inclusión de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas, en el 2014, por medio de la Enmienda 156, se introdujo un nuevo literal al artículo 83, según el cual, al momento de evaluar el carácter abusivo de una cláusula se deberá atender “c bis) si la cláusula propuesta reviste un carácter tan sorprendente que el consumidor no hubiera podido preverla”¹²¹⁸.

En este sentido, tal el aspecto más llamativo de tal disposición radica en la categorización de la naturaleza sorprendente de la cláusula como un supuesto que denota el carácter abusivo de la misma, siguiendo con ello la línea preestablecida por el artículo 87 del Estudio de viabilidad para un futuro instrumento de Derecho contractual europeo’ el cual fue presentado a la Comisión Europea el 3 de mayo de 2011 por un grupo de expertos, a pesar de que en él se incorporaba la regla de forma a separada¹²¹⁹. De esta forma, la Propuesta optó por una formulación que se aleja del modelo tradicional que concibe la prohibición de las cláusulas sorprendivas como una regla independiente y autónoma, incardinada en el marco del control de inclusión, asemejándose con ello a lo que acontecía en las propuestas de la Directiva 93/13, como se esbozó.

Ahora bien, a pesar de que aún es incierto que esta propuesta logre llegar a término, debe reconocerse la trascendental valía que representa la incorporación de la figura de las cláusulas sorprendivas en el ámbito de la misma, ya que ello constituye una muestra fidedigna del interés del legislador comunitario europeo por encunar un mecanismo normativo que expresamente le permita combatir esta particular manifestación de la figura de la sorpresa, lo cual, en sí mismo, debe ser evaluado de forma positiva, con independencia de la postura que se asuma respecto a la metodología por la que se haya optado para la consecución de tal finalidad.

¹²¹⁷ GÓMEZ POMAR, Fernando & GILI SALDAÑA, Marian. “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”, en *InDret*, 2012. p. 9. En relación con la propuesta CESL, véase igualmente VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo. “La Propuesta De Normativa Común De Compraventa Europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 5, N° 1, 2013.

¹²¹⁸ Enmienda introducida por medida "Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (COM (2011) 0635 — C7-0329/2011 — 2011/0284 (COD))”, documento que puede consultarse en Diario oficial de la Unión Europea C 285 del 29 de agosto de 2017, (29.8.2017).

¹²¹⁹ El mencionado artículo rezaba de la siguiente forma: “Surprising terms included in standard terms: A term contained in standard terms supplied by one party which is of such a surprising nature that the other party could not have expected it is unfair for the purpose of this Section unless it was expressly accepted”. Puede consultarse en SCHULZE, Reiner & STUYCK, Jules. *Towards a european contract law*, Sellier, Munich, 2011. p. 248.

2.4. EL PAPEL DE LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS EN LAS LEGISLACIONES CIVILES DEL SIGLO XXI. PARTICULAR REFERENCIA A LITUANIA, ESTONIA, HUNGRÍA, REPÚBLICA CHECA, RUMANIA Y ARGENTINA.

En las siguientes líneas pretendemos hacer una breve referencia al papel que ha desempeñado la regla de las cláusulas sorpresivas en el ámbito de la moderna legislación a nivel global, pues, como podrá corroborarse, esta ha gozado de un especial acogimiento en algunos de las más recientes codificaciones, lo cual creemos que, en parte, se debe a la marcada influencia de los Principios Unidroit en el movimiento neo-codificador.

En tal sentido, podemos anticipar que nos encontramos ante una auténtica proliferación normativa enderezada hacia el justo rechazo de la sorpresa en el escenario contractual, pues, como podrá comprobarse, la esencia de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas se halla presente en la mayoría de los que pueden denominarse como ‘códigos de tercera generación’, lo cual constituye una muestra fidedigna que tal regla no representa una cuestión del pasado, o que se haya olvidado con la entrada del nuevo siglo, sino que, muy por el contrario, la misma goza de una indiscutible actualidad y que, en adición, cuenta con una virtual proyección hacia el futuro. Lo anterior igualmente encuentra un claro sustento en el hecho que, el legislador alemán, después de treinta y cinco años de haber incorporado la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas en su ley de condiciones generales (AGB-Gesetz), hubiese refrendado su cometido por mantenerse rígido en su postura ante la lucha contra la sorpresividad en el ámbito contractual, al haber refrendado la regla de las cláusulas sorpresivas por medio de la §305c de su Código Civil (BGB), tras la reforma que se llevaría a cabo del mismo en el año 2002.

Habiendo expresado lo anterior, conviene ahora hacer especial alusión al caso del Código Civil de la joven Estado de la República de Lituania, el que habría sido proferido en la misma apertura del siglo (2000), y en el cual, siguiendo con cierta precisión los lineamientos trazados por el artículo 2.01.20 de los Principios Unidroit, se le brindaría un tratamiento específico y explícito a la regla de las cláusulas sorpresivas, instituyéndose de tal forma como una regulación novedosa en el plano internacional, al ofrendar una loable protección frente al elemento sorpresa, tanto en el ámbito de las regulaciones con consumidores, como también de las que se desempeñan entre contratantes empresarios¹²²⁰. Así pues, bajo el rótulo ‘Condiciones estándar de los contratos sorpresivas’ su artículo 6.186 dictamina que, “1. Ninguna condición sorprendente contenida en un contrato de condiciones estándar, por ejemplo, una condición tal que la otra parte no pueda razonablemente esperar que se incluya en el contrato. Las condiciones estándar no se considerarán sorprendentes si fueron expresamente aceptadas por la parte cuando se divulgaron debidamente. 2. Para determinar si una condición es de carácter sorprendente, se debe tener en cuenta su contenido, redacción y forma de expresión”¹²²¹.

¹²²⁰ Al respecto véase BALČIŪNĖ, Aurelija. “Unfair contract terms in B2B transactions. The view from a Lithuanian perspective”, en *Lusitada. Direito*, No. 18, 2017. pp. 19 y 20, en donde, al hacer alusión a la regulación de las cláusulas sorpresivas por parte del artículo 6.186 del Código Civil de la República de Lituania, se expone que: “this criterion may be applied to B2B contracts and no sufficient reason for not agreeing with such a position exists. The existence of the surprising terms may be detrimental not only to consumers, but also to businesses. Therefore, protection from surprising terms (even if stricter requirements are established) should be guaranteed for both transactions (either B2C or B2B)”.

¹²²¹ Traducción libre. Resulta pertinente mencionar que si bien los primeros dos párrafos del artículo 6.186 instituyen un claro control respecto a las cláusulas sorpresivas, el tercero de ellos introduce una suerte de cláusula general que se proyecta más allá de la prohibición de la sorpresividad en materia contractual,

Por su parte, algo similar acontecería en el caso de Estonia, en el cual, aunque no nos refiramos propiamente a un código, encontramos que en su *'Law of Obligations Act'*, que entró a regir en el año 2002, siguiendo una estructura metodológica diversa a la asumida por el Código de Lituania, se incardinó la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas en su sección 37 relativa a 'las condiciones generales como parte de los contratos', esto es, a los requisitos de inclusión cuya satisfacción es necesaria para que tales condiciones formen parte del documento contractual, en donde, pese a que no se hace alusión expresa al vocablo 'sorprendidas', la esencia del rechazo ante cláusulas tal naturaleza resulta evidente, razón por la cual se ha afirmado que por medio del artículo en cuestión se ha pretendido incorporar esta regla¹²²². Al respecto, el numeral 3º del mencionado artículo determina que, "Aquellas condiciones generales cuyo contenido, redacción o presentación son tan poco comunes o inteligibles que la otra parte no puede, con fundamento en el principio de razonabilidad, haber esperado que se incluyeran en el contrato, o que la parte no pueda comprender sin esfuerzo, no se consideran parte del contrato"¹²²³.

Por su parte, algunos lustros más tarde, la cuestión sería igualmente objeto de expresa regulación, aunque con un cierto grado de matices y diferencia, por parte del Código Civil húngaro, promulgado en el año 2013, y en el cual, conforme al numeral segundo de la sección 6:78 -la cual se encarga los requisitos para que las cláusulas de contratos predispuestos (*standard contracts*) puedan llegar a hacer parte del contrato-, se determina que, "La otra parte deberá ser explícitamente informada de toda cláusula contractual predispuesta que difieran sustancialmente de la legislación relevante y de la práctica contractual habitual, salvo que se ajuste con cualquier práctica que las partes hayan establecido entre ellas. La otra parte deberá

pareciendo instituir un control más amplio y general frente a los contratos de adhesión ante cualquier cláusula que logre generar un desequilibrio o que contravengan caros preceptos como lo son la libertad contractual, la razonabilidad, la buena fe y la justicia. Así, de forma ciertamente llamativa, el aludido apartado indica: "3. La parte que celebre un contrato de adhesión en el que las condiciones estandarizadas hayan sido redactadas por la otra parte tendrá derecho a reclamar la disolución o la modificación de ese contrato en caso de que, aunque las condiciones uniformes del contrato no sean contrarias a la ley, excluyan los derechos y las posibilidades de la parte que comúnmente se conceden en un contrato de esa clase particular, o excluyan o limiten la responsabilidad civil de la parte que preparó las condiciones estandarizadas, o establezcan otras disposiciones que violen el principio de igualdad de las partes, causen un desequilibrio en los intereses de las partes o sean contrarias a los criterios de razonabilidad, buena fe y justicia".

¹²²² El profesor alemán NORBERT REICH señala que el legislador estoniano fue más allá de la simple aplicación de la Directiva 93/13 al adoptar en su *'Law of Obligations Act'* otras figuras de protección, tal como sucedió con el artículo 37 que incorporó la regla de las cláusulas sorprendidas. En sus palabras, "The Estonian legislator thereby implemented Directive 93/13, but at the same time extended its sphere of application, thus shaping a general law of standard terms, including such traditional rules on the irrelevance of surprising terms for the contents of the contract, section 37, the priority of individual agreements over standard terms, section 38, the battle of forms, section 40, and the contra proferentem rule of interpretation, section 39" (se destaca). REICH. Norbert. "Transformation of Contract Law and Civil Justice in the New EU Member Countries - The Example of the Baltic States, Hungary and Poland", en *Penn State International Law Review*, Vol 23, N° 3, 2005. p. 601.

¹²²³ Traducción libre, las primeras dos secciones del artículo, en su integralidad, en su versión en inglés, rezan de la siguiente forma: "(1) Standard terms are part of a contract if the party supplying the standard terms clearly refers to them as part of the contract before entering into the contract or while entering into the contract and the other party has the opportunity to examine their contents. Standard terms are also part of a contract if their existence could be presumed from the manner in which the contract was entered into and the other party was given the opportunity to examine their contents. (2) The parties may, taking into account the provisions of subsection (1) of this section, agree in advance that standard terms apply to certain types of contracts".

ser explícitamente informada de cualquier cláusula contractual predispuesta que difiera sustancialmente de cualquier estipulación previamente aplicada entre las mismas partes”¹²²⁴.

En este caso, a diferencia de lo que sucede en el resto de supuestos normativos que aquí hemos referido, no podemos hablar de una adopción a cabalidad de la regla de las cláusulas sorprendivas pues, a pesar de su indiscutible relación¹²²⁵, del numeral segundo de la sección 6:87 del Código Civil húngaro se desprende más bien una regla encaminada hacia la proscripción de cláusulas inhabituales, colindando de esta forma con la llamada ‘regla de la inusualidad’ que en algunas latitudes, como es el caso del ordenamiento suizo, han adoptado, la cual, tal y como lo pusimos de presente en su momento, no cuenta con el mismo espectro de protección de la regla de las cláusulas sorprendivas, aunque debe ser considerada como una manifestación delimitada o restringida de ella, ya que se encarga de combatir únicamente los supuestos en los que el elemento sorpresa resulta más evidente desde una visión general, esto es, enfoca su estudio bajo parámetros de medición objetiva que se relacionan con el carácter insólito o inusitado que se desprenda del clausulado.

A su turno, cabe recordar que el nuevo Código Civil rumano, el cual entró en vigor en el año 2011, por medio de su artículo 1203 le introdujo la ‘regla de las cláusulas inusuales’ (*clauze neuzuale*), al incorporar un listado de cláusulas que se determina que surtirán efecto como consecuencia del carácter desacostumbrado y perjudicial que pueden representar para el adherente, salvo que exista una aceptación expresa y por escrito por parte de este último.

Al respecto, debemos señalar en este punto que, si bien es cierto que no podemos decir que esta clase de disposiciones que se inclinan más por combatir el carácter inusual de las cláusulas no pueda equiparse en rigor con la esencia que se desprende de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas, ya que en el caso de esta última lo que realmente resulta fundamental consiste en lo que el contratante legítimamente podía esperar del negocio en particular, para lo cual deberá tenerse en consideración un importante número de circunstancias, como la publicidad o los tratos preliminares, siendo indiferente la habitualidad que pueda predicarse de la cláusula en la *praxis* contractual, también es cierto que la segunda, es decir la ‘regla de lo inusual’, en realidad se instituye como una derivación o manifestación delimitada de la primera, lo que permite afirmar que ambas tienen como se cementan en un mismo principio fundacional que viene a ser el rechazo de lo sorprendente, solo que se desempeñan con un grado de intensidad diferente.

Así mismo, una particular referencia merece igualmente el Código Civil de República Checa del año 2014, el cual igualmente habría optado por incorporar expresamente la regla de las cláusulas sorprendivas. En efecto, este moderno código, el cual introduciría una regulación vanguardista en favor de la tutela del contratante más débil no podía quedarse atrás en relación con esta línea tendencial que se habría venido abriendo camino a nivel internacional en relación con la lucha contra la sorprendente, motivo por el cual, igualmente influenciado por el artículo 2.01.20 de los Principios Unidroit¹²²⁶, estableció en su sección 1753 lo siguiente, "Una

¹²²⁴ Traducción libre de su edición en inglés.

¹²²⁵ Según expresa el profesor húngaro KIRÁLY MIKLÓS, exmiembro del Consejo Administrativo del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), existe una ‘fuerte similitud conceptual’ entre el artículo 2.1.20 de los Principios Unidroit (cláusulas sorprendivas) y la sección 6:78 del Código Civil de Hungría. KIRÁLY, Miklós. “The interface between the harmonisation of contract law and private international law”, en *Perspectives of unification on private international law in the European Union*, Eötvös University Press, Budapest, 2018. p. 17.

¹²²⁶ Sobre la influencia del artículo 2.1.20 de los Principios Unidroit en la redacción de la disposición relativa a las cláusulas sorprendivas en el Código checo consúltese PAUKNEROVÁ, Monika & PFEIFFER

disposición de las condiciones comerciales estandarizadas que la otra parte no podía esperar razonablemente es ineficaz, a menos que sea expresamente aceptada por la parte; cualquier estipulación en sentido contrario será ignorada. El hecho de que una disposición sea o no de tal naturaleza se evalúa en función de su contenido y de la forma en que se expresa¹²²⁷.

Ahora bien, cambiando de panorama y con ello de continente, encontramos que esta discusión fue importada al entorno latinoamericano, ya que, en su novísimo Código Civil y Comercial del año 2015, Argentina reguló la materia a través de su artículo 988 el cual, al encargarse de dar tratamiento a las cláusulas abusivas, determina que -de conformidad con lo consagrado en su literal 'c'-, se tendrán por no escritas aquellas cláusulas “que por su contenido, redacción o prestación, no fuesen razonablemente previsibles”¹²²⁸. De lo establecido en la norma en cuestión, se desprende que la misma se inclina por considerar las cláusulas sorprendidas como una especie que se desprende del género de las abusivas, lo que ha llevado a que las primeras sean concebidas por parte de la doctrina argentina como una especie de ‘subcategoría’ de las segundas¹²²⁹, asemejándose en ello a la visión adoptada por la Propuesta de Normativa Común de Compraventa Europea, y apartándose, en tal sentido, de forma abierta del originario modelo germánico.

De igual forma, debe destacarse que en razón que el artículo 988 del Código acuda tanto al ‘contenido’ como a la ‘redacción’ o ‘presentación’ del clausulado, permite concluir sin dificultades que la calificación de sorprendente de una cláusula al tenor de tal disposición podrá originarse ya sea por un defecto de naturaleza sustancial o simplemente formal. Suscribiéndose así a esta moderna corriente que aboga por una visión dual de las cláusulas sorprendidas, la cual, tal como puede comprobarse de lo reseñado hasta este punto, se instituye actualmente como la postura predominante en el panorama legislativo internacional.

Por último, en lo tocante con esta modélica codificación, debe indicarse que la incorporación de la figura de las cláusulas sorprendidas en el Código Civil y de Comercio si bien

Magdalena. “Use of Unidroit principles of international commercial contracts to interpret or supplement contract law”, in *The lawyer Quarterly*, No. 4, Praga, 2018. pp. 459 y 460.

¹²²⁷ El profesor STEPHAN HEIDENHAIN llama la atención sobre algunos aspectos con relación a dicha disposición del Código checo, de esta forma hace alusión al problema que puede originarse al momento si las cortes de la República Checa adoptarán un criterio objetivo o subjetivo para el examen de las expectativas razonables como consecuencia del silencio que guarda al respecto el artículo, por su parte expresa que sería más conveniente que se inclinase por un modelo objetivo. Por su parte es enfático al cuestionar la posibilidad de dar cabida a una aceptación expresa que elimine el carácter sorprendente de la cláusula, pues expresa que desde el punto de vista de la protección de la parte débil en la práctica tal medida no parece funcionar correctamente, posibilidad que además, indica, puede ser fácilmente objeto de abuso. HEIDENHAIN, Stephan. *Harmonisation of the Czech consumer rights in the new Civil Code*, Elte Law Journal, 2, Budapest, 2014. p. 46.

¹²²⁸ El artículo 988 en su integridad reza de la siguiente forma: “Cláusulas abusivas. 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”.

¹²²⁹ Siendo uno de los precursores en el estudio de la materia en el ordenamiento argentino, el ilustre profesor RUBÉN STIGLITZ, al desarrollar el estudio atinente al último párrafo del artículo 988 del Código Civil y Comercial, afirma que “las cláusulas sorprendidas constituyen una subcategoría o, si se prefiere, un desprendimiento de las cláusulas abusivas”. STIGLITZ S. Rubén. “Artículo 988” en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T III, Infojus, Buenos Aires 2015. p. 389, siguiendo con escrupulosidad las palabras del gran maestro argentino se pronuncia al respecto, JALIL, Julián Emil. “Las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial: ámbito de aplicabilidad de la jurisprudencia argentina”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, No. 2, 2015. s/p.

representó una gran novedad en la nación argentina¹²³⁰, no puede entenderse como algo aislado, puesto que ya para el año 1981 en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil las cuales tuvieron lugar en la ciudad de la Plata, se había concluido que: “Las condiciones generales que pueden calificarse como ‘sorpresivas’ no integran el contrato”¹²³¹. A ello debe adicionársele el hecho que, en concordancia con el estudio precedentemente realizado por nosotros alrededor del instituto de la sorpresa, en este país la presencia de esta figura, de antaño, ha sido notoria, y es por ello que se sustentó el interés por adoptar bajo un ropaje legislativo, un mecanismo claro y directo en procura de una protección ante las cláusulas sorpresivas¹²³².

2.5. FUTURO Y PERSPECTIVAS DEL RECHAZO A LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS. IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS E INFORMADORES DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO Y DEL CONSUMO

Ahora bien, a pesar de haber verificado el amplio y verdaderamente sorprendente acogimiento que ha tenido la figura de las cláusulas sorpresivas en el escenario normativo del Derecho comparado en la actualidad, cabe destacar que, para proceder al rechazo de este tipo de clausulados que invocan a la sorpresividad no necesariamente se requerirá de una disposición que expresamente así lo habilite -sin desconocer que ello sería lo más ideal al igual que conveniente-, puesto que, en nuestra opinión -y muy a tono con el estudio que desarrollamos en su momento (capítulo II), en el cual pusimos de presente algunos de los postulados que pueden fundamentar el rechazo a la sorpresa jurídicamente relevante, en general-, sería posible arribar a un mismo resultado, esto es, al de la proscripción de este tipo de clausulados, por intermedio de la aplicación directa de aquilatados principios o postulados generales que gobiernan en materia contractual, tal como es el caso de la buena fe, la confianza legítima, la seguridad jurídica, y la transparencia, todos los cuales se muestran abiertamente refractarios a la presencia de desdeñosas sorpresas en sede negocial.

En este sentido se ha pronunciado el profesor de la Universidad de Valladolid, VICENTE GUILIARTE GUTIÉRREZ, al manifestar que, a falta de la existencia de una regulación expresa que le dé cabida a la regla de las cláusulas sorpresivas, la cuestión relativa a estas últimas deberá “resolverse conforme a principios generales del CC, no fáciles de concretar salvo la buena fe, y quizás reconducibles a la idea de transparencia”¹²³³.

¹²³⁰ En opinión del doctrinante argentino SANTIAGO PERAL, “La novedad del art. 988 CCyC cuyo análisis efectuamos, la constituyen las denominadas cláusulas sorpresivas, previstas en el inciso c)”. PERAL, Santiago J. “La protección del consumidor bancario frente a las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios*, No. 14, 2015, s/p.

¹²³¹ Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil han representado durante años un evento de gran connotación jurídica en Argentina, en ellas participan destacados doctrinantes, tanto nacionales como extranjeros, pertenecientes a diferentes universidades. Como resultado de cada Jornada se abstrae un número de conclusiones de diferentes temas relativos al Derecho civil, las cuales, a pesar de no tener ninguna fuerza vinculante, gozan de una gran relevancia tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial en la nación argentina.

¹²³² Así lo pone en evidencia igualmente DAVID ESBORRAZ, quien al respecto ha indicado: “Cabe señalar asimismo que el Codificador argentino no fue ajeno al concepto de ‘sorpresa’, al cual hizo referencia incidentalmente al ocuparse en el art. 775 del Cód. civ. arg. de la ‘imputación del pago por el acreedor’”. ESBORRAZ, David F. “Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas en el Proyecto de Código civil y comercial (algunas reflexiones comparativas con el derecho italiano)”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año XVI, No. 7, La Ley, Buenos Aires, 2014. p. 29, nota, 77.

¹²³³ GUILIARTE GUTIÉRREZ, Vicente. *El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia de su no incorporación*, op.cit. p. 1129.

Al respecto, es menester señalar que, ha sido precisamente acudiendo a principios y conceptos jurídicos, de suyo más conocidos y reconocidos, que en diferentes ordenamientos jurídicos los tribunales han buscado suplir la ausencia de una norma que expresamente autorice el rechazo de las cláusulas sorprendivas, por medio de la edificación de una regla jurisprudencial que permita la correcta consecución de este propósito. Claro ejemplo de ello puede ser hallado en el caso del ordenamiento jurídico suizo -el que lo ha hecho principalmente sustentándose en la ‘regla de la inusualidad’- y el griego¹²³⁴ -el que ha dado cabida a la prohibición de clausulados sorprendivos e inusuales fundamentándose principalmente en el ‘principio de claridad’ y más particularmente del ‘principio de la previsibilidad’-¹²³⁵, los cuales, sustentándose en la aplicación de principios y conceptos jurídicos más generales, y a través de la hermenéutica judicial, han hallado un modo de combatir la incorporación de estipulaciones insólitas o inusuales en el ámbito de la contratación predisputa, lo cual debe ser entendido como una concreta manifestación de la lucha contra las cláusulas sorprendivas.

En un mismo sentido, y tal como pudimos anticiparlo, una muestra paradigmática de esta tendencia que se ha verificado a nivel internacional, la cual se inclina por introducir la esencia de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas por la vía jurisprudencial, la encontramos en el caso del ordenamiento jurídico español, en el cual, a pesar de que en un inicio se le habrían cerrado las puertas a la expresa incorporación legislativa de esta regla, -ello al amparo de argumentos, no del todo convincentes, los cuales expusimos en su momento-, en los últimos años, tanto la doctrina como la jurisprudencia oriunda de este sistema jurídico ha reconocido que el principio axial de la buena fe se instituye como un instrumento idóneo e ideal para lograr ‘blindar’ los acuerdos contractuales ante pactos sorprendivos que puedan llegar a alterarlos, o, inclusive, a desnaturalizarlos¹²³⁶.

Al respecto, ha sido el mismo Tribunal Supremo español el que, con ocasión de un pronunciamiento fechado el 3 de junio del año 2016, y sustentándose en los artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio, de los cuales se desprende aquella formulación de naturaleza iuspositivista según la cual los contratos obligarán a todas aquellas consecuencias que, según su naturaleza, se encuentren conformes con la buena fe, acervaría que, “puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato,

¹²³⁴ La jurisprudencia griega, fundamentándose en el principio general de la buena fe y en el deber de información, ambos consagrados respectivamente en los artículos 200 y 288 del Código Civil griego, ha sostenido que las cláusulas contractuales que sean inusuales no serán vinculantes para el co-contratante cuando lo posicionen en una situación significativamente menos favorable de aquella que se desprende de las normas dispositivas, a menos que fuesen conocidas por este último antes de contratar o que las mismas fuesen los suficientemente evidentes para haber llamado correctamente su atención. GHESTIN, Jaques & MARCHESSAUX, Isabelle. “Les techniques d’élimination des clauses abusives en Europe”, en *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, LGDJ, 1991. pp. 22 y 23.

¹²³⁵ KARAMPATZOS, Antonios G. & KOTIOS, Charalampos A. “Information obligations and disinformation of consumers: greek law report”, en *Information obligations and disinformation of consumers*, Springer, 2019. p. 261.

¹²³⁶ Así, el profesor FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ ha indicado que, “La regla expresa una exigencia concreta del deber de buena fe: es contrario a la buena fe aprovecharse del poder de predisposición para introducir mediante condiciones generales, cuyo contenido es típicamente desconocido por el cliente, cláusulas cuya existencia no podía ser razonablemente esperada por aquél y que suponen una frustración de sus expectativas legítimas sobre el contenido del contrato”. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, op.cit. p. 194.

es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, *es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato (...)* Así, el artículo 1.258 CC *ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes*, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc.- se derivan de la naturaleza del contrato). En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (...)" (se destaca), siendo esta una interpretación que sería reiterada al pie de la letra por parte del alto tribunal español en sentencia del 30 de enero de 2017¹²³⁷.

Así mismo, otro elocuente ejemplo del potencial con el que cuentan algunos principios generales del Derecho, particularmente el de la buena fe, para legitimar la expulsión del reglamento contractual de estipulaciones que encunan el elemento sorpresa, puede ser hallado en el mismo ordenamiento jurídico alemán, en el cual, con antelación a que la normativa relativa al control de las condiciones generales de la contratación se hiciese extensiva al contrato de trabajo, el Tribunal Federal del Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*) ya habría dado lugar a la aplicación de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas en el escenario del Derecho laboral, sustentándose para ello en el argumento de que dicha regla se deriva en el principio general de la buena fe, el cual cuenta con una aplicación indistinta en todos los regímenes del ordenamiento jurídico¹²³⁸.

Un fenómeno similar se puede corroborar en el escenario del Derecho latinoamericano, particularmente en el caso del Derecho brasileño, en el que, en un inicio, por intermedio de la promulgación de su Código de Defensa del Consumidor, se intentó integrar la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, aunque se habría hecho perfilándola en el ámbito del control de contenido, es decir, incorporando la naturaleza sorpresiva de una cláusula como un supuesto configurador de abusividad, a través del inciso V del artículo 51 del mencionado Código, el que, inspirándose en la fórmula de la § 3 de la AGB-Gesetz alemana -en su momento vigente-, disponía que, deberán ser consideradas como nulas todas aquellas cláusulas que, según las circunstancias, y particularmente en consideración de la apariencia global del contrato, llegaran a sorprender al consumidor con posterioridad a la celebración del contrato.

No obstante lo anterior, tal disposición fue objeto de un veto por parte de la Presidencia de la República que impidió su integración normativa al sistema jurídico brasileño, el cual se justificó en el hecho que se llegó a considerar que el contenido de tal disposición se encontraba comprendido por parte del inciso IV del artículo 51 del Código de defensa del consumidor, el que, bajo una formulación sumamente amplia y flexible, incorporó una cláusula general por medio de la cual se sancionan todas las estipulaciones que establezcan obligaciones que puedan considerarse desleales, abusivas o que coloquen al consumidor en una situación de desventaja exagerada, o que sean incompatibles con la buena fe o equidad.

¹²³⁷ Tribunal Supremo español, sentencia STS 367/2016, del 30 de enero de 2017, y sentencia STS 57/2017, del 30 de enero de 2017.

¹²³⁸ DÄUBLER, Wolfgang. "§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln", en *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2014. p. 98, y STOFFELS, Markus. *Der Schutz vor überraschenden Vertragsbestimmungen*, op.cit. p. 159.

Sin embargo, a pesar de la existencia del referido veto, la doctrina ha sido determinante al indicar que este tipo de estipulaciones se encontrarán igualmente prohibidas en el marco del sistema jurídico brasileño, pues contravienen elevados principios y postulados que rigen en el mismo¹²³⁹, los cuales, por lo demás, se encuentran expresamente tipificados en la cláusula general previamente referida.

Por su parte, la jurisprudencia brasileña a lo largo de los últimos lustros, y sustentándose en la visión preponderante sostenida por la doctrina, en forma algo ‘tímida’, paulatinamente le ha dado un acogimiento explícito a la regla de las cláusulas sorprendivas, valiéndose para ello de conceptos cardinales como lo son el de la buena fe, la transparencia y la información contractual, ello al amparo de lo preceptuado por parte del artículo 51 del Código de Defensa del Consumidor¹²⁴⁰. Así, como muestra de lo anteriormente señalado, puede hacerse referencia a un llamativo pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia brasileño, proferido en el año 2012, en el cual se determinó que, el Código del consumo “prohíbe categóricamente las llamadas cláusulas sorpresa, cuya abusividad deriva de su artículo 51 (...) Este tipo de cláusulas comprometen la calidad del consentimiento del consumidor, ya que pueden definirse como aquellas que, según la apariencia general del contrato, sorprenden al consumidor”¹²⁴¹.

A la luz de todo lo hasta aquí expuesto, puede corroborarse que, en la actualidad, teniendo en plena consideración los nuevos y llamativos derroteros por los cuales el moderno -o post moderno- Derecho de contratos circula, así como también el trascendente redimensionamiento que han adquirido los conceptos y principios jurídicos de naturaleza flexible (conceptos válvula) en la hora de ahora, cada vez resulta más factible que en cada ordenamiento jurídico se logren filtrar, por medio de la práctica judicial, los benignos vientos que buscan expurgar los indecorosos efectos que se desprenden de la sorprendividad en el escenario contractual. De este modo, será en virtud del constante apelo a la principialística por parte de la jurisprudencia que, podrá llegar a individuarse un auténtico multiplicador del espectro aplicativo de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas, por medio del cual se podrá dar lugar a que esta llegue a contar con un mayor grado de aceptación a nivel internacional, concretamente en el caso de aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales, pese a que la materia no ha gozado de una regulación expresa, cuentan con un vasto arsenal de principios y conceptos jurídicos cuya aplicación legitimará el indefectible rechazo de esta tipología de clausulados.

¹²³⁹ Al respecto, el reconocido profesor de la Universidad Católica de São Paulo, NELSON NERY JUNIOR, ha puesto de manifestó que “O inciso que previa a proibição das cláusulas-supresa (Überraschende Klauseln), por deliberada inspiração no § 3º da AGB-Gesetz alemã, foi vetado pelo presidente da República, o que não significa que esas cláusulas estejam admitidas. Muito ao contrário, continuam proibidas, porque contrárias à boa-fé, ao dever de informação do fornecedor, ofendem o direito de informação adequada do consumidor e o sistema de proteção do consumidor como um todo (...)”. NERY JUNIOR, Nelson. *Da proteção Contratual*, op.cit. p. 587.

¹²⁴⁰ Así lo ha puesto de presente el profesor de la Universidad Federal de Rio Grande del Sur, BRUNO MIRAGEM, quien, de forma precisa, ha indicado que la jurisprudencia brasileña, en un modo tímido, ha reconocido el carácter abusivo de las cláusulas sorprendivas (*cláusulas surpresa*), el cual estriba no en la alteración del equilibrio contractual propiamente concebido, sino más bien en la violación del deber de información en perjuicio del consumidor. MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, op.cit. pp. 411 y 412.

¹²⁴¹ Traducción libre. Tribunal Superior de Justicia de Brasil, recurso especial n° 1.344.967-SP (2012/0094501-1). En un sentido similar puede consultarse el recurso especial n° 1.595.731 -RO (2016/0090369-0).

Lo anterior podrá tener lugar especialmente en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, en el que, tal y como lo hemos manifestado, el áureo principio de la buena fe ha llegado a encontrar un sitio expreso por parte del artículo 83 de nuestra vernácula carta política, lo que ha permitido que, al ser revestido por los prominentes ropajes de la constitucionalidad, este último haya llegado a adquirir una jerarquía y un rango superior, lo cual impide que actuaciones o comportamientos que se contrapongan al mismo puedan tener cabida en nuestro sistema jurídico.

En este sentido, cabe destacar que, si bien la jurisprudencia colombiana hasta la fecha no parece haber brindado un tratamiento específico a la cuestión relativa a las cláusulas sorpresivas, es posible verificar algunos acercamientos a la materia en sede arbitral, en donde, por lo menos en lo que respecta a los denominados contratos por adhesión, se ha considerado que la inclusión de clausulados por medio de los cuales se pretenda “incluir elementos accidentales inesperados o sorpresivos”, implica indiscutidamente una “infracción a las exigencias de la buena fe”, lo cual supone “que está descartada la posibilidad de justificación y/o de razonabilidad” de este tipo de estipulaciones¹²⁴².

Siguiendo esta línea de cosas, es factible considerar que, en todo ordenamiento jurídico en cual rijan principios, preceptos o conceptos, tales como lo son, la buena fe, la protección de la confianza legítima, la transparencia contractual, la protección del consentimiento ante los vicios de la voluntad, la lucha contra el abuso del derecho, así como también la integración de particulares deberes como el de información, cooperación y el de coherencia¹²⁴³, entre otros más, -lo cual representa la regla general en el marco del Derecho comparado- será posible dar cabida, al menos en un modo indirecto a su vez que extensivo, al recto rechazo de clausulados que cuenten con una naturaleza sorpresiva.

Ahora bien, sin pretender desconocer que es posible abstraer la esencia del rechazo a la sorpresividad recurriendo a principios y conceptos como los anteriormente referidos, en nuestra opinión la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas no se agota intramuros de los mismos, por lo que no puede ser considerada como una simple tipificación o positivización de ellos, sino que, muy por el contrario, su alcance contenido y especificidad hacen que

¹²⁴² Al respecto, en laudo arbitral proferido el 15 de mayo de 2013 se habría determinado que, “las cláusulas abusivas pueden estar presentes en cualquier contrato y no solo en los de adhesión o negocios tipo, siendo éstos más propicios para que quien predefine los contenidos negociales, introduzca estipulaciones que pretenden alterar la naturaleza del correspondiente contrato mediante la exclusión de asuntos que según el principio de buena fe deben entenderse en él incorporados, o incluir elementos accidentales inesperados o sorpresivos a la luz de tal principio. La infracción a las exigencias de la buena fe supone que está descartada la posibilidad de justificación y/o de razonabilidad de la estipulación, lo cual debe apreciarse tomando como referencia la relación de fuerzas de negociación existente al tiempo que se formalizó el contrato”. Tribunal de Arbitramento de Llama Telecomunicaciones S.A., v. Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., del 15 de mayo de 2013. Arbitros: Andrés Fernández de Soto, Alfonso Ramírez Valdivieso, y Santiago Jaramillo Villamizar.

¹²⁴³ Cabe destacar que, en que respecta al ordenamiento alemán, la doctrina ha puesto de presente que aun con antelación de la integración de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, su normativa ya protegía al adherente ante la inclusión de cláusulas sorpresivas por intermedio de la aplicación de normas más generales consagradas en su Código Civil, cuya aplicación se reconocía igualmente en ámbito de la contratación sujeta a condiciones generales, de este modo, para justificar la no inclusión de este tipo de cláusulas, se emplearían argumentos tales como: la ausencia de un consentimiento de este tipo de clausulados por parte del adherente, el incumplimiento del deber de informar por parte del predisponente, y la posible materialización de un error como vicio. Al respecto, LÖWE, Walter, VON WESTPHALEN, Fridrich Graf & TRINKNER, Reinhold. §3 *Überraschende Klauseln*, op.cit. p. 82, LOCHER, Horts. *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, op.cit. pp. 50 y 51, y ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. § 305c *Überraschende und mehrdeutige Klauseln*, op.cit. p. 305.

resulte necesario que la misma sea concebida autónomamente, ya que lo que con ella se pretende es integrar de forma específica y contundente un concreto instrumento que se encuentre enderezado a contrarrestar los efectos desestabilizadores de la sorpresa, permitiendo así desincorporar de la relación contractual todas aquellas cláusulas que no logren compaginar con las legítimas y razonables expectativas que un co-contratante pudo haberse formado en un caso particular¹²⁴⁴.

Es por este motivo que, sin pretender demeritar los loables esfuerzos que han realizado la doctrina y la jurisprudencia a nivel internacional, y por medio de los cuales se ha pretendido ofrendar un acogimiento a la regla de las cláusulas sorpresivas a través de una interpretación extensiva de diferentes preceptos o conceptos jurídicos que rigen en los ordenamientos legal y constitucionalmente vigentes, los cuales solo pueden ser merecedores de todo nuestro reconocimiento y admiración, creemos que, en aras de lograr garantizar una mayor seguridad jurídica que permita que los sujetos que se encuentran en una situación de indefensión puedan hallar una concreta herramienta que les permita protegerse ante los perjudiciales y perniciosos efectos que se derivan de la sorpresividad en sede contractual, lo más deseable, amén que conveniente, sería que se le abriesen las puertas, de par en par, a un concreto y explícito acogimiento normativo de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, lo cual se encontraría en plena armonía con una indiscutida tendencia que, como hemos podido verificar, cada vez más se abre campo en el Derecho internacional.

En este sentido, podemos afirmar que, tal y como ha llegado a concluir la acreditada profesora brasileña, CLAUDIA LIMA MARQUES, “Realmente es necesario aprender del Derecho comparado que el contrato no debe ofrecer sorpresas, ni crear expectativas que luego serán fuertemente defraudadas. La base aquí es el principio de buena fe”¹²⁴⁵.

Tomando en consideración todo lo reseñado hasta este punto, es posible verificar que, en el campo internacional se ha perfilado una línea tendencial, la cual cada vez parece hacerse más acentuada, que se ha inclinado por incorporar en los diferentes sistemas jurídicos, mecanismos remediales que inscriben en la lucha contra la sorpresividad, particularmente cuando esta hace gala a través de clausulados que de forma subrepticia pretenden ingresar al terreno contractual, pudiendo considerarse así que ello representa uno de los más novedosos paradigmas tuitivos que, en la hora de ahora, se han venido a articular tanto en el plano del Derecho del consumo, como en el del denominado ‘nuevo Derecho contractual’ a nivel global.

En efecto, el hecho que la regla de las cláusulas sorpresivas, de uno u otro modo, cuente en la actualidad con un acogimiento por parte de más de once sistemas jurídicos, tanto nacionales como supranacionales, alrededor de todo el globo terráqueo, constituye una muestra irrefutable de lo dicho en precedencia.

¹²⁴⁴ Una discusión sobre este particular se habría desempeñado en el marco de la doctrina alemana, ya que, en opinión del reconocido profesor PETER SCHLOSSER la tipificación por parte de la § 3 AGB-Gesetz -hoy § 305c BGB- representaría únicamente una concreta declaración positiva de principios generales que rigen en el derecho contractual, siendo esta una visión que sería rebatida por el, no menos reconocido, profesor de la Universidad de Trier, WALTER F. LINDACHER, en opinión del cual dicha disposición no debe ser concebida como una simple manifestación positiva de concretos principios generales, sino que, en adición, deberá entenderse que materializa un desarrollo ulterior de los mismos, el cual se explaya más allá de los confines que se le suelen atribuir a estos últimos. Así, SCHLOSSER, Peter. *§ 3 Überraschende Klauseln*, *op.cit.* p. 125, y LINDACHER, Walter F. *§ 3 Überraschende Klauseln*, *op.cit.* pp. 124 y 125.

¹²⁴⁵ Traducción libre. LIMA MARQUES, Claudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, *op.cit.* p. 1080.

Así las cosas, es sustentándonos en todo lo anteriormente expuesto que, creemos conveniente y necesario exhortar a que en un futuro, particularmente en el ámbito de los venideros proyectos normativos -nacionales e internacionales-, a los diferentes legisladores a que, abandonado viejos -y no del todo justificados- temores, le otorguen finalmente una merecida y necesaria carta de ciudadanía a la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas en el marco normativo, pues la experiencia internacional no ha hecho más que indicarnos que este es el camino más adecuado.

En este sentido es conveniente tener presente el caso de algunos ordenamientos jurídicos, tales como el español y el brasilero, en los cuales, como se anotó, en un principio se negó la posibilidad de darle un expreso acogimiento a nivel legislativo a la regla nugatoria de las cláusulas sorpresivas, pues se consideró en su momento que esta sería la decisión más adecuada, y que, en un estadio posterior, como fruto de un proceso evolutivo que se ha evidenciado en materia del Derecho contractual, y en atención de la abrupta discordancia que se predica del elemento sorpresa frente a elevados postulados que predominan en la actualidad en los sistemas legales y constitucionalmente vigentes, la jurisprudencia de estos ordenamientos tuvo que entrar a suplir el vacío que habría dejado el legislador en la materia, procurando así por integrar, por la vía pretoriana, una necesaria protección ante los pérfidos efectos que se desencadenan de la sorpresa en el ámbito contractual, aun en ausencia de una norma que expresamente así lo habilite o determine. Todo lo cual solamente da muestras que hubiese sido más conveniente si desde un principio se hubiesen acogido legislativamente la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, favoreciendo con ello la justicia y la seguridad en sus sistemas jurídico.

CONCLUSIONI

I

La sorpresa, pur essendo una figura che, in linea di principio, si materializza al di fuori del Diritto, ha un potenziale sufficiente per trascendere questa sfera e quindi ha un'entità concettuale con una componente tecnico-giuridica, che le conferisce una propria autonomia e una connotazione singolare rispetto alle altre concezioni che si hanno di essa, il che spiega che la stessa sia caratterizzata da suoi propri profili e contorni che la caratterizzano e la differenziano da altre figure concettuali che si sviluppano anche nella sfera giuridica.

In questo senso, partendo dell'assunto che la classificazione più fondamentale dei fenomeni ai quali di solito si assegna rilevanza giuridica ruota intorno agli interessi dell'essere umano, e che la sorpresa è un fenomeno cognitivo che ha una indiscutibile e inseparabile relazione simbiotica con la persona, a partire dalla quale, in certe occasioni, si producono sensazioni interiori, anche di delusione e frustrazione, si può capire come la figura in questione ha un potenziale sufficiente per acquisire rilevanza nel campo del Diritto, più specificamente del Diritto dei Contratti, e in particolare nel campo del Diritto dei consumi, in cui lo studio degli aspetti e dei fattori soggettivi propri dell'individuo – ove rilevanti – acquistano un grande significato, spesso a causa della sua ben nota situazione di vulnerabilità che caratterizza il contraente debole.

II

Contrariamente a quello che si pensa di solito, la sorpresa è un istituto giuridico con un'ampia ascendenza storica, che emerge all'inizio del XVI secolo, trattandosi di una nozione che fu oggetto di uno speciale trattamento da parte di alcuni dei più noti giuristi dell'epoca, specialmente dai famosi giuristi francesi JEAN DOMAT e ROBERT JOSEPH POTHIER, che arrivarono a rappresentarla come una specie di vizio o 'imperfezione' potenzialmente in grado di eclissare la volontà, essendo questa un'idea che, in un certo modo, sarebbe stata ripresa da un numero importante di codificazioni civili, specialmente nello scenario latinoamericano in occasione dello sviluppo dell'istituto dell'imputazione del pagamento effettuato da parte del creditore, poiché si è capito che, se un debitore di diverse obbligazioni accetta una ricevuta in cui appare una certa imputazione, non può in seguito pretendere che la stessa sia fatta su un altro debito, a meno che non ci sia stato 'dolo o sorpresa da parte del creditore'.

In questa prospettiva, a causa dell'attuale diffuso disconoscimento delle profonde radici storiche di questa figura, riteniamo che essa possa essere considerata, *mutatis mutandis*, come una sorta di 'anello mancante' *iuris*, la cui corretta comprensione risulterà essenziale per comprendere una serie di realtà e istituti giuridici, la cui essenza e giustificazione potrebbe essere spiegata in un modo migliore avendo consapevolezza dell'esistenza, del significato e del valore di questo menzionato 'anello'.

III

Al fine di attribuire uno status legittimo alla sorpresa nella sfera giuridica, è essenziale che il suo concetto sia attentamente demarcato e la sua portata delimitata, altrimenti si rischierebbe di introdurre una componente tossica di insicurezza e incertezza, dannosa per qualsiasi sistema giuridico, motivo per cui riteniamo che sia più conveniente attenersi al concetto di 'sorpresa *giuridicamente rilevante*', sul quale sarà possibile fondare e giustificare una risposta opportuna agli effetti perfidi e destabilizzanti che emergono da una sorpresa che altera de plano il rapporto negoziale, quando la stessa, oltre ad avere una specifica trascendenza, in chiaro contratto con la buona fede, genera un pregiudizio ingiustificato ad una delle parti del rapporto, la quale, usando una diligenza media, non avrebbe potuto ragionevolmente prevedere il fatto o l'azione generatrice della sorpresa.

In questo ordine di idee, la 'sorpresa giuridicamente rilevante', correttamente intesa, si traduce in un concetto adeguato, oltre autonomo, trasversale e comprensivo nell'ambito del Diritto contrattuale, *in genere*, seguendo alcune linee guida fondamentali che permettono di delimitarlo e specificarlo, evitando così 'salti concettuali all'infinito', e permettendogli a quest'ultimo di inserirsi meglio nella logica stessa dei nostri sistemi giuridici, senza mettere in pericolo la certezza giuridica che, di regola, li caratterizza.

IV

Affinché la sorpresa abbia un impatto nella sfera del diritto e, in virtù di ciò, acquisisca una connotazione e rilevanza giuridica, così come il suo conseguente rifiuto, è necessario che siano soddisfatte determinati presupposti. Così, in linea di principio, deve: i) dar luogo alla produzione di effetti negativi o dannosi per il soggetto che la subisce (il sorpreso), fermo restando che tutte quelle sorprese che sono positive o, almeno, innocue, non meriteranno rimprovero o macchia in quanto non sono antiggiuridiche; ii) avere un certo significato o entità, in modo che una sorpresa che, sebbene negativa, non abbia sufficiente importanza o significato, non dovrà nemmeno essere rifiutata; iii) trasgredire, come minimo, i canoni di condotta che derivano dalla buona fede, concependola in un senso più ampio (come dovere di condotta) e non limitato semplicemente all'idea di assenza di malafede; e, iv) conformarsi a degli standard oggettivi che permettano di determinare che una persona ragionevole, agendo con normale diligenza, e posta nelle stesse circostanze in cui si troverebbe il soggetto sorpreso, non avrebbe potuto anticipare o prevedere il fatto o l'azione che ha dato luogo a tale sorpresa.

V

L'idea del rifiuto alla sorpresa grazie allo sviluppo storico e ai cambiamenti registrati nella seconda metà del XX secolo e nel corso del XXI secolo, si armonizza pienamente con i nuovi orientamenti e con una buona parte delle linee tendenziali che hanno aperto la strada e hanno dato luogo, giustamente, a una rilettura del Diritto contrattuale in chiave personalista e della sua dignità, tutto ciò trova solido fondamento in elevati postulati assiomatici, alcuni persino di radice costituzionale, e altri legale e comunitaria, che tendono a prevalere nei sistemi giuridici contemporanei. È quello che succede con la buona fede, l'affidamento legittimo, la trasparenza, la certezza del diritto, la solidarietà, ecc., così come con l'esistenza di riconosciuti e specifici doveri comportamentali che sono attualmente richiesti nell'ambito

delle relazioni contrattuali, così, i doveri di cooperazione, di informazione, di chiarezza, di coerenza, di rinegoziazione, di evitare e mitigare i danni, tra gli altri aventi natura simile.

Quanto detto ha così rilevanza che, in virtù dell'alto livello di antagonismo che si predica rispetto agli speciali doveri che emanano dalla buona fede, soprattutto in questi tempi, caratterizzati dalla sua rivitalizzazione ed espansione, da un lato, e dalla sorpresa dall'altro, che consideriamo valido sostenere che nella attualità è possibile affermare che esiste un autentico e autonomo imperativo comportamentale nella sfera contrattuale, la cui essenza si trova nella concreta formulazione di un "dovere di non sorprendere", all'altro o agli altri, vale a dire del co-contrante o degli co-contranti, il che, inoltre, e visto da una prospettiva correlativa, crediamo possa essere articolato con l'idea di un tipico 'diritto a non essere sorpreso', di cui saranno titolari i soggetti al momento di entrare in una relazione contrattuale e a volte durante il loro successivo sviluppo.

VI

Avendo verificato l'esistenza di una sorpresa giuridicamente rilevante, con tutte le implicazioni che ciò comporta, e indipendentemente dalla vasta gamma di alternative correttive possibili, come l'inefficacia, sia *lato* che *stricto sensu*, o l'invalidità, rappresentata sotto i diversi tipi di nullità, o i motivi utilizzati per giustificare l'attuazione di tali meccanismi correttivi, dobbiamo segnalare che, tutto ciò si può riassumere nell'esistenza di varie vie o percorsi che, nonostante abbiano alcune differenze e che la scelta di uno possa essere più conveniente o appropriata a seconda dello scenario giuridico in cui ci troviamo, in realtà portano tutti allo stesso risultato, che racchiude l'essenza stessa di questa nuova figura che abbiamo sviluppato e che si identifica nel corretto e necessario rifiuto della sorpresa giuridicamente rilevante, in particolare nella sfera contrattuale.

VII

Anche se la sorpresa è stata tipizzata da un numero significativo di sistemi giuridici come una sorta di vizio della volontà che colpisce l'imputazione del pagamento effettuato dal creditore, quest'ultima, almeno in teoria, ha il potenziale per essere meglio articolata come un vizio generale che può arrivare a sciogliere la volontà nella sfera di qualsiasi negozio giuridico, trasformandola in una volontà imperfetta o viziata, affiancandosi così ai tre classici e storici vizi del consenso (errore, violenza e dolo), con i quali, pur avendo alcune concomitanze e somiglianze, la verità è che la sorpresa, in quanto sostanziale e autonoma, deve essere chiaramente differenziata, per i suoi propri caratteri che gli sono propri e la caratterizzano e individualizzano, conforme a quello che abbiamo espresso in precedenza.

Così, si può affermare che, sebbene la concezione della sorpresa intesa come vizio generico e trasversale della volontà non riesca ad inserirsi nell'"essere" legislativo (*de lege data*), la stessa può trovare riparo in una proposizione di un conveniente 'dover essere' (*de jure condendo*), tanto che in futuro dovrebbe contare espressamente con un aperto supporto legislativo, dato che attualmente questa figura rappresenta una sorta di 'vizio potenziale', o, come alcuni settori hanno giustamente sottolineato, che si proietta in realtà come un 'nuovo vizio' della volontà in particolarmente nell'ambito del Diritto del consumo.

Nonostante ciò, a nostro avviso, non significa che il suo esame individuale nei domini del Diritto del consumo debba essere necessariamente distaccato dal contenuto, dalla caratterizzazione e dal significato teorico concettuale della sorpresa nella sua visione più

classica e primigenia, forgiata dalla mano della teoria tradizionale dei vizi del consenso, né che il rifiuto alla sorpresa, allo stesso modo, non abbia posto al di fuori delle relazioni di consumo, tenendo conto che, a causa della sua annunciata trasversalità, può irradiarsi ad altri tipi di relazioni negoziali, *verbi gratia* nel caso dei cosiddetti contratti di libera discussione o tra pari, a seconda dei casi. Dopo tutto, il rifiuto della sorpresa, in linea di principio, è generale.

VIII

Alla luce delle vertiginose alterazioni oggi evidenti e percepite nel traffico giuridico degli ultimi decenni, le quali hanno portato a che le modalità e le architetture contrattuali più tradizionali abbiano subito importanti mutazioni ('nuovo paradigma contrattuale'), si è configurato uno scenario che risulta sostanzialmente più propenso a che indesiderati sorprese riescano a infiltrarsi nei canali della contrattazione, talvolta porosi, i cui effetti perniciosi e dannosi non sempre possono essere risolti, almeno in modo adeguato, facendo appello ai più tradizionali meccanismi di tutela della volontà (*vetera*).

In conseguenza di quanto detto, è necessario comprendere che, sebbene esista una pluralità di circostanze che possono dar il via alla manifestazione della sorpresa, è opportuno intenderla come una figura di vocazione essenzialmente protettiva, nella quale possono essere reindirizzate le diverse deformazioni o distorsioni del consenso che si verificano a causa del verificarsi di un evento -o circostanza-, o che, oltre ad essere pregiudizievole per uno dei soggetti del rapporto contrattuale, è legittimamente e ragionevolmente inatteso, e imprevedibile, e quindi sorprendente, poiché in tutti questi casi è presente la stessa anomalia che porta alla disarticolazione della struttura razionale su cui è costruito il processo decisionale del soggetto che la subisce, il quale mette in evidenza la necessità di una reazione dell'ordinamento giuridico, volta a tutelare il soggetto che è stato sorpreso.

In quest'ordine di cose, tra altri supposti, la sorpresa rappresenta una sorta di denominatore comune nel Diritto dei consumi, con riferimento ai cosiddetti contratti conclusi fuori dai locali commerciali e dei contratti a distanza, poiché, anche se è vero che l'elemento sorpresa può avere una maggiore o minore influenza nell'una o nell'altra ipotesi, e che può variare anche il modo in cui lo stesso viene esternato, non si può perdere di vista il fatto che la deformazione del consenso, così come la frustrazione che si genera in conseguenza di essa, non è diversa, motivo per cui, *stricto sensu*, ci troveremo di fronte a una stessa anomalia contrattuale.

IX

La regola proibitiva delle clausole a sorpresa, intesa come una delle manifestazioni più eloquenti della sorpresa giuridicamente rilevante, costituisce uno dei più potenti e vantaggiosi strumenti di protezione attualmente a disposizione dei contraenti nella attualità, in particolare dei consumatori - tra altri soggetti - che ne saranno i principali beneficiari, perché la sua applicazione può portare al rigetto di una clausola specifica, senza richiedere, inoltre, la verifica effettiva di un abuso tipico o di una sproporzione ostensibile, o l'esistenza di macchinazioni insidiose e dannose, o l'adempimento, in rigore, di tutti i requisiti per poter addurre un errore vizio.

Pertanto, sarà sufficiente corroborare, seguendo determinati parametri oggettivi, che l'elemento sorpresa si è effettivamente verificato e che, pertanto, ha colpito il co-contraente

sorpreso, in chiaro contrasto con la buona fede, con il legittimo affidamento, della protezione con l'esigenza di protezione delle aspettative che i soggetti della relazione negoziale avevano ragionevolmente formato e, in generale, di altre garanzie e diritti appositamente tutelati dal Diritto contemporaneo, sempre più interessato alla persona vulnerabile, specificamente in conseguenza dell'esistenza di relazioni asimmetriche, quando queste si originano dalla mancanza di trasparenza, e dalla violazione della giustizia contrattuale.

X

Sebbene è possibile anticipare l'esistenza di una stretta connessione tra le clausole a sorpresa e le più note e riconosciute 'clausole vessatorie', è proprio nello sviluppo della specificità che emerge dall'elemento sorpresa, la cui entità, debitamente valutata, obbliga ad realizzare una necessaria individualizzazione che, a nostro avviso, riteniamo più conveniente attribuire alle prime un'autonomia concettuale e funzionale rispetto alle seconde, anche se talvolta, a seconda dei casi, possono condividere la stessa sede generale - o nominale - il che è tutta un'altra cosa.

Tuttavia, bisogna riconoscere che non esiste una visione univoca ed uniforme in relazione al dibattito che ruota intorno alla determinazione se le clausole a sorpresa debbano essere regolate in modo autonomo ed indipendente o se, al contrario, debbano essere articolate con la disciplina relativa alle clausole abusive, dato che, in definitiva, si tratta in realtà di una questione di vera e propria politica legislativa, che non si contrappone al dibattito ed all'esame dottrinale e giurisprudenziale, sempre benvenuti. Fermo restando questo, crediamo che ciò che è necessario, sia che si scelga l'uno o l'altro orientamento, è poter affermare che il carattere sorprendente di una clausola, quando questo trasgredisce i canoni derivati dalla buona fede, sarà sufficiente per dar luogo alla sua invalidità, senza che ciò richieda, inoltre, che si compri l'esistenza di uno squilibrio oggettivo contrattuale, la quale si è vista più alterata come conseguenza della emergenza sanitaria che continua affliggendo l'umanità.

XI

La regola proibitiva delle clausole a sorpresa non rappresenta una regola isolata o marginale, come una sorta di patrimonio esclusivo di uno o di pochi sistemi giuridici, dato che, al contrario, si corrobora che l'essenza di questa regola si è aperta un importante percorso negli ultimi anni, già che è stata adottata per un rivelatore numero di moderni strumenti legislativi, e 'pre-legislativi' a livello internazionale, anche trascendendo alla sfera sopranazionale, il che dà conto della rilevanza che la lotta contro la sorpresa ha acquisito nella sfera giuridica globale. Così, tra altri sistemi giuridici che sono stati inclini a introdurre legislativamente l'essenza della regola delle clausole a sorpresa, possiamo evidenziare il caso di: Germania, Austria, Portogallo, Lituania, Estonia, Repubblica Ceca e Argentina, lo stesso può predicarsi anche, già a livello 'sopranazionale', rispetto ai Principi UNIDROIT e alla Proposta di Normativa Comune della Compravendita Europea, a livello 'pre-legislativo' nel caso dell'accreditato progetto spagnolo di modernizzazione del Diritto delle obbligazioni e dei contratti (2009) e il progetto del Codice Mercantile spagnolo (2014).

In senso simile, senza sorpresa, e in modo positivo, si conferma che, attualmente, un numero importante di sistemi giuridici hanno dato spazio alla proscrizione delle clausole a sorpresa, anche in assenza di una norma che così lo specifichi espressamente - il sistema giuridico spagnolo ne è un esempio paradigmatico di quello -, basandosi, a tale fine scopo,

sull'applicazione di altri precetti, postulati, istituzioni o concetti, più conosciuti, essendo questa una linea interpretativa che, in giurisprudenza, ha dato luogo a un vero e proprio estensione dell'idea di rifiuto delle clausole a sorpresa, per quanto, grazie a questo nuovo approccio ermeneutico, la regola in questione potrebbe permeare, anche se indirettamente, la stragrande maggioranza degli ordinamenti giuridici e costituzionali vigenti, senza che ciò si opponga a un intervento diretto del legislatore, che riteniamo auspicabile.

XII

Da una lettura congiunta delle singole manifestazioni della sorpresa giuridicamente rilevante, in associazione con i nuovi orientamenti e coordinate originati da una rilettura del Diritto contrattuale in chiave costituzionale e democratica, il quale ha una natura più sociale e incentrata sulla centralità della persona e della sua dignità, si evince che il rifiuto consapevole e sistematico della sorpresa rappresenta un autentico - e innovativo - paradigma di tutela particolarmente utile di fronte alle nuove sfide del traffico giuridico attuale, il che, inoltre, ha un potenziale indiscutibile per aprirsi uno spazio più importante nel futuro del Diritto contrattuale, anche se non esclusivamente nella sfera del Diritto dei consumatori, nonostante sia vero che in questo ultimo ambito avrà un raggio di applicazione più ampio.

Pertanto, esortiamo con fervore la giurisprudenza, la dottrina e, soprattutto, i legislatori, con il proposito a demarcare e sviluppare sufficientemente la figura, per antonomasia protettiva, che si configura come benefico strumento al servizio della giustizia contrattuale e del rispetto e della salvaguardia dei diritti e delle prerogative delle parti, soprattutto di quelle più vulnerabili, -e di quelli 'iper-vulnerabili'-, il più bisognose di protezione.

BIBLIOGRAFÍA

“State of New-Hampshire. In convention of delegates of the people of the state of New-Hampshire, June the 21.

A Digest of the civil laws now in force in the territory of orleans, whith alterations and amendments, Bradford & Anderson Printers to the Territory, New Orleans, 1803.

A general abridgment of cases in equity, argued and adjudged in the High Court of Chancery, E. and R. Nutt and Gosling, Savoy, 1734.

ACCARIAS, Calixte. *Précis de droit romain*, Librairie Cotillon, Paris, 1891.

ACOLLOAS, Émilie. *Manuel de Droit Civil commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, T II, Librarie-Editeur, Paris, 1874.

Acquis Group, Principles of the existing EC contract law (Acquis Principles): Contract I, Pre-contractual obligations, conclusion of contract, unfair terms, Sellier, 2007.

AGÜERO ORTIZ, Alicia. “Cláusula suelo transparente porque el consumidor tuvo un conocimiento de la misma”, en *“Revista CESCO de Derecho de Consumo”*, Nº 21, 2017.

AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martínez. *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Tecnos, 1991.

AKEROLF, George A. “The market for ‘lemons’: quality uncertainty and the market mechanism”, en *The Quarterly Journal of Economics*, Vol 84, 1970.

ALBALADEJO, Manuel. “Invalidéz de la declaración de voluntad”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 10, Noº 4, 1957.

ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*, Librería Bosch, Barcelona, 1958.

ALBARIAN, Alexis. *De la perte de la confiance légitime en droit contractuel*, mare & martin, Paris, 2012.

ALBIDEZ DOHRMAN, Klaus Jochen. *Primeras observaciones a la propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación*, Diario la Ley, Nº 8172, 2013.

ALBIDEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. “Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control”, en *Derecho contractual comparado*, T II, Civitas, Navarra, 2016.

ALBIEZ DOBRMANN, Klaus. “La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil”, en *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011.

ALFANGE, Dean. “Jeremy Bentham and the codification of law”, en *Cornell Law Review*, Vol 55, 1969.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, Editorial Civitas. Madrid. 1991.

ALFARO GUILA-REAL, Jesús. “Cláusulas abusivas, cláusulas predisuestas y condiciones generales”, en *Anuario Jurídico de la Rioja*, Nº 4, 1998.

ALIGHIERI, Dante. *La divina comedia: discorso preliminare, inferno*, T I, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1888.

ALMIRANTE, D. José. *Diccionario militar, etimológico, histórico, tecnológico*, Cárlos Bailly-Bailliere, Madrid, 1869.

ALONSO PÉREZ, Mariano “La responsabilidad precontractual” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971.

ALONSO PÉREZ, Mariano. “Aproximaciones a la idea de contrato (*Apoteosis y declive de la autonomía privada*)”, en *Responsa iuspetitorum digesta*, Vol V, Ediciones Universidad de Salamanca, 2000.

ALONSO PÉREZ, Mariano. “La autonomía privada y su expresión fundamental, el negocio jurídico”, en *Tratado de Derecho Civil*, T II, Iustel, Madrid, 2014.

ALONSO PÉREZ, Mariano. “La relación médico-enfermo presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la ‘lex artis’)”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.

ALONSO PÉREZ, Mariano. “Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el “Derecho civil de España””, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 36, Nº 4, 1983.

ALPA, Guido. “Quando il segno diventa comando: la «trasparenza» dei contratti bancari, assicurativi e dell’intermediazione finanziaria”, en *I mobili confini dell’autonomia privata*, Giuffrè Editore, 2005.

ALPA, Guido. *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993.

ALPA, Guido. *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 2006.

ALPA, Guido. *Il contratto in generale: principio e problemi*, Giuffrè, Milano, 2021.

ALTERINI, Atilio Aníbal & AMEAL, Oscar José & LÓPEZ, Roberto M. *Curso de Obligaciones*, T I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1982.

ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos civiles, comerciales, de consumo: teoría general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

AMMER, Christine. *The american heritage dictionary of idioms*, Houghton Mifflin Harcourt, Boston, 2013.

ANGELINI, Valentina. *La tutela amministrativa delle clausole vessatorie*, Tesis Doctoral, Università Degli Studi 'Roma Tre', 2015.

ANTONIO BAZZARINI: VOET, Giovanni. *Commento alle pandette*, T V, Coi Tipi di Antonio Bazzarini, Venezia, 1839.

AQUINATIS, Thomae. *Summa contra gentiles*, Ad Salmandrae, Lugduni, 1567.

ARAUCO ALIAGA, Domingo. *Primeros estudios del castellano en la Sierra Central*, Editorial 'La voz de Huancayo', 1982.

ARELA MERINO, Elena. *Los galicismos en el español de los siglos XVI y XVII*, Vol I, Editorial CSIC, Madrid, 2009.

ARRAZOLA, Lorenzo. *Enciclopedia española de Derecho y Administración, ó nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias*, T IX, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1856.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. "Abuso de la posición dominante en los contratos", en *Teoría general del contrato, homenaje al profesor doctor RICARDO L. LORENZETTI*, T II, La Ley, Buenos Aires, 2012.

ASSÚA GONZÁLES, Clara I. "Comentario, art. 7", en *Código Civil Comentado*, Vol I, Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

ATIYAH, Patrick Selim. *An introduction to the law of contract*, Clarendon Press, New York, 1995.

ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*, Clarendon Press, 1997.

AUBEPIN, Henri. *De l'influence de dumoulin sur le législation française*, T I, Cotillon, Paris, 1855.

AUBERT, Jean-Luc. *Le contrat*, Dalloz, Paris, 2005.

AUBRY, Charles & RAU, Charles. *Cours de droit civil français*, T III, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1869.

AUBRY, Hélène. “Un apport du droit communautaire au droit français des contrats: la notion d’attente légitime”, en *Revue internationale de droit comparé*, Vol 57, N° 3.

AUROUX DES PMMIERS, Matthieu. *Coutumes generales et locales du pais et duché de Bourbonnois*, T I, Chez Le Breton Fils, Paris, 1732.

AVBOUX, Jean. *La véritable pratique civile et criminelle des cors ecclésiastiques et officialités*, Chez Hierosme Bobin, Paris, 1685.

ÁVILA, Humberto. *Certainty in law*, Springer, 2016.

AYNÈS, Laurent. “L’obligation de loyauté”, en *Archives de Philosophie du Droit*, T 44, Dalloz, 2000.

AYNÈS, Laurent. “Rapport de synthèse: la confiance en droit privé des contrats”, en *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Paris, 2008.

AYRES, Ian, & SCHWARTZ, Alan. “The non reading problema in consumer contract law”, en *Stanford Law Review*, Vol 66, 2014.

AZAROLA, Enrique. *Proyecto de Código civil para la república del Uruguay*, Imprenta artística de Dorneleche y Reyes, Montevideo, 1895.

AZUNI, Domenico Alberto. *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile*, T I, Glauco Masi, Livorno, 1822.

BACHOVII ECHTII, Reinhardi. *Notarum et animadversionum ad disputationes Hieronymi Treutleri I. C.*, T II, Apud Andream Bingium Bibliopolam, Coloniae Agrippinae, 1653.

BAILEY, Julian. *Construction law*, Vol 1, inroman law, New York, 2016.

BAIN, Alexander. *Mental and moral science*, Longmans, London, 1868.

BALČIŪNĖ, Aurelija. “Unfair contract terms in B2B transactions. The view from a Lithuanian perspective”, *Luslada. Direito*, No. 18, 2017.

BALDASSERONI, Ascanio. *Delle assicurazioni marittime trattato*, T I, Bonducciana, Firenze, 1801.

BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999.

- BALLOW, Henry. *A treatise of equity*, E. And R. Nutt, 1732.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos. *El contrato no-contrato*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.
- BARALT, D. Rafael María. *Diccionario de galicismos, ó sea de las voces, locuciones y frases de la lengua francesa*, Imprenta Nacional, Madrid, 1855.
- BARCA, Alessandro. *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Giuffrè Editore, Milano, 2011.
- BARCELÓ COMPTE, Rosa. *La ruptura del equilibrio inicial del contrato: la ventaja injusta*, en *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, Madrid, 2017.
- BARCELÓ COMPTE, Rosa. *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- BARCELLONA, Pietro. *Porfili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1962.
- BARCIA, Roque. *Primer diccionario general etimológico de la lengua española*, T I, Seix-Editor, Barcelona, 1880.
- BARENGHI, Andrea. “Art. 1469-bis (Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore)”, en *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel condice civile*, Jovense, 1996.
- BARENGHI, Andrea. “I contratti dei consumatori”, en *Diritto civile: obbligazioni*, Vol III, *Il contratto in generale*, T II, Giuffrè Editore, 2009.
- BARENGHI, Andrea. “*I contratti per adesione e le clausole vessatorie*”, en *Trattato di diritto privato europeo*, T III, CEDAM, Padova, 2003
- BARRERA TAPIAS, Carlos Darío & CÉSPEDES RÍOS, Helena Lucía. *La reforma al derecho de los contratos, al régimen general de las obligaciones y su prueba en el derecho civil francés*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2016.
- BASEDOW, Jürgen. “§ Überraschende und mehrdeutiger Klauseln”, en *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H.Beck, München, 2016.
- BASOZABAL ARRUE, Xabier. “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 62, Nº 2, BOE, 2009.
- BATTELLI, Ettore. “I contratti a distanza e i contratti negoziati fuori dai locali commerciali”, en *Diritti e tutele dei consumatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Précis de droit civil*, T II, Librairie du Recueil Général des Lois et des Arrêts, Paris, 1892.

BEALE, Hugh, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, RUTGERS, Jacobien & VOGENAUER, Stefan. *Cases, materials and text on contract law*, Bloomsbury Publishing, 2019.

BELLELLI, Alessandra. *L'imputazione volontaria del pagamento*, CEDAM, Padova, 1989.

BELLOMIA, Valentina. *Responsabilità precontrattuale*, Giuffrè Editore, 2012.

BENÍTEZ CAORSI, Juan J. *La revisión del contrato*, Temis, Bogotá, 2010.

BENÍTEZ CAORSI, Juan. *Solidaridad contractual*, Ubijus, México, 2013.

BENOLIEL, Uri & BECHER, Samuel I. “The duty to read the unreadable”, en *Boston College Law Review*, Vol 60, 2019.

BEN-SHAHAR, Omri. “The myth of the ‘opportunity to read’ in contract law”, en *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, N° 415, 2008.

BERDAGUER, Jaime. “Imputación de la paga”, en *Revista de la facultad de derecho*, N 11, Universidad de la República, Montevideo, 1997.

BERGER, K.P. “§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln”, en *BGB Kommentar*, Luchterhand Verlag, Köln, 2016.

BERLIOZ, Georges. *Le contrat d'adhésion*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1973.

BERMEJO BERROS, Jesús & LÓPEZ DÍEZ, Jaime. “Estudios de los efectos psicofisiológicos, cognitivos y emocionales de la sorpresa audiovisual publicitaria mediante triangulación metodológica”, en *Actas del 2º Congreso Nacional sobre Metodología de la Investigación en Comunicación y del Simposio Internacional sobre Política Científica en Comunicación*, Segovia, 2013.

BERNAL FANDIÑO, Mariana. *El deber de coherencia en el Derecho colombiano de contratos*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2013.

BERTEA, Stefano. *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Catanzaro, 2002.

BETTI, Emilio. *Teoria general del negozio giuridico*, UTET, 1960.

BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*, T I, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1953.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile: il contratto*, T III, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

BIANCA, Cesare. *Diritto civile. l'obbligazione*, T IV, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

BIGIAMI, Walter. “Dolo e «sorpresa» nell'imputazione dei pagamenti”, en *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, Padova, I, 1970.

BILAIN, Antonie. *Traite des droits de la reyne, tres-cherstienne sur divers estats de la monarchie d'Espagne*, Imprimerie Royale, Paris, 1667.

BISQUERRA, Rafael. Universo de emociones, en *Inteligencia emocional y bienestar II*, Universidad San Jorge, Zaragoza, 2016.

BLASI, Augusto & ORESICK, Robert J. “Emotions and cognitions in self-inconsistency”, en *Thought and emotion*, Psychology Press, New York, 1986.

BOCCHINI, Fernando & QUADRI, Enrico. *Diritto privato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016

BOETSCH GILLET, Cristián. *La buena fe contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011.

BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las obligaciones*, T IV, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986.

BOIER, Philbert. *Le stile de la Cour de Parlement, souveraine & capitale du Royaume de France*, Claude de Montroeil, Tours, 1591.

BOITI, Cristiana. *Trasparenza e contratti del turismo organizzato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.

BONJEAN, Bernard. “Le droit à l'information des consommateurs”, en *L'information en Droit privé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1978.

BORDA, Alejandro. “La buena fe en la etapa precontractual”, en *Vniversitas*, N° 129, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2014.

BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina*, en *Venire contra factum proprium*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Santiago de Chile, 2010.

BORDA, Alejandro. *Los vicios del consentimiento y en especial el vicio de la lesión: apuntes sobre el proyecto de Código Civil de 1998*, AR/DOC/158822/2001.

BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho civil: parte general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

BORDHEAD, Jacob. *The constitutions of the United States, according to the lasts amendments*, Press of Carey, Philadelphia, 1791.

BORNIER, Philippe. *Conferences des ordonnances de Louis XIV, Roy de France et de Navarre*, T I, Chez les Associez choisis par ordre de Sa Majeste, Paris, 1678.

BORSARI, Luigi. *Commentario del Codice civile italiano*, Vol III, Parte seconda, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1877.

BOUVIER, John. *A law dictionary adapted to the constitution and laws of the United States of America*, Vol II, George W. Childs, Philadelphia, 1868.

BOYER, Abel. *Dictionnaire royal françois et anglois*, T I, Chez Adrian Moetjens, La Haye, 1702.

BOZZI, Giuseppe. “Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio”, en *Diritto civile*, Vol 3, Giuffrè Editore, 2009.

BRACA, Alessandro. *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Giuffrè Editore, 2011.

BRADGATE, Robert. “Contracts, contract law and reasonable expectations”, en *Commercial law and commercial practice*, Hart Publishing, Oxford, 2003.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*, Editora Saraiva, 2009.

BRAVO, Fabio. “I contratti a distanza nell’evoluzione del diritto privato europeo”, en *I contratti del consumatore*, Giuffrè Editore, Milano, 2014.

BRECCIA, Umberto. “La contrattazione su valori mobiliari il controllo della contrattazione «sorprendente»”, en *La vendita “porta a porta” di valori mobiliari*, Giuffrè Editore, Milano, 1992.

BRECCIA, Umberto. “Prospettive nel diritto dei contratti”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2-3, 2001.

BRECCIA, Umberto. *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, A. Giuffrè, 1968.

BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1991.

BRIDGE, Michael. “The UK sale of goods act, the CISG and the Unidroit Principles” en *The international sale of goods revisited*, Kluwer Law International, La Haya, 2001.

BRIGHTLY, Frederick. *A Digest of the decisions of the courts of the State of New York*, Vol I, Banks & Brothers, New York, 1880.

BRISSON, Barbabe & LE CARON, Louis Charondas. *Le Code du Roy Henry III. Roy de France et Pologne*, Chez la veuse de Sebastien Nivelles, Paris, 1605.

BRODEAU, Julian. *Recueil d'aucuns notables arrêts donnez en la Cour de Parlement de Paris*, Chez Abel L'angelier, Paris, 1616.

BROWNSWORD, Roger. *Contract law: themes for the twenty-first century*, Oxford Press, 2009.

BROX, Hans & WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, C.H. Beck, München, 2018.

BUDÉ, Guillaume. *Forensium verborum & loquendi gerum quae sunt à Guilielmo Budaeo proprio commentario descripta Gallicia de foro Parsiensi sumpto interpretatio, Gallicus forensium verborum index*, Ex officina Rob. Stephani typographi Regii, Lutetiae, 1545.

BÜLOW, Peter & ARTZ, Markus. *Verbraucherprivatrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2018.

BUONOCORE, Vincenzo. "Contratti del consumatore e contratti d'impresa", en *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, Padova, I, 1995.

BURGO, Damián. *La sorpresa jurídicamente relevante en el ámbito del derecho privado*, en *E.D.*, 185, Buenos Aires, 1999.

BURRILL, Alexander. *A law dictionary and glossary*, Vol I, Baker Boorhis & Co., Law Publishers, New York, 1867.

CALAIS-AULOY, Jean & TEMPLE, Henri. *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2010.

CALAIS-AULOY, Jean & TEMPLE, Henri. *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2014.

CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, Paris, 2005.

CALVARI, F., PUTTI, P.M. & SCARPELLO, A. "I contratti del consumatore", en *I diritti dei consumatori*, T I, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009.

CAMACHO PEREIRA, Consuelo. "Comparativa de la regulación de la integración de la publicidad en el contrato con consumidores, en el TRLGDCU y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea", en *InDret*, 2012.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas*, Versión escrita de la conferencia pronunciada el 26 de marzo de 2015 en la Academia Matritense del Notariado, 2015.

CAMARDI, Carmelita. *Certeza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017.

CAMILLERI, Enrico. *Imputazione di pagamento, datio in solutum, quietanza*, Giuffrè, 2017.

CAMPAGNA, Marco Francesco. “Note sulla trasparenza del contratto”, en *Contratto e impresa*, Vol 31, N° 4-5, 2015.

CANGIANO, Saverio. *Lezioni di diritto positivo secondo il Codice per lo Regno delle due Sicilie*, Vol II, Tipi di Francesco Azzolino, Napoli, 1842.

CANGIANO, Saverio. *Lezioni di diritto positivo secondo il Codice per lo Regno delle due Sicilie*, Vol II, Tipi di Francesco Azzolino, Napoli, 1842.

CANTILLO, Michele. *Le obbligazioni*, T I, UTET, 1992.

CAÑIZARES LASO, Ana. “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, en *Revista de Derecho Civil*, Vol II, N° 3, 2015.

CAPOBIANCO, Enrico, MEZZASOMA, Lorenzo, & PERLINGIERI, Giovanni. *Codice del consumo: annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

CARATHÉODORY, Alexandre. *De l'erreur en matière civile d'après le droit romain*, Typographie Charles Noblet, Paris, 1860.

CARBALLO FIDALGO, Martha. “Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva. La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles”, en *InDret*, N° 1, 2019.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil: les obligations*, Presses Universitaires de France, Paris, 1994.

CARBONNIER, Jean. *Flexible droit*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1983.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “Causa extraña como eximente de responsabilidad”, en *Derecho de las obligaciones*, T II, Vol I, Temis, Bogotá, 2010.

CÁRDENAS MEJIA, Juan Pablo. “Justicia y abuso contractual”, en *Los contratos en el derecho privado*, Legis, Bogotá, 2007.

CÁRDENAS MEJIA, Juan Pablo. *Contratos: notas de clase*, Legis, Bogotá, 2021.

CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano Editore, 1945.

CARRANZA, A. Jorge. “El dolo-vicio de la voluntad en el Derecho civil argentino”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 26, N° 2, 1973.

CARRASCO PERERA, Ángel. “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, N° 7, 2013.

CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

CARRIERO, Giuseppe. “Vendite a distanza, informazione precontrattuale disciplina comunitaria: la tutela del consumatore dei servizi finanziari” *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Giuffrè Editore, Milano, 2001.

CASARES, Julio. *Introducción a la lexicografía moderna*, Editorial CSIC, Madrid, 1992.

Cases argued and decreed in the High Court of Chancery, Published by O. Halsted, New York, 1828.

Cases decided in the Court of Session, and also in the Court of Justiciary and House of Lords, Scottish Council of Law Reporting, 1943.

Cases determined in the Courts of Equity from 1783 to 1796 inclusive, Vol 1, Reed and Hunter Law Booksellers, 1816.

CASTÁN TOBEÑAS, José. “Hacia un nuevo derecho civil”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Reus, Madrid, 1933.

CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral*, T III, Reus, Madrid, 1974.

CATAUDELLA, Antonio. *I contratti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019.

CATTANEO, Vincenzo. *Il Codice civile italiano annotato*, Dalla Società l'unione Tipografico-Editrice, Torino, 1865.

CAZEAUX, Pedro Néstor & TRIGO REPRESAS, Félix Alberto. *Derecho de las obligaciones*, Vol 3, Librería Editorial Platense, La Plata, 1975.

CEDON, Paolo. *Commentario al Codice civile: artt. 1173-1320*, Giuffrè Editore, 2009.

CEPPI, Fabrizio. *Il dolo nei contratti*, Cedam, Padova, 2001.

CERRI, Silvio Pietro. *Consevasione e adeguamento del contratto*, Edizione Scientifiche Italiane, Bologna, 2020.

CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Vol VI, T XII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

COAGUILA, Carlos Soto. “El ‘pacta sunt servanda’ y la revisión del contrato”, en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI. Derecho privado*, T. IV, Vol I, Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2010.

COCA PAYERAS, Miguel. “Artículo 10” en, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

COCCEJI, Heinrich. *Grotius, illustratus seu commentarii ad Hugonis Grotii, de jure belli et pacis, libros tres*, T II, Ioannis Iacobi Korn, Wrataviae, 1756.

Code Civil de l'État de la Louisiane, Editonen de la Louisiane, 1825.

Code civil des français, duivi de l'exposé des motifs, T VI, Chez Firmin Didot, Paris, 1804.

Code Civil des Français, Imprimerie de la république, 1804.

Code du Roy Henry III, roy de France et de Polonge, pour les Feres de Gabiano, Lyon, 1593.

Code Frédéric; ou Corps de Droit pour les États de sa majesté le Roi de Prusse, traducido del alemán al francés por SAMUEL VON COCCEJIL, 1751.

Code Napoléon, suivi de l'exposé de motifs, T VI, Chez Firmin Didot, Paris, 1808.

Códe Napoléon: édition originale et seule officielle, Imprimerie de la République, Paris, 1804.

COKE, Edward. *The reports of Sir Edward Coke, Kt, late lord Chief Justice of England*, H. Twyford, London, 1680.

Colección legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Tercera, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid. 1870.

Colección legislativa de España, T XXXIX, Imprenta Nacional, Madrid. 1849.

Colección legislativa de España: sentencias del Tribunal Supremo en su Sala Cuarta, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1875.

Colección legislativa de España: sentencias del Tribunal Supremo en materia civil, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1877.

COLIN, Ambroise & CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*, T II, Librairie Dalloz, Paris, 1921.

COLMO, Alfredo. MAGNE, Martín & WATSON, Andrés J. *Derecho Civil*, El Ateneo, Librería Científica y Literaria de P. García, Buenos Aires, 1921.

COLMO, Alfredo. *De las obligaciones en general*, Albeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.

Commentaire sur le règlement de la Cour de Parlement de Provence de 1672, T I, Chez André Adibert, Aix, 1780.

CÓRDOBA TORO, Juan Camilo. “Las cláusulas sorpresivas en los contratos internacionales de adhesión”, en *Revista Pluriverso*, N° 9, 2017.

CORNU, Gerard. “Résolution de la vente pour retard de livraison dans un ‘contrat de confiance’ ”, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1978.

COUREL, Blanca Garrido. “El consumidor ante las cláusulas abusivas: la Directiva 93/13/CEE y su recepción en el Derecho español”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, N° 23, 2000.

CRUCELAEGUI, Javier San Juan. “La interpretación e integración de las lagunas de la Convención de Viena de 1980: los principios en que se inspira y los principios «Unidroit»”, *Estudios de Deusto*, Vol 53, 1, 2005.

CUBIDES CAMACHO, Jorge. “Los deberes de la buena fe contractual”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, T IV, Temis, Bogotá, 2010.

CUFFARO, Vincenzo. *Codice del consumo*, Giffre Editore, 2012.

CHANTEPIE, Gaël & LATINA, Mathias. *Le nouveau droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2018.

CHAUDOUET, Sibylle. *Le déséquilibre singificatif*, LGDJ, Paris, 2021.

CHEN-WISHART, Mindy. “Regulating unfair terms”, en *English and european perspectives on contract and commercial law*, Hart, Oregon, 2014.

CHERUBINI, Maria Carla. *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.

- CHESSA, Corrado. *L'Adempimento*, Giuffrè Editore, Milano, 1996.
- CHESSA, Corrado. *La trattativa nella disciplina delle clausole abusive*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001.
- CHICANEAU DE NEUVILLE, Didier Pierre. *Dictionnaire philosophique*, Londres, 1751.
- Chitty on contracts*, Vol 1, Sweet & Maxwell, 2012.
- CHOMEL, Noel. *Supplement au Dictionnaire oeconomique*, T II, Chez la Veuve Ganeau, 1743
- CHWENZER, Ingeborg, PASCAL, Hachem & KEE, Christopher. *Global sales and contract law*, Oxford University Press, 2012.
- D'ADDARIO, Ivan. "I nuovi vizi del consenso", en *I vizi del consenso*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013.
- D'ALFONSO, Giovanna. "La proporzionalità e la ragionevolezza nella proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita", en *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, T I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.
- DAMIANI, Enrico. "Art. 1195 – Quietanza con imputazione", en *Commentario del Codice civile: delle obbligazioni artt. 1173-1217*, UTET, Torino, 2012.
- DARMASIN, Stéphane. *Le contrat moral*, LGDJ, Paris, 2000.
- DÄUBLER, Wolfgang. "§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln", en *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2014.
- DAUER, Edward A. "Contracts of adhesión in light of the bargain hypothesis: an introduction", en *Akron Law Review*, Vol 5, N° 1, 1972.
- DAVIDSON, Donald. *Problems of rationality*, Oxford University Press, New York, 2004.
- DE ALMEIDA COSTA, Mário Júlio & MENEZES CORDEIRO, António. *Cláusulas contratuais gerais*, Livraria Almedina, Coimbra, 1991.
- DE BLONDEAU, Claude. *La bibliotheque canonique contenant par ordre alphabetique toutes les matieres ecclesiastiques, et beneficiales*, T II, Chez Guillaume de Luynes, Paris, 1689.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. "De nuevo sobre el error en el consentimiento", en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 41. N° 2, 1988

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, en *Anuario de Derecho civil*, Vol 35, Nº 4, 1982.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *De nuevo sobre el error en el consentimiento*, Anuario de Derecho Civil, Vol 41. Nº 2, 1988.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*, T I, Editorial Casa Martín, Valladolid, 1955.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho civil de España*, Vol III, Thomson, Navarra, 2008.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Anuario de Derecho Civil, Fascículo 2, 1961.

DE CASTRO, Federico. *Derecho civil de España*, T I, Civitas, Madrid, 2008

DE CERVANTES SAVEDRA, Miguel. *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, T V, Oficina de D.R Aguado, Madrid, 1836.

DE CUPIS, Adriano. “Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato”, en *Rivista di Diritto Civile*, II, CEDAM, Padova, 1982.

DE FARIA BERALDO, Leonardo. *Função social do contrato: contributo par a construção de uma nova teoria*, Del Rey, Belo Horizonte, 2011.

DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de Derecho Civil*, T III, Tea, Buenos Aires, 1964.

DE HIPPOLYTIS, Roberta. “La disciplina unitaria del recesso”, en *Il Foro Italiano*, Anno CXXXVII, 2012

DE LA FUENTE, María Linacero. *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico: la ventaja injusta*, tirant lo blanch, Valencia, 2019.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Los límites del deber precontractual de información*, Civitas, Pamplona, 2010.

DE LA MORA LEDESMA, José. *Psicología educativa*, Editorial Progreso, México D.F., 2004.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Vigilantibus non dormientibus iura succurrunt: actualidades de lo clásico y practicidad de la teoría*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2015.

DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965.

DE MARINIS, Giovanni Berti. *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naplo, 2013.

DE NAVIA OSORIO, Álvaro. *Reflexiones militares del Vizconde de Puerto*, T VIII, Juan Francisco Mairesse, Turin, 1727.

DE NAVIA OSORIO, D. Álvaro. *Compendio de los veinte libros de reflexiones militares*, T II, Imprenta Real, Madrid, 1787.

DE NOVA, Giorgio. “Informazione e contratto: il regolamento contrattuale”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1993.

DE POLI, Matteo. “Conclusioni” en *La rilevanza del tempo nel diritto bancario e finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017.

DE POLI, Matteo. “La trasparenza delle operazioni bancarie secondo il testo unico: primi appunti”, en *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, Padova, I, 1994.

DE RUGGIERO, Roberto & MAROI, Fulvio. *Instituzioni di diritto civile*, Officine Grafiche Principato, Milano, 1961.

DE TERREROS Y PANDO, Esteban. *Diccionario castellano con las voces de ciencias y artes y sus correspondientes en las tres lenguas francesa latina e italiana*, T III, Imprenta de la viuda de Ibarra, Madrid, 1788.

DE TILLA, Maurizio. *L'applatato privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2007.

DE VALBUENA, Manuel. *Diccionario universal latino-español*, Imprenta Real, Madrid, 1826.

DE VILEVAULT & DE BRÉQUIGNY. *Ordonnances des rois de France de la troisième race, recueillies par ordre chronologique*, Vol 10, Imprimerie Royale, Paris, 1769.

DE VILLARGUES, Rolland. *Repertoire de la jurisprudence du notariat*, T V, L'administration de la Jurisprudence du Notariat, Paris, 1842.

DE VILLASANTE, Diego del Castillo. *Las Leyes de Toro glosadas*, Burgos, 1527, y Salamanca, 1544.

DE ZEPEDA Y ADRADA, D. Alonso. *Epitome de la fortificacion moderna*, Francisco Foppens, Brusselas, 1669.

Déffinitions ou explications des termes du Droit consacrés à la Pratique du País de Vaud, Chés Samuel Chr, Berne, 1750.

DELSOL, Jean Joseph. *Explication élémentaire du Code Napoléon*, T II, Cotillon, Paris, 1867.

DELVINCOURT, Claude-Étienne. *Cours de Code Napoléon*, T II, Gueffier, Paris, 1813.

DEMESLAY, Isabelle. “Le droit de repentir”, en *Revue juridique de l’Ouest*, 1997.

DEMOLOMBRE, Charles. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en general*, T V, Imprimerie Générale, Paris, 1875.

DENISART, Jean-Baptiste. *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives a la jurisprudence actuelle*, Chez la Ceuve Desaint, Paris, 1771.

DEPARZ, Natalie. “La inscripción de la sorpresa en la fenomenología de las emociones de Edmund Husserl”, en *EIDOS*, N° 21, Universidad del Norte, Barranquilla, 2014.

DEPARZ, Natalie. “Surprise, valence, emotion: the multivectorial integrative cardio-phenomenology of surprise”, en *Surprise: an emotion?*, Springer, Switzerland, 2018.

DEREUX, Georges. “De la nature juridique des «contrats d’adhesion»”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1910.

DESCARTES, René. *Les passions de l’ame*, Chez Henry Le Gras, Paris, 1649.

DESCARTES, René. *Lettres de Mr. Descartes*, Chez Charles Angot, Paris, 1657.

DESHAYES, Oliver, GENICON, Thomas & LAITHIER, Yves-Marie. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Lexis Nexis, Paris, 2018.

DEUTCH, Sinai. *Unfair contracts: the doctrine of unconscionability*, Lexinton Books, 1977.

DI DONNA, Luca. *Obblighi informativi precontrattuali*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

DI GIOVANNI, Francesco. *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998.

DI GIOVINE, Gaetano. “Art. 1469-quater”, en *Clausole vessatorie e contrato del consumatore*, Vol I, CEDAM, Verona, 2001.

DI MAJO GIAQUINTO, Adolfo. *L’esecuzione del contratto*, A. Giuffrè, Milano, 1967.

DI MAJO, Adolfo. “Pagamento (dir. priv.)” en *Encilopedia del diritto*, Vol XXXI, 1981.

DI MAJO, Adolfo. “Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie”, en *Corriere Giuridico*, Vol 17, 2000.

DI MARZIO, Fabrizio. “Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)”, en *Rivista di diritto privato*, N° 4, 2002.

DÍAZ, José Luis. “La nueva faz de la emoción”, en *Vitalidad e influencia de las lenguas indígenas en Latinoamérica*, UNAM, México D.F., 1995.

Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza, y calidad, con las frases, o modos de hablar, los proverbios, o refranes, y otras cosas convenientes al uso de la lengua, T VI, Imprenta de la Real Academia Española, 1739.

Diccionario panhispánico de dudas, Real Academia de la Lengua Española, 2005.

Dictionnaire de l'académie française, T I, Chez la Veuve de Bernard Brunet, Paris, 1762.

Dictionnaire de la conversation et de la lecture, T V, Chez Lévy Frères, Paris, 1855.

Dictionnaire du notariat, T IV, L'Administration du Journal des Notaires et des Avocats, Paris, 1832.

Dictionnaire universel françois et latin, vulgairement appelé dictionnaire de Trévoux, T VII, Compagnie des Libraires Associés, Paris, 1771.

DIDIER PALIHÉ, Henri Emmanuel. *Cours élémentaire de droit romain*, T II, L. Larose Et Forcel, Paris, 1887.

DÍEZ PICAZO, Luis. “Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)”, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002.

DÍEZ PICAZO, Luis. “El sentido histórico del Derecho civil”, en *Ensayos jurídicos*, T I, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2011.

DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol I, Civitas, Madrid, 1993.

DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol I, Civitas, Madrid, 2007.

DÍEZ, PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, V I, Thomson Civitas, Navarra, 2007.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Civitas, Navarra, 2014.

DISTASO, Nicola. *I contratti in general*, T I, UTET, Torino, 1980.

DITTMANN, Klaus & STAHL, Henning. *AGB allgemeine Geschäftsbedingungen kommentar*, Bauverlag GMBH, Berlin, 1977.

DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, T I, Chez André Chevalier, Luxembourg, 1702.

DOMÍNGUEZ ROMERO, Javier. *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas*, BOE, Madrid, 2018.

DONATI, Antigono. *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Vol II, Milano, Dott. Antonino Giuffrè, 1954.

DONISI, Carmine. “Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato”, en *Rassegna di diritto civile*, II, 1980.

DOVERI, Alessandro. *Instituzioni di diritto romano*, Vol II, Successori le Monnier, Firenze, 1866.

DU BREUIL, Jean Tronchin. *Lettres sur les matieres du temps*, 1688.

DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*, T II, Fontemoing, Paris, 1911.

DUONG, Lê-My. “La notion de raisonnable en droit économique”, en *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol, 54, Nº 1, 2005.

DUONG, Lêmy. “Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats”, en *Revue internationale de droit comparé*, Nº 3, 2008.

DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F. “Las cláusulas abusivas en contratos de consumo”, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

DUQUE PÉREZ, Alejandro. “Una revisión del concepto clásico del contrato”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol 38, 2008.

DURANTON, Alexandre. *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*, T XII, Alex-Gobelet, Paris, 1834.

DURANY PICH, Salvador. “Artículo 5”, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, 2002.

DURET, Jean. *Advertissemens sur l'edict d'Henry Roy de France et de Polonge*, Benoist Rigaud, Lyon, 1587.

DURET, Jean. *Commentaires aux coutumes du Duche de Bourbonnois*, Benoist Rigaud, Lyon, 1584.

EDEL, Vincent. “Table ronde: ¿Faut-il introduire un principe de confiance dans le Livre III du titre III du Code civil?” en *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Paris, 2008.

EISENBERG, Melvin Aron. “The limits of cognition and the limits of contract”, in *Berkley Law Scholarship Repository*, Vol 47, No. 2, 1995.

EISENBERG, Melvin Aron. “Text anxiety”, en *Southern California Law Review*, Vol 59, 1986.

EISLEN, Sieg. *The requirements for the inclusion of standard terms in international sales contracts*, Potchefstroom Electronic Law Journal, Vol 14, No. 1, 2011.

EKMAN, Paul. “Basic Emotions”, en *Handbook of Cognition and Emotion*, Wiley, Chichester, 2000.

ELISA, Bordi. *Dal dovere di far conoscere al dovere di far «comprendere»: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori*, Banca Borsa Titoli di Credito, Giuffrè Editore, II, 2011.

ELIZALDE IBARBIA, Francisco. *Una aproximación española y europea al contenido del contrato. Reflexiones a la luz de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Anuario de Derecho Civil, Fascículo 3, BOE, 2017.

ELLINGHAUS, M.P. “In defense of unconscionability”, en *Yale Law Journal*, Vol 78, 1969.

ESBORRAZ, David F. “Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas en el Proyecto de Código civil y comercial (algunas reflexiones comparativas con el derecho italiano)”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año XVI, No. 7, La Ley, Buenos Aires, 2014.

ESSER, Michael. *Commercial letters of confirmation in international trade: austrian, french, german and swiss law and uniform law under the 1980 Sales Convention*, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol 18, N° 3, 1988.

ESTIENNE, Robert. *Dictionnaire francoislatin, autrement dict les mots francois, avec les manieres duser diceulx, tournez en latin*, Imprimerie de Robert Estienne, 1549.

ESTIENNE, Robert. *Dictionnaire francoislatin, con tenant les mozt & manieres de parler francois, toutnez en latin*, l'imprimerie de Robert Estienne, 1539.

ESTIENNE, Robert. *Dictionarium Latinogallicum*, Ex officina Roberti Stephani, Lutetiae, 1546.

FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'informaiton dans les contrats*, LGDJ, 2014.

FABRE-MAGNAN, Mauriel. *Droit des obligations*, T I, puf, Paris, 2016.

FALZEA, Angelo. “Rilevanza giuridica”, en *Enciclopedia del diritto*, T XL, Giuffrè Editore, 1989.

FALZEA, Angelo. *Voci di teoría generale del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1970.

FAZIO, Eugenio. *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Giuffrè Editore, Milano, 2011.

FEIJOO, D. Benito Jerónimo. *Theatro critico universal, ó discursos varios en todo género de materias, para desengaño de errores comunes*, T VI, Madrid, 1769.

FENOY PICÓN, Nieves. “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”, en *Anuario de Derecho Civil*, T LXXI, 2018.

FERNÁNDEZ ABASCAL, Enrique, GARCÍA RODRÍGUEZ, Beatriz, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, María Pilar & otros. *Psicología de la emoción*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013.

FERNÁNDEZ, Zarina Estrada, VALENZUELA, Crescencio Buitimea, GUARROLA CAMACHO, Adriana Elizabeth & otros. *Diccionario, yaqui-español y textos*, Plaza y Valdez Editores, México D.F., 2004.

FERRARI, Franco. “Le champ d’application des « Pincipes pour les contrats commerciaux internationaux » élaborés par Unidroit”, in *Revue internationale de droit comparé*, Vol 47, No. 4, 1995.

FERRAROTTI, Teonesto. *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, Vol VIII, Tipografia V. Vercellino, Torino, 1874.

FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *La buena fe: el principio general en el Derecho civil*, Editorial Motecorvo, Madrid, 1984.

FERRER Y PONS, Magín. *Exámen de las leyes, dictámenes y otros documentos, de los hechos históricos, causa y razones que e alegaron en las Córtes de Madrid*, Imprenta de J.B Alzine, Perpiñan, 1839.

FLÉCHEUX, Georges. “Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats”, en *Études offertes à Jaques Ghestin: le contrat au debut du XXIe siècle*, LGDJ, 2014.

FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc & SAVAUX, Éric. *Les obligations, 1. L'Acte Juridique*, Sirey, Paris, 2014.

FLOUR, Jaques, AUBERT, Jean-Luc & SAVAUX, Éric. *Les obligations: 3. Le rapport d'obligation*, Sirey, Paris, 2011.

FONT GALÁN, Juan Ignacio. *La integración publicitaria del contrato*, Cuadernos de derecho y comercio, N° 4, 1988.

FONTAINE, Marcel. “La protection de la partie faible dans les rapports contractuels”, en *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, L.G.D.J, Paris, 1996.

FORTUNATO BARTOLOMEO DE FELICE, *Encyclopédie, ou dictionnaire universel raisonné des connoissances humaines*, T XXXIX, Yverdon, 1775.

FOUILLÉE, Alfred. *La science sociale contemporaine*, Librairie Hachette, Paris, 1885.

FRAGALI, Michele. “Dei requisiti del contratto”, en *Codice Civile: libro delle obbligazioni*, Vol 1, G. Barbèra Editore, Firenze, 1948.

FRANCK, Jeans-Uwe. *Europaisches Absatzrecht*, De Gruyter Recht, Berlin, 2006.

FRANCHI, Valeria. "Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari. La tutela della parte debole non predisponente nei confronti delle clausole vessatorie ed abusive", in *Il contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 2012.

FRANZONI, Massimo. *Trattato della responsabilità civile: L'illecito*, T I, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

FRANZONI, Massimo. “Il contratto annullabile”, in *Il contratto in generale*, T VII, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002.

FRATINI, Marco, *Il sistema del diritto civile*, T III, Dike, 2017.

FUCHS, Andreas. “§ 307 Inhaltskontrolle”, en *AGB-Recht*, Ottoschmidt, Köln, 2016.

FURETIÈRE, Antoine. *Dictionnaire universel, contenant generalement tous les mots françois*, T II, Chez Arnout & Reinier, Haye, 1690.

FURETIERE, Antoine. *Dictionnaire universel, contenant generalment tous les mots françois tant viex que modernes, et les termes de toutes les sciences et des arts*, T III, Chez Arnout & Reiner Leers, Rotterdam, 1690.

FURGOLE, Jean Baptiste. *Traité des testamens, codiciles, donations a cause de mort, et autres dispositions de derniere volonté*, Chez Jean de Nully, Paris, 1645.

FURGOLE, Jean-Baptiste. *Traité des testamens, diciles donations a cause de mort et autres dispositions de dernier volonté*, Paris, Chez Jean de Nully, 1745.

GAGGERO, Paolo. “Trasparenza del contratto e remedi di autotutela”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Nº 2, 2013.

GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto civile*, V II, CEDAM, Padova, 2009.

GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede*, UTET, 2014.

GALLO, Paolo. *Il contratto*, G. Giappichelli Editore, Pisa, 2017.

GALLO, Paolo. *Trattato del contratto*, T I, UTET, 2010.

GAMARRA, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*, T XII, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.

GAMBINO, Francesco. *Le obbligazioni: il rapporto obbligatorio*, UTET, Padova, 2015.

GANDINI, Fernando. “La sorpresa como fenómeno jurídico en la legislación europea: formación y efectos”, en *Precedente Revista Jurídica*, Cali, 2005.

GARCÍA BORRÓN, Juan Pablo. *Soldados, marineros y lengua española*, Edicions Universitat Barcelona, 2015.

GARCÍA GOYENA, D. Florencio. *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, Imprenta y librería de D. Ignacio Boix, Madrid, 1844.

GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias y motivos y comentarios del Código Civil español*, T III, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

GARCÍA, Ricardo Alonso. “Treinta años de ius publicum commune europeo en España”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 200, Madrid, 2016.

GARCÍA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

GARRO, Alejandro. “The gap-filling role of the Unidroit principles in international sales law: some comments on the interplay between the principles and the CISG”, en *Tulane Law Review*, Vol 69, No. 5, 1994-1995.

- GAUDEMONT, Eugène. *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1965.
- GENICON, Thomas. “Contrat et protection de la confiance”, en *Revue des contrats*, 2013.
- GENTILI, Aurelio. *Senso e consenso*, Vol II, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015.
- GENTILI, Aurelio & CINTIO, Valerio. “I nuovi ‘vizi del consenso’ ”, en *Contratto e impresa*, Vol 34, I, 2018.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos: problemática moderna*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1996.
- GHESTIN, Jaques & MARCHESSAUX, Isabelle. “Les techniques d’élimination des clauses abusives en Europe”, en *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, LGDJ, 1991.
- GHESTIN, Jaques. “Le contrat en tant qu’échange économique”, en *Revue d’Economie Industrielle*, Vol 92, 2000.
- GHESTIN, Jaques. *Traité de droit civil, la formation du contrat*, LGDJ, Paris, 1993.
- GHESTIN, Jaques. *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, LGDJ, Paris, 1988.
- GIAMPICCOLO, Giorgio. “La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato”, en *Rivista del Diritto Commerciale*, I, 1965.
- GIAN TRAPANI, Domingo. *Nouveau dictionnaire français-espagnol et espagnol-français*, T I, A. Thoissier-Desplaces, Paris, 1826.
- GIANOLA, Alberto. “Sorpresa” en *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, Aggiornamento IV, UTET, Torino, 2009.
- GIANOLA, Alberto. *L’integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.
- GIERKE, Otto Von. *La función social del Derecho privado y otros estudios*, Editorial Comares, Granada, 2015.
- GIGANTE, Marina. “Il principio di tutela del legittimo affidamento”, en *Codice dell’azione amministrativa*, Giuffrè Editore, 2011.
- GIGANTE, Marina. *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Giuffrè Editore, 2008.

GIL RODRIGUEZ, Jacinto. “Acotaciones para un concepto del Derecho Civil, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 42, N° 2, 1989.

GILBERTO VILLEGAS, Carlos. *La cuenta corriente bancaria y el cheque*, Depalma, 1986.

GILMORE, Grant. *The death of contract*, Ronald K.L. Collins, 1995.

GIMMARIA, “Art. 1496-quater. Forma e interpretazione”, en *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore: artt. 1469 bis-1469*, Giuffrè Editore, 2003.

GINÉS CASTELLET, Núria. *La ventaja o explotación injusta el ¿futuro? Derecho contractual*, InDret, 4, 2016.

GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, T VII, Eugenio e Filippo Cammelli, Firenze, 1887.

GIORGIANI, Michele. “Il diritto privato ed i suoi attuali confini”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, A. Giuffrè, Milano, 1961.

GIORGIANNI, Michaela. *Principi generali sui contratti e tutela del consumatori in Italia e in Germania*, Giuffrè Editore, Milano, 2009.

GIRARD, Gabriel. *Synonymes François, leurs diferentes significations, et le choix qu’il en faut faire pour parler avec justesse*, Chez Le Breton, Paris, 1741.

GIRARD, Gabriel. *Synonymes François, leurs diferentes significations*, T II, Chez les Libraries Associés, 1770.

GIRARD, Gabriel. *Synonymes François, leurs différentes significations*, Imprimerie de la Veuve D’ Houry, Paris, 1736.

GIRISI, Giuseppe. “Ius poenitendi e tutela del consumatore”, en *Il contratto telematico*, CEDAM, 2002.

GIRSI, Giuseppe. “Lo «ius poenitendi»tra tutela del consumatore e razionalità del mercato”, en *Rivista Critica di Diritto Privato*, 2001.

GIUGGIOLI, Pier Filippo. *Le fonti delle obbligazioni: Vol IV, Il contratto del consumatore*, UTET, Torino, 2012.

GJIDARA, Sophie. *L’endettement et le droit privé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1999.

GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*, g. Giappichelli editore, Torino, 2005.

GÓMEZ CALLE, Esther. “El ventajismo, nuevo vicio de la voluntad en la propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil”, en

Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, Vol 2, UAM Ediciones, Madrid, 2019.

GÓMEZ CALLE, Esther. *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2018.

GÓMEZ POMAR, Fernando & GILI SALDAÑA, Marian. *El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos*, InDret, 2012.

GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia. “Las cláusulas de forma en las condiciones generales de la contratación. Panorama del Derecho Español”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Vol 2, Nº 21, Thomson Reuters, 2008.

GONZÁLEZ PAGANOWSKA, Isabel. “Artículo 5 requisitos de incorporación”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999.

GONZÁLEZ PAGANOWSKA, Isabel. “Artículo 7: No incorporación” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999.

GORLA, Gino. *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, T I, Dott. Antonio Giuffrè, Milano, 1954.

GORPHE, François. *Le principe de la bonne foi*, Dalloz, Paris, 1928.

GOTHOPREDO, Dionysio. *Corpus Iuris Civilis, in III partes distinctum*, Sumptibus Ioannis Vignon, Avreliopoli, 1604. col. 1651.

GOTTSCHALK, Eckart. “Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen”, en *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 206, 2006.

GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude cirtique de l'individualisme juridique*, Dijon, 1912.

GRAHAM, Robert A. “The Constitution, the Legislature, and Unfair Surprise”, en *Michigan Law Review*, 398, 1993.

GRASSI, Giuseppe. *Dizionario militare italiano*, Vol 4, Societa Tipografico-libreria, Tornino, 1833.

GRASSO, Gianluca. “Il principio di ‘tipicità’ delle cause di annullabilità e il problema dei c.d. ‘nuovi vizi del consenso’”, en *Il notariato come fattore di realizzazione dell'ordine sociale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Varese, 2019.

GRAZIUSO, Emilio. *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

GREEN, Otis Howard. *The emotions, a philosophical theory*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992.

GRIMAUDET, François. *Les oeuvres de M. François Grimaudet*, Chez Robert Foüer, Paris, 1669.

GROTII, Hugonis. *De iure belli ac pacis, libri tres*, Guilielmum Blaeuw, Amsterdami, Typis & Sumptibus Wecheliorum, Moeno-Francofurti, 1626.

GROTIUS, Hugo. *Le droit de la guerre et de la paix*, T I, Chez Arnould Seneuze, Paris, 1687.

GROTIUS, Hugo. *Le Droit de la guerre et de la paix*, T II, Chez Arnould Seneuze, Paris, 1687.

GRÜNEBERG, Christian. “§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln” en *Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H. Beck, München, 2015.

GUAL ACOSTA, José Manuel. “El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución”, en *Revista IUSA*, N° 30, Universidad Santo Tomas, Bogotá, 2009.

GUARNERI, A. “Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale del contratto”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1994.

GUENOYS, Pierre. *La conference des ordonnances royaux*, Chez Nicolas Buon, 1607.

GUERINONI, Ezio. *I contratti del consumatore: principi e regole*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011.

GUILIARTE GUTIÉRREZ, Vicente. “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia de su no incorporación (Crónica de lo incomprensible)”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 54, N° 3, 2001.

GUINEMENT KERALIO, Luis Félix. *Encyclopedia metódica. Arte militar*, Traducida por CASTAÑON, Luis, de la imprenta de Sancha, 1791.

GUYOT MERLIN, Philippe Antoine. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, T XIV, H. Tarlier, Bruxelles, 1826.

GUYOT, Joseph Nicolas. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle canonique et bénéficiale*, T IX, Chez Visse, Paris, 1784.

GUYOT, Joseph Nicolas. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, T XI, Paris, Chez Panckoucke, Paris, 1777.

HALPERIN, Isaac. *Seguros*, Vol I, Depalma, Buenos Aires, 1983.

HARRIS, George. *A philosophical treatise on the nature and constitution of man*, Vol I, George Bell & Sons, London, 1876.

HAURIOU, Maurice. *Principes de droit public*, Librairie de la Société de Recueil Sirey, Paris, 1916.

HEIDENHAIN, Stephan. *Harmonisation of the Czech consumer rights in the new Civil Code*, Elte Law Journal, 2, Budapest, 2014.

HENDERSON, Roger C. “The doctrine of reasonable expectations in insurance law after two decades”, en *Ohio State Law Journal*, Vol 51, 1990.

HERBERT, Alan Patrick. *Look back and laugh*, House of Stratus, Looe, 2001.

HERNÁNDEZ BELASCO, Héctor Elías & PRADO MARTÍNEZ, Orlando. “La aplicación de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia colombiana”, en *Opinión Jurídica*, Vol 13, N°26, Universidad de Medellín, 2014.

HERNANDEZ GIL, Antonio. *El concepto del Derecho Civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Obras completas*, T I, Espasa-Calpe, Madrid, 1987.

HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel & CAMPOS MICIN, Sebastián. “Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 39, 2020.

HERNÁNDEZ VALBUENA, Gabriel. *La defraudación de la confianza legítima*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

HERNÁNDEZ, Carlos A. “Hacia la generalización de algunas soluciones del régimen de defensa del consumidor (El diálogo entre el Derecho Común y el Derecho del Consumidor)”, en *Edición homenaje: Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, UNLFCJS, Santa Fe, 2005.

HERNANDO DEVIS ECHANDÍA. ‘Comentarios’ a la obra, *La regla moral en las obligaciones de GEORGES RIPERT*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1946.

HILLMAN, Robert A. “Debunking some myths about unconscionability: a new framework for U.C.C. section 2-302”, en *Cornell Law Review*, Vol 67, 1998.

HINESTROSA, Fernando. “Estado de necesidad y estado de peligro: ¿Vicio de debilidad?”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 8, 2005.

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones*, Vol I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

HOUTCIEFF, Dimitri. *Droit des contrats*, Bruylant, Bruxelles, 2020.

HOWELLS, Geraint & WEATHERILL, Stephen. *Consumer protection law*, Ashgate, Aldershot, 2005.

HULSIANI, Levinus. *Dictionarium latino-germano-gallico-italicum*, Typis Wolfgangi Hofmanni, Francofurti, 1561.

HUME, David. *A treatise of human nature*, (Vol 1) (Vol 2). London, Printed for Thomas and Joseph Allaman, 1817.

IANNICELLI, Serena. “Il destinatario del pagamento, quietanza, imputazione”, en *Le obbligazioni*, T I, Giuffrè Editore, 2008.

IGLESIAS DINIZ, Carlos Eduardo. “A boa-fé objetiva no direito brasileiro e a proibição de comportamentos contraditórios”, en *Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13, 10 Anos do Código Civil*, Vol I, EMERJ, 2013.

Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Bruselas, 2000.

Irish equity reports of cases argued and determined in the high Courtr of Chancery the Rolls Court, and the Equity Exchequer, Vol 1, Hodges and Smith, Dublin, 1839, pp. 163-166. Vol 11, 1849.

Irish law reports, particularly of points of practice, argued and determined in the Courts of Queen’s Bench, Common Pleas, and Exchequer of Pleas, Vol 2, Hodges & Smith, Dublin 1840.

IRTI, Natalino. *Norme e fatti: saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, 1984.

IUDICA, Giovanni. “Sopresa geológica e revisione del contratto”, en *La disciplina dell’appalto tra pubblico e privato*, Napoli, 2010.

IZARD, Carroll Ellis. *The face of emotion*, Appleton-Century-Crofts, New York, 1971.

JALIL, Julián Emil. “Las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial: ámbito de aplicabilidad de la jurisprudencia argentina”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, No. 2, 2015.

JAMIN, Christophe. “Plaidoyer pour le solidarisme contractuel”, en *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001.

JAMIN, Christophe. “Quelle nouvelle crise du contrat?, quelques mots en guise d’introduction”, en *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Paris, 2003.

JANNARELLI, Antonio. “La tutela dei consumatori nella negoziazione fuori dai locali commerciali: introduzione generale”, en *Le vendite aggressive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.

JANSEN, Nils. “Unfair contract terms”, en *Commentaries on european contract laws*, Oxford University Press, 2018.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “El «derecho a no ser víctima», y su incidencia en el «posconflicto» colombiano”, en *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia*, tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Derecho privado*, T III, Vol III, Ibañez, Bogotá, 2017.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Interpretación, calificación e integración del contrato*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2014.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La compraventa en el Derecho del consumo*, Ibañez, Bogotá, 2015.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Ibañez, Bogotá, 2010.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La doctrina de los actos propios en el ámbito contractual*, La Ley, Madrid, 2013.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La modernización del Derecho privado en Colombia*, Temis, Bogotá, 2020.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La modificación sobreviniente de las circunstancias y la revisión de los contratos en la posmodernidad*, Ibañez, Bogotá, 2021.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Los deberes de evitar y mitigar el daño*, Temis, Bogotá, 2013.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “La doctrina de los actos propios y su incidencia en el derecho procesal”, en *Memorias del XXXVIII Congreso colombiano de derecho procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2017.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Codificación, descodificación y dispersión legislativa del Derecho privado en Colombia –La ‘edad de la recodificación’-*, en proceso de publicación.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999.

JEREZ DELGADO, Carmen. *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, BOE, Madrid, 2015.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana “La unidad del principio general de la buena fe y su trascendencia en el derecho moderno”, en *Contratación privada*, Jurista, Lima, 2002.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “La unidad del principio general de la buena fe y su trascendencia en el Derecho moderno”, en *Contratación privada*, Jurista Editores, Lima, 2000.

JIMÉNEZ, Lucía. “Principales novedades que introduce la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera del establecimiento”, en *InDret*, Barcelona, 2014.

JOHAN, Steyn. “Contract law: fulfilling the reasonable expectations of honest men”, en *Law Quarterly Review*, Vol 113, 1997.

JORDÁN ASTABURUAGA, Gustavo. “La sorpresa, el multiplicador de fuerzas por excelencia”, en *Revista de Marina*, La dirección de educación de la Armada en el proceso de modernización industrial, Valparaíso, 2000.

JOSSERAND, Louis. “La protection des faibles par le Droit” en *Legal essays in tribute to Orrin Kip McMurray*, University of California Press, Berkeley, 1935.

JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit civil positif français*, T II, Recueil Sirey, Paris, 1930.

Journal des débats et des décrets, N° 626, Séance du Nonidi 19 Prairial, l'an second de la République française, De L'imprimerie du Journal des Debats, 1794.

Journal du palais, ou Recueil de plusieurs Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse, contenant divers Arrêts depuis l'Anné 1702, Toulouse, 1760.

JOWITT, Earl. *The dictionary of english law*, Vol 2, Sweet & Maxwell Limited, London, 1959.

JULES, Minier. *Précis historique du droit civil français*, A. Marescq et E. Dujardin, Paris, 1854.

JULIEN, Jérôme. *Droit de la consommation*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2019.

Jurisprudence des cours de cassation et d'appel, sur la procédure civile et commerciale, T I, Au Bureau de la Jurisprudence, Paris, 1808.

KANT, Immanuel. *Anthropology, History and Education*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.

KAPNOULLAS Steve & CLARKE, Bruce. “Incorporation of unusual or unreasonable terms into contracts: the red hand rule and signed documents”, en *Deakin Law Review*, Vol 11, N° 2, 2006.

KARAMPATZOS, Antonios G. & KOTIOS, Charalampos A. “Information obligations and disinformation of consumers: greek law report”, en *Information obligations and disinformation of consumers*, Springer, 2019.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida & JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *El criterio de la razonabilidad en el derecho privado*, Ibañez, Bogotá, 2020.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *Las cláusulas abusivas*, en *Roma e America. Diritto romano commune: revista de derecho de la integración y unificación del derecho en Europa y América Latina (Bogotá)*, N° 26, 2008.

KENFACK, Hugues. “Le consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat?”, en *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Paris, 2008.

KESSLER, Friedrich. *Contracts: cases and materials*, Little, Brown and Company, 1970.

KHAIRALLAH, Georges. “Le «raisonnable» en droit privé français développements récents”, en *Revue trimestrielle de droit civil*, N° 3, 1984.

KIRÁLY, Miklós. “The interface between the harmonisation of contract law and private international law”, en *Perspectives of unification on private international law in the European Union*, Eötvös University Press, Budapest, 2018

KLEIN, Michele. “La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación a la luz de la ley alemana”, en *Revista Jurídica de Navarra*, N° 8, 1989.

KOCK, Ned & CHATELIAN JARDÓN, Ruth & CARMONA, Jesús. “An experimental study of simulated web-based threats and their impact knowledge communication effectiveness”, en *IEEE transactions on professional communication*, Vol 5, N° 2, 2008.

KOCH, Robert. “Chapter 32 surprising terms in the standard contract under the CISG”, en *Liber amicorum Eric Bergsten, International arbitration and international commercial law*, Wolters Kluwer, 2011.

KÖHLER, Helmut, *BGB Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, München, 2019.

KÖNDGEN, Johannes. “Grund und Grenzen des Transparenzgebots in AGB-Recht”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, I, 1989.

KÖTZ, Hein & PATTI, Salvatore. *Diritto europeo dei contratti*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.

KÖTZ, Hein. “§ 3 Überraschende Klauseln”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1993.

KREIENBAUM, Birgit. *Transparenz und AGB-Gesetz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

KRÖLL, Stefan & HENNECKE, Rudolf. *Kaufmännische Bestätigungsschreiben beim internationalen Warenkauf*, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 67, 2003.

KRONMAN, Anthony. *Mistake, disclosure, information, and the law of contracts*, 7 Journal of Legal Studies 1, 1978.

KUKLIN, Bailey. H. “The plausibility of legally protecting reasonable expectations”, en *Valparaiso University Law Review*, Vol 32, N° 1, 1997.

L. BROUGHAM, Henry. *Historical sketches of statesmen who flourished in the time of George III*, Baudry’s European Library, Paris, 1893.

L’ANGE, François. *La nouvelle pratique civile, criminelle et beneficiale, ou le nouveau praticien françois*, Chez Theodore Girard, Paris, 1687.

LACAYO ARANA, María Alejandra. *Condiciones generales de la contratación*, Ibañez, Bogotá, 2015.

LACORDAIRE, Henri Dominique. *Conférences de révérend père Lacordaire*, T III, J.-B. De Mortier, Bruxelles, 1852.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, LUNA SERRANO, Agustín & DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Elementos de derecho civil*, T II, Librería Bosch, Barcelona, 1977.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil*, T II, Librería Bosch, Barcelona 1977.

LAGELÉE-HEYMANN, Maud. “Le «raisonnable» dans le nouveau droit des contrats”, en *Revue des contrats*, N° 3, 2018.

LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. “Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de la buena fe en el contrato de seguro”, en *Vniversitas*, N° 105, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001.

LAGUADO MONSALVE, Darío. “Compraventa internacional de mercaderías”, en *Compraventa internacional de mercaderías*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003.

LANDINI, Sara. “Trasparenza e contratto di assicurazione in Italia e in Europa”, en *Retos y desafíos del contrato de seguro del necesario "aggiornamento" a la metamorfosis del contrato*, Thomson Reuters-Civitas, 2020.

LAPERTOSA, Flavio. “La sorpresa nel rapporto obbligatorio”, en *Responsabilità civile e previdenza*, Giuffrè, Milano, 2, 2012.

LAPERTOSA, Flavio. “La giurisprudenza tra passato e futuro dopo l'avvento della nuova disciplina sulle clausole vessatorie”, en *Il Foro Italiano*, Vol 120, No. 11, 1997.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, T I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

LARGO TABORDA, Adriana. *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea*, Universidad de Antioquia, 2012.

LAROMBIÈRE, Léobon. *Théorie & pratique des obligations*, T I, A. Durand, Paris, 1857.

LARROUMET, Christian, & BROS, Sarah. *Traité de droit civil, les obligations le contrat*, T III, Economica, Paris, 2019.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Principios de Derecho civil*, T III, Trivium, 1994.

LASSERÉ, Louis. *L'art de proceder en justice, ou la science des regles judiciaires*, Chez Philippe Huberson, Paris, 1698.

LASSERÉ, Louis. *L'art de proceder en justice, ou la science des moyens judiciaires*, Chez Michel Bobin, Paris, 1676.

LAURENT, François. *Principes de Droit civil*, T XVI, XVII, Bruylant-Christophe, Bruxelles, 1876.

LAWSON, Richard. *Exclusion clauses and unfair contract terms*, Sweet & Maxwell, London, 2011.

LE CARON, Louis Charondas. *Pandectes ou digestes du droit françois*, Jehan Veyrat, Lyon, 1593.

Le dictionnaire de l'académie françoise, dedié au Roy, T II, Chez la Veuve de Jean Baptiste Coignard, Paris, 1694.

Le saint, sacré, universel, et general Concile de Trente, traducido del latín por Gentian Heruer d'Orleans, Chez Jean de Foigny, Rheims, 1573.

LEENEN, Detlef. *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, De Gruyter, Berlin, 2011.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. “El vicio de la sorpresa en el derecho privado”, en *Revista de la responsabilidad civil y seguros*, N° IV, Buenos Aires, 2002.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. *Tratado de los contratos*, T I, La Ley, Buenos Aires, 2017.

LÉVY, Emmanuel. *Responsabilité et contrat*, F. Pichon Successeur Éditeur, Paris, 1899.

LIDIA NICOLAU, Noemí. *Fundamentos de Derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

LIMA MARQUES, Claudia & MIRAGEM, Bruno. “Nuevos principios del Derecho contractual y la reconstrucción de la autonomía privada”, en *Teoría general del contrato: homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti*, T I, La Ley, Buenos Aires, 2012.

LIMA MARQUES, Claudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, Revistas dos Tribunais, São Paulo, 2016.

LIMBACH, Francis. *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales de l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, Paris, 2004.

LINDACHER, Walter F. & HAU, Wolfgang. “§ Überraschende und mehrdeutiger Klauseln”, en *AGB-Recht*, C.H Beck, München, 2020.

LINDACHER, Walter F. “§ 3 Überraschende Klauseln” en *AGB-Gesetz: Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 1984.

LIPARI, Nicolò. “Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol 70, N° 4, 2016.

LIPARI, Nicolò. *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2013.

LITVINOFF, Saul. *Louisiana civil law treatise: The law of obligations*, Vol 5, West Pub. Co. 1992.

LIVI, Maria Alessandra. “Contratti con i consumatori: contratti negoziati fuori dei local commerciali”, en *I contratti del consumatore*, Giuffrè Editore, Milano, 2014.

LOCHER, Horts. *Das Recht der Allegemeinen Geschäftsbedingungen*, Veralg C.H. Beck, München, 1990.

LOMONACO, Giovanni. *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, Volume único, Parte seconda, Ricc. Marghieri di Gius, Napoli, 1888.

LONGO, Giannetto. *Diritto delle obbligazioni*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Tornino, 1950.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica. “La confianza razonable y su relevancia como criterio fundante de la tutela de ciertas anomalías o disconformidades acaecidas durante el *iter* contractual: una aproximación desde la doctrina y la jurisprudencia chilenas”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 36, 2019.

LÓPEZ FANEGO, Ortilia. “En torno a la primera traducción de Montaigne al español”, en *La traducción: arte y técnica*, N° 6, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1984.

LÓPEZ FRÍAS, María Jesús. “El error en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos” en *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Atelier, 2011.

LÓPEZ MESA, Marcelo. “La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación”, en *Vniversitas*, N° 199, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2009.

LÓPEZ MESA, Marcelo. *Derecho de las obligaciones*, T I, Editorial B de F, Buenos Aires, 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, Rubinzal – Culzoni Editoriales, Santa Fe, 2009

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*, Rubinzal, Buenos Aires, 2010.

LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos del derecho privado*, La Ley, Buenos Aires, 2016.

LOÜET, Georges. *Recueil d’aucuns notables arrest donnez en la Cour de Parliament de Paris*, Chez P. Rocolet, Paris, 1644.

LOÜET, Georges. *Recueil de plusieurs notables arrests donnez en la Cour de Parliament de Paris*, T II, La Veuve de Damien Foucault, Paris, 1618.

LÖWE, Walter, VON WESTPHALEN, Fridrich Graf & TRINKNER, Reinhold. “§3 Überraschende Klauseln” en *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft MBH, Heidelberg, 1977.

LUNA SERRANO, Agustín. *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015.

LUNA SERRANO, Agustín. *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, Temis, Bogotá, 2021.

LUNA SERRANO, Agustín. *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, Dykinson, Madrid, 2019.

LUTHER CLARK, George. *Equity*, The Bobbs-Merril Company, Indianapolis, 1954.

LLAMAS POMBO, Eugenio “Transparencia, lesividad y sorpresa en los contratos de seguro”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N° 142, 2020.

LLAMAS PÓMBO, Eugenio. “Art. 10 bis.”, en *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios: comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, La Ley, Madrid, 2005.

LLAMAS POMBO, Eugenio. “La tutela inhibitoria del daño”, en *La responsabilidad profesional y patrimonial y el seguro de la responsabilidad civil*, ACOLDESE, Bogotá, 2005.

LLAMAS POMBO, Eugenio. “Pandemia e attenuazione dell’obbligatorietà del contratto nell’ordinamento spagnolo”, en *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del Covid-19*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

LLAMAS POMBO, Eugenio. “Presentación”, en *Derecho de daños y protección de la persona*, tirant lo Blanch, Bogotá, 2021.

LLAMAS POMBO, Eugenio. “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.

LLAMAS POMBO, Eugenio. “Una mirada al viejo Código Civil desde el posthumanismo y la globalización”, en *Dario La Ley*, N° 9488, 2019.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *La compraventa*, La Ley, Madrid, 2014.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *La compraventa*, T II, Ibañez, Bogotá, 2015.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Las formas de prevenir y reparar el daño, La ley*. Madrid, 2020.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2002.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil: obligaciones*, T II-B, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1975.

LLEWELLYN, Karl N. *The common law tradition*, Little, Brown and Company, Boston, 1960.

LLOBETI AGUADO, Josep. *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

LLODRÀ GRIMALT, Francisca. *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MACDONALD, Elizabeth. *The law of contract*, Oxford University Press, 2010.

MACMILLAN, Catharine. *Mistakes in contract law*, Hart Publishing, Oxford, 2010.

MACMILLAN, Catherine. “Contract terms between unequal parties in victorian England”, en *English and european perspectives on contract and commercial law*, Hart Publishing, Oxford, 2014.

MADIA, Giuseppe. *Instituzioni di diritto civile italiano*, Vol III, Gabriele Sarracino, Napoli, 1873.

MAINGUY, Daniel. “Le «raisonnable» en droit (des affaires)”, en *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010.

MAIRE TOULLIER, Charles Bonaventure. *Le Droit Civil Français, suivant l'ordre du Code*, T VII, Chez Cousin- Danelle, Rennes, 1816.

Malaurie, Philippe, Aynès, Laurent, & Stoffel-Munck, Philippe. *Droit des obligations*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2017.

MALINVAUD, Philippe, MEKKI, Mustapha, SEUBE, & Jean-Baptiste. *Droit des obligations*, LexisNexis, Paris, 2019.

MALOMO, Ana. “Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità ed equità in tema di autonomia negoziale”, en *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, T II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

MAMERT DE JUSSIEU DE MONTLUEL, François Joseph. *Instruction facile sur les conventions, ou notions simples sur les divers engagements qu'on peut prendre dans la Société, & sur leurs suites*, Chez Le Clerc, Paris, 1760.

MANRESA Y NAVARRO, José María, MIEQUEL, Ignacio, & REUS, José. *Ley de enjuiciamiento civil, comentada y explicada*, T II, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1858.

MANTOVANI, Manuela. *Trattative e responsabilità precontrattuale*, en “*Commentario del Codice Civile: dei contratti in generale, artt. 1321-1349*”, UTET, 2011.

Manuel historique, géographique et politique, des négocians, ou eyclopédie portative de la théorie et de la pratique du commerce, T III, Chez Jean-Marie Bruyset, Lyon, 1762.

MARCADÉ, Victor-Napoléon. *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, T IV, Librairie de Jurisprudence de Cotillon, Paris, 1852.

MARCH, J. *Sinónimos de la laguna castellana*, Imprenta de Antonio y Francisco Oliva, Barcelona, 1834.

MARÍN PADILLA, María Luisa. *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos: utile per inutile non vitatur*, Bosch, Barcelona, 1990.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos. *El derecho civil a finales del siglo XX*, tecnos, Madrid, 1991.

MARTÍNEZ DELGADO, Luis. *Gobierno de la real audiencia hasta 1578*, en “*Curso superior de historia de Colombia (1781-1830)*”, T V, Editorial A B C, Bogotá, 1951.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. “Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual”, en *Revista de Derecho Civil*, Vol VI, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. “La buena fe objetiva y el cumplimiento de las obligaciones”, en *Tratado de la buena fe en el Derecho*, T II, La Ley, Buenos Aires, 2004.

MASSIMO BIANCA, Cesare. *Diritto civile, L'obbligazione, T IV*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

MASSIMO BIANCA, Cesare. *Diritto Civile: il contratto*, T III, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

MATO PACÍN, Natalia. *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, BOE, Madrid, 2017.

MATTEI, Jacopo. *Appendice al commento al Codice civile italiano*, Prem. Stab. Tip. Di P. Naratovich, Venezia, 1878.

MATUTE Claudia. “La lex mercatoria y los principios jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”, *Anuario del Instituto de Derecho Comparado*”, No. 27, 2004.

MAZEAUD, Denis. “La confiance légitime et l’estoppel”, en *Revue internationale de droit comparé*, Vol 58, 2006.

MAZEAUD, Henri, Mazeaud, León, Maezaud, & Jean, CHABAS, François. *Leçons de Droit civil: T II, Vol I, obligations*, Montchrestien, Paris, 1988.

MAZEAUD, Herni & MAZEAUD, León. François. *Leçons de Droit civil: Tomo II, Vol I, obligations*, Montchrestien, Paris, 1988.

MAZEAUD, Herni & MAZEAUD, León. *Leçons de droit civil, T II*, Montchrestien, Paris, 1955.

MEAD EARLE, Edward. *Creadores de estrategia moderna: el pensamiento militar desde Maquiavelo a Hitler*, Vol 6, Centro Militar, Montevideo, 1952.

MEDICUS, Diter. *Allgemeiner Teil des BGB*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006.

MELVIN EISENBERG, *Gilber Law Summaries*, Gilbert Law Summaries: Contracts, Harcourt Brace Legal and Professional Publications, 1993.

Memorias Literarias de los Anales de la Universidad de Chile, T XXXV, Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1870.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português: parte general*, T I, Livraria Almedina, Coimbra, 1999.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito civil português*, T I, Almedina, 2000.

MENGONI, Luigi. “Autonomia privata e costituzione”, en *Banca, borsa e titoli di credito*, Vol 50, Giuffrè Editore, Milano, I, 1997.

MESA VALENCIA, Andrés Fernando, *El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima*, Universidad de Antioquia, Medellín 2013.

MESSINEO, Francesco. “Lo “stato di bisogno, del contraente nella lesione enorme”, en *Il foro italiano*, Vol 73, 1950.

MESSINEO, Francesco. *Il contratto in generale*, T I, Dott A. Giuffrè, Milano, 1968.

MESTRE, Jacques. “L’*évolution du contrat en droit privé français*”, en *L’*évolution contemporaine du droit des contrats**, Presses Universitaires de France, Paris, 1986.

MEUCCI, Di Serena. ““Nuovi’ vizi del consenso e disciplina della concorrenza”, en *Persona e Mercato*, 2019.

MEZZASOMA, Lorenzo. “Il consumatore il professionista”, en *Diritto e tutela dei consumatori*, en *Diritto e tutela dei consumatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010.

MEZZASOMA, Lorenzo. “Las cláusulas abusivas y la consolidación del remedio de la nulidad de protección en el ordenamiento jurídico italiano”, en *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2014.

MEZZASOMA, Lorenzo. “Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari”, en *Banca Borsa e Titoli di Credito*, N° 2, 2018.

MEZZASOMA, Lorenzo. “Relaciones con la clientela y cláusulas vejatorias”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, IJ Editores, 2015.

MEZZASOMA, Lorenzo. *Disciplina del contrato, tutela del contratante más débil y valor constitucional*, Derecho Privado y Constitución, N° 29, 2015.

MEZZASOMA, Lorenzo. *Il percorso della meritevolezza nel sovraindebitamento del consumatore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

MINERVI, Enrico. “Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel Testo unico bancario” en *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002.

MINERVINI, Enrico. *La «meritevolezza» del contratto*, G. Giappichelli, 2019.

MINERVINI, Enrico. *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, Banca Borsa Titoli di Credito, I, 1997.

MINERVINI, Enrico. *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

MINERVINI, Enrico. “Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel Testo unico bancario”, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María. “Artículo 8. Nulidad”, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María. “Reflexiones sobre las condiciones generales”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T IV, Civitas, Madrid, 1996.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA SERRANO, Luis María. “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria”, en *InDret*, 2018.

MIRANDA SERRANO, Luis María. “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles”, en *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

MOLIERES-FONMAUR, Benoît-Léon. *Traité des droits de lods et ventes*, Chez les Feres Perisse, Lyon, 1783.

MOLITOR, Jean Philippe. *Les obligations en droit romain*, T III, L. Hebbelynck, Gand, 1853.

MOMBERG URIBE, Rodrigo. *El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato*, Revista de Derecho, Vol XXVI, N° 1, 2013.

MONSALVE CABALLERO, Vladimir. *Responsabilidad precontractual: la ruptura injustificada de las negociaicones*, Ibañez, Bogotá, 2014.

MONTAGNÉ, Hipólito. “El contrato de adhesión”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, N° 5 y 6, 1931.

MORALES MORENO, Antonio Manuel. “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 35, N° 3, 1982.

MORALES MORENO, Antonio Manuel. “Los vicios de la voluntad”, en *Bases de un Derecho contractual europeo*, tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MORALES MORENO, Antonio Manuel. *Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una propuesta de Directiva)*, Anuario de Derecho Civil, Vol 52, BOE, 1999.

MORALES MORENO, Antonio Manuel. *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, Anuario de Derecho Civil, Vol 35, N° 3, 1982.

MORALES MORENO, Antonio Manuel. *El error en los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 2017.

MORALES, Antonio Manuel. *Claves de la modernización del derecho de contratos*, Centro de Estudios de Derecho Comparado y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2016.

MORELATO, Elisa. *Nuovi requisiti di forma nel contratto: trasparenza contrattuale e neoformalismo*, CEDAM, Padova, 2006.

MORIN, Gaston. “La désagrégation de la théorie contractuelle du Code”, en *Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique*, Sirey, 1940.

MORTET, Charles. *Étude sur la nullité des contrats dans le droit romain l’ancien droit français et le Code Civil*, Typographie Lahure, Paris, 1878.

MOSALVE CABALLERO, Vladimir. *Responsabilidad precontractual*, Ibañez, Bogotá, 2014.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Estudios sobre responsabilidad por daños*, T 3, Rubinzal y Culzoni, 1982.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Justicia contractual*, Ediar, Buenos Aires, 1977.

MOTERREI, D. Federico. *Diccionario militar español-francés*, Imprenta real, Madrid, 1828.

MOURLON, Frédéric. *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon*, T XII, A. Marquescq Ainé, Paris, 1859.

MUÑOZ LAVERDE, Sergio. “De las cláusulas abusivas”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, T IV, Vol I, Temis, Bogotá, 2010.

MUÑOZ LAVERDE, Sergio. “El principio de buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. “Nulidad de las cláusulas abusivas en el Derecho colombiano”, *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, T IV, Vol I, Temis, Bogotá, 2010.

MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo. “El control de transparencia en las cláusulas suelo”, en *Revista Bolivariana de Derecho*, N° 25, 2018.

MURRAY, John Edward. “Unconscionability: Unconscionability”, en *University of Pittsburgh Law Review*, Vol 31, 1969.

MUSIO, Antonio. “I contratti conclusi fuori dai locali commerciali”, en *La tutela del consumatore*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009.

MUSOLINO, Giuseppe. “Art. 1664-Onerosità o difficoltà dell’esecuzione”, en *Commentario del codice civile*, UTET, Torino, 2011.

NATOLI, Ugo. “La regola della correttezza e l’attuazione del rapporto obbligatorio”, en *Studi sulla buona fede*, A. Giuffrè, Milano, 1975.

NATOLI, Ugo. *L’attuazione del rapporto obbligatorio: appunti delle lezioni*, Vol II, Giuffrè, 1962.

NAVARRETTA, Emanuela. “Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo”, en *Europa e diritto privato*, Giuffrè Editore, N° 4, 2012.

NEBBIA, Paolisa. *Unfair contract terms in european law: a study in comparative and EC law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. “Da proteção Contratual”, en *Código brasileiro do defesa do consumidor*, Forense, Rio de Janeiro, 2018.

NEWMAN, Ralph A. “The renaissance of good fiath in contracting in anglo-american law”, en *Cornell Law Review*, Vol 54, 1969.

NICOLAU, Noemí Lida. “El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato”, en *Tratado de la buena fe en el derecho*, T I, La ley, Buenos Aires, 2009.

NICOLÒ, Rosario. “Adempimento”, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol I, 1958.

NIGRO, A. *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, Diritto della Banca e del Mercato Finanziario, II, 1992.

NIVARRA, Luca. “Ragionevolezza e diritto privato”, en *Ars Interpretandi: ragionevolezza e interpretazione*, CEDAM, 2002.

NIVARRA, Luca. *Ragionevolezza e diritto privato*, Ars Interpretandi: ragionevolezza e interpretazione, CEDAM, 2002.

NOORDEWIER, Marret, TOPOLINSKI, Sascha & VAN DIJK, Eric. “The temporal dynamics of surprise”, en *Social & personality psychology compass*, Vol 10, N° 3, Wiley Online Library, 2016.

NUMA, Manzur Michel. “Reflexiones sobre las cláusulas no escritas en el Código de Comercio”, en *Revista e Mercatoria*, Vol 2, N° 2, 2003.

Observations des tribunaux d’appel sur le project de Code Civil, T II, Imprimerie de la République, Paris, 1800.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena fe contractual*, Ibañez, Bogotá, 2012.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Desequilibrio en los contratos*, Tradinco S.A., Uruguay, 2008.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Tratado de Derecho de los contratos*, T III, Ij Editores, 2015.

ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel. “Las cláusulas sorpresivas en los contratos de seguro: ¿Delimitación o limitación?”, en *Revista lex mercatoria*, N° 7, 2017.

ORTONY, Andrew & PATRIDGE, Derek. “Surprisingness and expectation failure: what’s the difference?”, en *IJCAI’87 Proceedings of the 10th international joint conference on Artificial intelligence*, Vol I, Morgan Kaufmann Publishers Inc., San Francisco, 1987.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, & OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Temis, Bogotá, 1980.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *De los actos o negocios jurídicos*, Temis, Bogotá, 1980.

OVIEDO ALBÁN, Jorge. “Los principios UNIDROIT para los contratos internacionales”, en *Díakon: revista de actualidad jurídica*, No. 11, 2002.

OVIEDO ALBÁN, Jorge. *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*, Vniversitas, N° 115, Bogotá, 2008.

OVIEDO ALBÁN, Jorge. “Negociación y documentos preliminares en la contratación internacional”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 22, 2012.

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, María Concepción. “Avances en la aplicación de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 6, No. 1, 2014.

PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Istituzioni di diritto civile italiano*, Libro III, T II, Eugenio e Filippo Cammelli, Firenze, 1873.

PAGADOR LÓPEZ, Javier. “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en *La defensa de los consumidores y usuarios*, iustel, Madrid, 2011.

PAGADOR LÓPEZ, Javier. “Impugnación por los vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación”, en *Diario La Ley*, N° 2, 1999.

PAGADOR LÓPEZ, Javier. “Requisitos de inclusión o incorporación de las condiciones generales y consecuencias negativas”, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

PAGLIANTINI, Stefano. “Neoformalismo contrattuale”, *Enciclopedia del Diritto*, Annali IV, Giuffrè Editore, 2011.

PAGLIANTINI, Steffano. v. “Trasparenza contrattuale”, en *Enciclopedia del Diritto*, Annali V, Giuffrè, Milano, 2012.

PAISANT, Gilles. *Droit de la consommation*, puf, Paris, 2019.

PALACIO SÁNCHEZ, Fernando. *Seguros temas esenciales*, ECOE, Bogotá, 2016.

PALAZÓN GARRIDO, María Luisa. “El dolo como vicio del consentimiento”, en *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Vol 1, Civitas, 2016.

Pandectes françaises, T IV, Librairie Marescq Ainé, Paris, 1889.

PAPAYANNIS, Diego Martín. “La debilidad contractual en el proyecto de unificación civil y comercial”, en *Lecciones y Ensayos*, Vol 76, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

PAPAYANNIS, Diego Martín. *La lesión subjetiva-objetiva en el Derecho argentino*, Lecciones y Ensayos, Vol 81, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

PAPON, Jean. *Secrets du troisieme et dernier notaire*, Jean de Tournes Imprimeur du Roy, Lyon, 1578.

PAPON, Jean. *Trias judiciaire du second notaire*, Jean de Tournes Imprimeur du Roy, Lyon, 1575.

PAPON, Jean. *Trias judiciaire du second notaire*, Jean de Tournes Imprimeur du Roy, Lyon, 1580.

PAREDES HERNÁNDEZ, Alonso. *Ineficacia del acto jurídico*, en *Derecho de las obligaciones: con propuestas de modernización*, T II, Temis, Bogotá, 2016.

PASCUCCI, F. “Art. 33, comma 2, lett. 1)” en *I Contratti del consumatore. Commentario al código del consumo*, Padova, 2007.

PATTI, Salvatore. “La funzione sociale nella ‘civilistica italiana’ dell’ultimo secolo”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, II, 2016.

PATTI, Salvatore. *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè Editore, Milano, 2016.

PAUKNEROVÁ, Monika & PFEIFFER Magdalena. “Use of Unidroit principles of international commercial contracts to interpret or supplement contract law”, in *The lawyer Quarterly*, No. 4, Praga, 2018.

PAZOS CASTRO, Ricardo. *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

PÉGLION-ZIKA, Claire-Marie. *La notion de clause abusive*, LGDJ, Paris, 2018.

PELÁEZ DEL POZO, D. Julián. *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas*, Imprenta de D.B. González, Madrid, 1819.

PERAL, Santiago J. “La protección del consumidor bancario frente a las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios*, No. 14, 2015.

PÉREZ ESCOLAR, Marta. “Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol 68, N° 2, 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. “La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia”, en *Boletín de la facultad de Derecho*, N° 15, 2000.

PÉREZ-SERRABONA, José Luis. *El contrato de seguro interpretación de las condiciones generales*, Comares, Granada, 1993.

PERLIGNIERI, Pietro. “«Depatrimonializzazione» e diritto civile”, *Rassegna di diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane*, 1983.

PERLINGERI, Pietro & FEMIA, Pasquale. “Personalismo e solidarismo costituzionali”, en *Istituzioni di diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane*, Napoli, 2012.

PERLINGERI, Pietro. “Relazione di sintesi”, en *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

PERLINGIERI, Giovanni. *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. “Le funzioni della responsabilità civile”, en *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Università degli Studi di Siena, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. “Relazione conclusiva”, en *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, Giuffrè Editore, Milano, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *El derecho civil en la legalidad constitucional*, T I y II, Ibañez, Bogotá, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Interpretazione assiologica e diritto civile*, Corti salernitane, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Università degli Studi di Camerino, 1972.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. “Los contratos de adhesión”, en *Tratado de los contratos*, T II, Tirant lo Blanch, 2009.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Buena fe ex art. 1.258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorprendivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios*, InDret, 2016.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, 2004.

PICOD, Yves & PICOD, Nathalie. *Droit de la consommation*, Sirey, Paris, 2021.

PIÉDELIÈVRE, Stéphane. *Droit de la consommation*, Economica, 2020.

PIETROBON, Vittorino. *El error en la doctrina del negocio jurídico*, Traducción y extensas anotaciones por ALONSO PÉREZ, Mariano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.

PIETROBON, Vittorio. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1999.

PIGGOTT, Francis Taylor. “The reasonable man at common law” en *The law magazine and law review*, Vol XIV, Stevens and Haynes, London, 1889.

PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. “Contratos de contenido predispuesto: la adhesión y las condiciones generales de la contratación”, en *Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización*, T II, Universidad de los Andes, Bogotá, 2016.

PIRAINO, Fabrizio. *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principî*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

PIRAINO, Fabrizio. *La buona fede in senso oggettivo*, G.Giappichelli Editore, Torino, 2015.

PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*, T II, Librairie Générale du Droit & de Jurisprudence, Paris, 1931.

PLUTCHIK, Robert. *Theories of emotion*, Academic Press, 1980.

POCHINTESTA, Felice. *Il Codice Civile italiano*, Librería Brero Succ. P. Marietti, Torni, 1874.

PODDIGHE, Elena. *I contratti con i consumatori: la disciplina delle clausole vessatorie*, Giuffrè Editore, Milano, 2000.

POILLOT, Elisa. “Le contrôle de la transparence matérielle des clauses portant sur l'objet du contrat: une nouvelle arme en matière de lutte contre les clauses abusives”, en *Recueil Dalloz*, Paris, N° 19, 2017.

POILLOT, Élise. *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, Paris, 2006.

PONTIROLI, Luciano. “La protezione del contraente debole nei Principles of International Commercial Contracts di Unidroit: much ado about nothing?”, en *Giurisprudenza Commerciale*, I, Giuffrè Editore, Milán, 1997.

PORTELLANO DÍEZ, Pedro, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

POTHIER, Robert Joseph & DUPLIN, M. *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, T I, Pichon-Béchet, Paris, 1872.

POTHIER, Robert Joseph. *Ouvres posthumes de M. Pothier*, T II, Chez Julien-Jean Massot, Orleans, 1777.

POTHIER, Robert Joseph. *Traite des obligations*, T II, Chez Debure, l'ainé, Paris, 1761.

POTHIER, Robert Joseph. *Traité du contrat de mariage*, T I, Chez Debure, l'ainé, Paris, 1768.

POTHIER, Robert Joseph. *Traités sur différentes matières de droit civil*, T I, Chez Jean Deure, Paris, 1773.

POWELL, Jhon Joseph. *Essay upon the law of contracts and agreements*, Vol II, Messer, Chamberlaine and Rice, Dublin, 1790.

POWELL, John Joseph. *Essay upon the law of contracts and agreements*, Vol I, Dublin, Printed for Messer. Chaberlaine and Rice, 1790.

PRADA MARQUÉZ, Yolima. “De las cláusulas abusivas”, en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*, T IV, Vol I, Temis, Bogotá, 2010.

Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma, 2004.

Principios Unidroit: 2016, Instituto internacional para la Unificación de Derecho Privado, Roma, 2018.

Principles, definitios and model rules of european private law: Draft Coommon Farme of Reference (DCFR), sellier, Munich, 2009.

Procès-verbaux du Conseil d'État, contenant la discussion du projet de Code Civil, T IV, T V, Imprimerie de la République, Paris, 1804.

Projet de Code Civil, présenté par la commission nommée par le Gouvernement, T II, 1800.

Propuesta de Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018.

Proyecto de Código civil de Colombia, -primera versión, Universidad Nacional de Colombia, 2020.

Proyecto de un Código Civil para el Estado oriental del Uruguay, Imprenta de la “constitución”, Montevideo, 1852.

PUFENDORF, Samuel. *Le droit de la nature et des gens*, T II, Chez Pierre de Coup, Amsterdam, 1712.

QUADRI, G. “Intervento”, in *Trasparenza e legittimità contrattuale delle condizioni generali di contratto*, Napoli, 1992.

RAISER, Ludwing. *Das recht der allgemeinen geschäftsbedingungen*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1935.

RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Presses Universitaires de France, Paris, 1980.

RATNER, Carl. *Vygotsky's sociohistorical psychology and its and his contemporary applications*, Springer Science, New York, 1991.

RECASÉNS SICHES, Luis. “El logos de lo “razonable” como base para la interpretación jurídica”, en *Diánoia*, Vol 2, N° 2, 1956.

Recueil d'arrests du conseil. Servans de reglemens pour la présance entre les tresoires generaux de France & les officiers des presidiaux, Lyon, 1687.

Recueil des lois composant le Code civil, Vol V, T III, Chez Rondonneau, Paris, 1804.

REICH. Norbert. “Transformation of Contract Law and Civil Justice in the New EU Member Countries - The Example of the Baltic States, Hungary and Poland”, en *Penn State International Law Review*, Vol 23, N° 3, 2005.

REISENZEIN, Rainer. “Exploring the strength of association between the components of emotion syndromes: the case of surprise”, en *Cognition and emotion*, Vol 14, Routledge, London, 2000.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. “El deber precontractual de información”, en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*, T IV, Vol 1, Temis, Bogotá, 2010.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002.

Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 a 1845, T III, Au Bureau du Journal du Palais, Paris, 1846.

Reports of cases argued and determined in the Court of Chancery on the State of South-Carolina, Vol I, Cline & Hines, Columbia, 1817.

Reports of cases argued and determined in the Court of Exchequer in Equity, Vol 1, S. Swee, Chancery Lane Stevens & Sons, London, 1833.

Reports of cases argued and determined in the Supreme Court and in the Court of the trial of impeachments and the correction of errors of the State of New York, Voll III, William, Gould & Co, New York, 1825.

RESCIGNO, Pietro. “*Trasparenza*” *bancaria e diritto "comune" dei contratti*”, en *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Giuffrè Editore, Milano, I, 1990.

REYES LÓPEZ, María José. “Contratos celebrados fuera de establecimiento comercial”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters, Navarra, 2012.

REYMANN, Christoph. *Das sonderprivatrecht der Handels-und Verbraucherverträge*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

RICCI, Francesco. *Diritto civile*, Vol VI, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1886.

RICHELET, Pierre. *Dictionnaire françois, contentant les mots et les choses*, Chez Jean Herman Winderhold, Geneve, 1680.

RIEM, Fabrice. *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, L’Harmattan, 2002.

RIPERT, Georges & BOULANGER, Jean. *Traité de droit civil: d’après le traité de Planiol*, T II, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1956.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949.

RIVERA, Julio César. *La lesión en el proyecto de Código Civil de 1998*, Ar/Doc/13550/2001.

RIZZO, Vito. “Itinerario e nuove vicende della trasparenza (con particolare riguardo ai contratti del consumatore)”, en *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, Aranzadi, Navarra, 2018.

RIZZO, Vito. “Principio di trasparenza e tutela del «contraente debole» (con particolare riguardo al settore assicurativo -e finanziario-)”, en *La banca-assicurazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

RIZZO, Vito. “Sulla nozione di "stato di bisogno" nella rescissione per lesione”, en *Rassegna di diritto civile*, 1980.

RIZZO, Vito. *Le «clausole abusive» nell’esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.

RIZZO, Vito. *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997.

ROCA GUILLAMÓN, Juan. “Codificación y crisis del Derecho civil”, en *Anales de Derecho*, Vol 8, 1995.

ROCCA, Adriano. *Biblioteca del diritto o repertorio ragionato di legislazione e di giurisprudenza*, Vol VI, Parte II, Nell’I. R Privilegiato Stabilimento Nazionale, Venezia, 1859.

ROCCA, Ival & DUFRECHOU, Roberto. “Nulidad del acto jurídico por “sorpresa””, en *El Derecho Jurisprudencia General*, 108, 1984.

ROCCA, Ival. *Teoría de la “sorpresa” para la revisión del contrato*, BIAS, Buenos Aires, 1982.

RODEGHIERO, Andrea. *L’imputazione del pagamento: fondamenti e disciplina*, CEDAM, Padova, 2005.

RODOTÀ, Stefano “Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile”, en *Lezioni sul contratto*, Giappichelli, Torino, 2009.

ROGON, Joseph Adien. *Les codes expliqués par leurs motifs, par des exemples et par la jurisprudence*, Société Typographique Belge, Bruxelles, 1840.

ROGRON, Joseph-André. *Códe Napoléon expliqué*, Henri Plon, Paris, 1859.

ROLOFF, Stefanie. “§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln” en *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, OVS, Köln, 2014.

RONGA, Giovanni. *Elementi di diritto romano*, T II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1871.

ROPPO, Vincenzo. “Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale”, en *Il contratto e le tutele*, G. Giappichelli Editore, Tornino, 2002.

ROPPO, Vincenzo. “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1994.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del duemila*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 2011.

ROPPO, Vincenzo. *La definizione di clausola ‘vesatoria’ nei contratti dei consumatori*, I Contratti, N° 1, 2000.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, Milano, 2001.

ROTH, Joan L. “To have and have not: the application of U.C.C§ 2-719 to clauses limiting remedy to repair or replacement and excluding liability for consequential damages in commercial contracts”, en *University of Puget Sound Law Review*, Vol 2, Iss. 2, 1997.

ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1951.

RULIÉ, Pierre. *Théorie de l'intérêt de l'argent, tirée des principes du droit naturel de la théologie & de la politique, contre l'abus de l'imputation d'usure*, Chez Barrois l'aîné, Paris, 1780.

RUSSO, Claudio. *Trasparenza ed informazione nel contratto di assicurazione le prospettive dell'analisi economica del diritto*, CEDAM, 2001.

RÜTHERS, Bernd & STADLER, Astrid. *Allgemeiner Teil des BGB*, C.H. Beck, München, 2014.

SACCO, Rodolfo & DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*, T I, UTET, Torino, 2004.

SACCO, Rodolfo. “La preparazione del contratto”, en *Trattato di diritto privato*, UTET, Torino, 1982.

SACCO, Rodolfo. “Purezza del consenso, elementi perfezionativi del contratto, effetti del negozio: i cento articoli delle leggi, e la regola unica preterlegale”, en *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, CEDAM, 1998.

SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté: contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand*, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1929.

- SALVAT-GALLI, Derecho *civil Argentino, Obligaciones en general*, Tea t. II,
- SANCHEZ CALERO, Fernando. “Artículo 10. Deber de declaración del riesgo”, en *Ley de contrato de seguro*, Aranzadi, Navarra, 1998.
- SÁNCHEZ HERRERO, Andrés. *La imprevisión contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2019.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*, T III, Establecimiento tipográfico ‘Sucesores de Rivadeneyra’, Madrid, 1888-89.
- SANDOVAL SHAIK, Darío A. *Las condiciones generales del contrato de seguro y su control interno e internacional*, Universidad Complutense, Madrid, 2014.
- SANNICCHIO, Nicola. “La vendita a distanza come mezzi di comunicazione istantanei”, en *Le vendite aggressive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.
- SANTAMARÍA, Francisco J. *Diccionario general de americanismos*, T III, Editorial Pedro Robredo, Méjico, 1942.
- SANTARELI, Fluvio G. “El contrato de consumo en el código civil y comercial de la nación”, en *Contratos en el nuevo código civil y comercial*, T I, La Ley, Buenos Aires, 2015.
- SANTOSUOSSO, Daniele U. “Jus poenitendi e servizi di investimento: la tutela dell'investitore dall'effetto sorpresa”, en *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Vol 61, Fas. 6, 2008.
- SANZ, Raimundo. *Diccionario militar, o recolección alfabética de todos los términos propios al Arte de la Guerra...*, Oficina de D. Gerónimo Ortega y herederos de Ibarra, Madrid, 1794.
- SAPORITO, Livia. “I contratti a distanza”, en *La tutela del consumatore*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha. “La confiance dans les contrats de consummation”, en *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Paris, 2008.
- SAUX, Edgardo I. & MÜLLER, Enrique C. “Cláusulas abusivas en el contrato de compraventa de automotores”, en *Responsabilidad civil contractual y aquiliana*, Universidad Nacional del Litoral, 2005.
- SAUX, Edgardo Ignacio. *Estudios de derecho civil en su parte general*, Ivana Tosti, Santa Fe, 2002.
- SAVAUX, Éric. *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, LGDJ, 1997.
- SCALISI, Vincenzo. “Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare”, en *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, Padova, II, 1994.

SCIANCELEPORE, Giovanni. “Le clausole abusive”, en *La tutela del consumatore*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009.

SCOGNAMIGLIO, Claudio. “I nuovi vizi del consenso”, en *Annuario del contratto 2019*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019.

SCHLOSSER, Peter. “§ 3 Überraschende Klausel”, en *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1977.

SCHLOSSER, Peter. “§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln”, en *Staudinger AGB-Recht, Sellier de Gruyter*, Berlin, 2014.

SCHLOSSER, Peter. *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1977.

SCHLOSSMANN, Siegmund. *Der Vertrag*, Druck und Verlag von Breikopf und Härtel, Leipzig, 1876.

SCHMIDT-SALZER, Joachim. “Die Kontrolle ungewöhnlicher /überraschender AGB-Klauseln: deutsche Vergangenheit und europäische Zukunft” en *Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1995.

SCHMIDT-SALZER, Joachim. *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, C.H. Verlag C.H. Beck, München, 1977.

SCHULZE, Reiner & STUYCK, Jules. *Towards a european contract law*, Sellier, Munich, 2011.

SCHULZE, Reiner. *Bürgerliches Gesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 2019.

SCHWAB, Martin. *Agb-Recht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2019.

SCHWENZER, Ingeborg, PASCAL, Hachem & KEE, Christopher. *Global sales and contract law*, Oxford University Press, 2012.

SECO, Manuel. “Un lexicógrafo de la generación de Cervantes (Notas sobre el “Tesoro” de Covarrubias)”, en *Instituto de bachillerato Cervantes, misceláneas en su cincuentenario 1931-1981*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1982.

SEGOVIA, Lisandro. *Código Civil de la república de Argentina*, T I, Imprenta de Pablo E. Coni, Editor, Buenos Aires, 1881.

SENIGAGLIA, Roberto. *Accesso alle informazioni e trasparenza*, CEDAM, Padova, 2007.

SERRANO BARRIENTOS, Amagoia. “Los controles de incorporación, de contenido y de interpretación”, en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*, triant lo blanch, Valencia, 2019.

SERRANO CAÑAS, José Manuel. “La nueva caracterización legal de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles proveniente de la Directiva 2011/83/UE: ¿la superación del elemento sorpresivo?”, en *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, iustel, Madrid, 2015.

SHMIDT-SALZER, Joachim. “Das textliche Zusatz-Instrumentarium des AGB-Gesetzes gegenüber der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 48, 1995.

Sinossi giuridica, Fascicoli 361 a 372, Direzione ed Amministrazione, Roma, 1917-1918.

SIRENA, Pietro. “Art. 1469-ter, 2º comma”, en *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, T I, Giuffrè Editore, Milano, 1997.

SLAWSON, David. “The new meaning of contract”, en *University of Pittsburgh Law Review*, Vol 46, 1994.

SMITH, Adam. *Essays on philosophical subjects*, T. Cadell Jun. and W. Davies, London, 1795.

SOBRINO, Waldo. *Consumidores de seguros*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*, Vniversitas, N° 108, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004.

SPANOGLE, John Andrew, “Analyzing unconscionability problems”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol 177, 1969.

STADLER, Astrid. “§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln”, en *Jauernig Bürgerliches Gestzbuch*, C.H. Beck, München, 2018.

STARCK, Boris, Roland Henri & LAURENT, Boyer. *Droit civil, obligations: contrat*, T II, Litec, Paris, 1989.

STIGLITZ S. Rubén. “Artículo 988” en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T III, Infojus, Buenos Aires 2015.

STIGLITZ S. Rubén. “Las cláusulas sorpresivas en el Código Civil y Comercial”, en *Estudios de Direito do consumidor*, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2016.

STIGLITZ, Rubén S. & PIZARRO, Ramón D. *Lesión subjetiva. Aspectos sustanciales y procesales*, AR/DOC/1484/2010.

STIGLITZ, Rubén S. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

STIGLITZ, Rubén S. *Contratos civiles y comerciales, parte general*, T II, La ley, Buenos Aires, 2015.

STOFFEL-MUNCK. *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

STOFFELS, Markus. "Der Schutz vor überraschenden Vertragsbestimmungen", en *Gedächtnisschrift für Manfred Wolf*, C.H. Beck, München, 2011.

STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1947.

STORY, Joseph. *Comentaries on equity jurisprudence as administered in England and America*, Vol I, Hilliard, Gray & Company, Boston, 1836.

SUESCUN DE ROA, Felipe. "Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad," en *Revista de Derecho privado*, Bogotá, 2009.

Table alphabétique des matières du Code civil des français, rédigée sur l'édition originale et seule officielle, Chez Rondonneau, Paris, 1804.

TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, & CHÉNEDÉ, François. *Droit civil, les obligations*, Dalloz, Paris, 2019.

TEULET, Alexandre & D'AUVILLIERS. *Les codes français annotés*, Au Bureau du Journal du Palais, Paris, 1847.

The American and English encyclopedia of law, Vol 24, Edward Thompson Company, London, 1894.

The american museum, Vol 4, Mathew Carey, Philadelphia, 1788.

THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine. "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", en *Revue trimestrielle de droit civil*, N° 2, 1997.

TIȚA NICOLESCU, Gabriel. "Contractul de adeziune si contractul incheiat cu consumatorii. Clauzele externe și clauzele neuzuale. Clauzele nescrise", in *Revista Universul Juridic*, No. 2, 2018.

TOMKINS, Silvan Solomon. *Affect imagery consciousness*, Vol 1, Springer Publishing Company, New York, 1962.

TORRELLES TORREA, Esther. “El criterio de la razonabilidad. Un elemento reequilibrador del contrato”, en *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, 2017.

TOULLIER, Charles Bonaventure Marie. *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, T VI, Aug. Wahlen et Comp, Bruxelles, 1824.

TOULLIER, Charles Bonaventure Marie. *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, T XVII, Continuation II, Jules Renouard, Paris, 1835.

TOULLIER, Charles Bonaventure Marie. *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, T VII, Chez B. Warée, 1819.

TOULLIER, Charles Bonaventure Marie. *Le droit civil français*, T VI, Chez Cousin-Denelle, Rennes, 1814.

TRABUCCHI, Alberto. *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, CEDAM, Padova, 1937.

TROIANO, Onofrio. “Disciplina dei mercati e ius poenitendi nella contrattazione a distanza ed in quella sorprendente”, en *Saggi di diritto privato europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

TROIANO, Onofrio. “L'ambito oggettivo di applicazione e le esclusioni del D. lgs. 15 gennaio 1992, n. 50”, en *Le vendite aggressive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.

TROIANO, Stefano. “Ragionevolezza (diritto privato)”, en *Eiclopedia del Diritto*, Annali VI, 2013.

TROPLONG, Raymond Théodore. *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code: de la vente*, Adolphe Wahlen et C, Bruxelles, 1836.

TWIGG-FLESNER, Christian. “Pre-contractual duties - from the acquis to the Common Frame of Reference”, en *Common Frame of Reference and Existing EC contract law*, sellier, Munich, 2008.

TZU, Sun. *El arte de la guerra*, EDAF, Madrid, 2008.

UBALDI, Baldi. *In quartum & quintum Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1586. *Lib. IIII, Tit. De pignoratitia actione, Lex V, 9).*

ULMER, Peter, & SCHÄFER, Carsten. “§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln” en *AGB-Recht: Kommentar*, Ottoschmidt, Köln, 2016.

URIBE, Max. *Notas y apuntes lexicográficos: americanismos y dominicanismos*, Editorial Colores, Santo Domingo, 1996.

VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. *La defraudación de la confianza legítima*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

VALEMBOIS, Anne-Laure. *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, 2005.

VALENTINO, Daniela. *Recesso e vendite aggressive*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.

VALÉS DUQUE, Pablo. *La responsabilidad precontractual*, REUS, Madrid, 2012.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo. “La Propuesta De Normativa Común De Compraventa Europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 5, Nº 1, 2013.

VALLE, Laura. *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, CEDAM, Padova, 2004.

VAN ALSTINE, Michael P. *Consensus, dissensus, and contractual obligation through the prism of uniform international sales law*, Virginia Journal of International Law, Vol 37, 1996.

VANNI, Liliana Noemí. *La sorpresa como vicio de la voluntad*, Prosa, Buenos Aires, 2019.

VANNUCCHI, Riccardo. *Saggio di osservazioni intorno alla giurisprudenza romana, ed all'origine degli statuti, e leggi municipali*, Stamperia di Antonio Brazzini, Firenze, 1804.

VARELA MERINO, Elena. *Los galicismos en el español de los siglos XVI y XVII*, Vol I, 1925.

VÁZQUEZ MUIÑA, Tania. *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*, Reus, Madrid, 2018.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía. “Principales novedades que introduce la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera del establecimiento”, en *InDret*, Barcelona, 2014.

VEIGA COPO, Abel B. *Tratado del contrato de seguro*, T I, Editorial Civitas, Madrid, 2018.

VEIGA COPO, Abel. *Consumidor vulnerable*, Civitas, Navarra, 2021.

VENINI, Juan Carlos. *Responsabilidad por daños contractual y extracontractual* 2, Editorial Juris, Santa Fe, 2000.

VERDONK, Robert A. “La importancia de la parte ‘francés-español’ del diccionario nuevo de F. Sobrino para la lexicología de los siglos de oro”, en *Actas del II congreso internacional de historia de la lengua española*, T I, Pabellón de España s.a., Madrid, 1992.

VETTORI, Giuseppe. “Autonomia privata e contratto giusto”, en *Rivista di Diritto Privato*, N° 1, 2000.

VETTORI, Giuseppe. “Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio”, en *Obbligazioni e contratti*, Vol 2, 2008.

VETTORI, Giuseppe. *Contratto e rimedi: verso una società sostenibile*, CEDAM, Milano, 2021.

VICO, Giambattista. *Principi di scienza nuova di Giambattista Vico*, T I y T II, Napoli. 1744.

VITTO RIZZO, LORENZO MEZZSOMA, EUGENIO LLAMAS POMBO Y GIOVANNI BERTI DE MARINIS, *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del Covid-19*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

VIVANTE, Cesare. “Le clausole della polizza di carico. La responsabilità civile degli armatori”, en *Archivio Giuridico*, Vol XXIV, Presso la Direzione dell’archivio Giuridico, Pisa, 1880.

VIVES MONTERO, María Luisa. “Traducción de la reforma 2002 del BGB”, en *Anuario de derecho civil*, N° 3, Boletín Oficial del Estado, 2002.

VOET, Johannis. *Commentarius ad Pandectas*, T II, Abrahamum de Hondt, Hagae-Comitum, 1704.

VOLANSKY, Alexandre Al. *Essai d’une définition expressive du Droit basée sur l’idée de bonne foi*, Librairie de Jurisprudence Ancienne & Moderne, Paris, 1930.

VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de Derecho privado romano*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.

VON CLAUSEWITZ, Carl. *De la guerra*, La Esfera de Los Libros SL, Madrid, 2014.

VON IHERING, Rudolf. *El fin en el derecho*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1978.

VON SAVIGNY, Federich Karl. *Sistema del diritto romano attuale*, T I, Torino, 1886.

WATERMAN, Thomas Whitney. *A practical treatise on the law relating to the specific performance of contracts*, Baker, Voorhis & Co., New York, 1881.

WEINGARTEN, Celia & GHERSI, Carlos A. “Los principios generales del Derecho y la contratación” en *Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2011.

WEST, Michael G. *Disclaimer of warranties – its curse and (possible) cure*, Clearinghouse Review, Vol 4, 1971.

WILKINSON-RYAN, Tess. “The perverse consequences of disclosing standard terms”, en *Cornell Law Review*, Vol 103, 2017.

WILLETT, Chris. *Fairness in consumer contracts*, Routledge, London, 2016.

WILLIAMS, Charles F. *American and english encyclopaedia of law*, Vol XXIV, Edward Thompson Comopany, New York, 1894.

WILLIS, Richard H. “Surprise”, en *The Corsini encyclopedia of psychology and behavioral science*, Vol 4, John Wiley & Sons, New York, 2001.

WOLF, Manfred & NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, C.H. Beck, München, 2016.

WURMNEST, Wolfgang. “Inhaltskontrolle” en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H. Beck, München, 2016.

YAMASAKI, Isabel Domínguez. “La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 9, 2017

YANG, Shaolang. “Information obligations and desinformation of consumers: chinese law report”, en *Information obligations and desinformation of consumers*, Springer, 2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*, Einaudi Contemporanea, Torino, 1992.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

ZIMMERMAN, Reinhard. *The new German law of obligations*, Oxford University Press, 2005.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1996.

ZUEL GOMES, Rogério. *Teoria contractual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.

Resumen

Tesis: La sorpresa jurídicamente relevante en el ámbito contractual: Especial referencia al Derecho del consumo

Presentada por: **Carlos Esteban Jaramillo Mor**

Dirigida por: **Prof. Dr. Eugenio Llamas Pombo**

Prof. Dr. Lorenzo Mezzasoma

I

El propósito general del presente escrito, es el de auscultar, en tiempo presente, la recóndita figura de la sorpresa en materia jurídica, fundamentalmente en la esfera contractual, de exiguo tratamiento en la campo internacional, con notables excepciones, la cual, a pesar de lo expresado, hoy comienza a asomar en diversos escenarios jurídicos, emparentándose, o manifestándose a través de diferentes figuras, estas sí, mayormente abordadas en el esfera del Derecho, así no se denominen siempre de igual manera, lo que explica que dicha figura, de una u otra forma, cada vez más despierte y cautive la atención y el interés del auditorio jurídico, en general (legisladores, jueces, notarios, autores, estudiantes, etc.). Aunque sea cierto que, hasta la fecha, aún no se cuente con una visión conjunta y plenamente consolidada de la misma, pues así en ocasiones se acuda a ella sin aludir directa y reflexivamente a la expresión ‘sorpresa’, suele desconocerse su auténtica significación y su amplio espectro en el escenario jurídico.

En efecto, pese a lo que, *prima facie* podría pensarse, en el sentido de que nos encontramos ante una temática que se desvanece por entero en los dominios de la filosofía, de la sociología o de la psicología, lo cierto, muy por el contrario, es que la sorpresa representa una figura que es poseedora de una dimensión jurídica, y que, por lo tanto, amerita ser objeto de un importante tratamiento por parte del Derecho, y más concretamente del Derecho contractual, en especial en el ámbito del consumo, siendo este el espacio en el que encontrará su mayor desarrollo.

Desde esta perspectiva, al tener presente, de un lado, que el punto de partida para lograr comprender adecuadamente las interrelaciones jurídicas -dentro de las cuales se encuentran las contractuales-, será siempre el individuo y su dignidad. Y del otro lado, al entender que la sorpresa interioriza un acontecimiento que, desde un ángulo fenomenológico, tiene amplio potencial para generar un estado de conmoción y perplejidad, una especie de ‘agitación de los espíritus’ en la persona que la padece (el sorprendido), creemos que se torna necesario concluir que, la sorpresa, bien concebida, encarna una problemática que no puede ser soslayada por el Derecho, por esencia social y, de consiguiente, preocupado por los sujetos más vulnerables y, en nuestro caso, propensos a ser sorprendidos.

Ahora bien, no cabe duda alguna que, sin perjuicio de lo mencionado, no toda sorpresa, por el simple hecho de serlo, llegará a trascender en el escenario jurídico y, en tal virtud, merecer

una específica respuesta por parte de los ordenamientos, pues ello indefectiblemente traería consigo un amplio margen de inseguridad que desarticularía los engranajes en los que se sustenta el correcto funcionamiento de nuestros sistemas legales. Por ello, hemos procurado perfilar el concepto de la ‘sorpresa jurídicamente relevante’, como aquel que consideramos más adecuado para dimensionar la naturaleza lesiva, pérfida e indeseada, amén de perjudicial, que suele revestir la sorpresa en el marco del Derecho, la cual, a su vez, permite justificar el consecuente rechazo a lo sorpresivo, procurando evitar que vulneren caros postulados como lo son el de la seguridad y la estabilidad jurídicas, sin cerrarle al paso a otros de particular importancia y vigencia, por ejemplo el equilibrio, la solidaridad y la justicia contractuales.

En este orden de ideas, podemos señalar que, cuando la sorpresa -en su dimensión negativase decanta e individualiza-, hasta el punto de compaginar con el concepto, de suyo más limitado, de la ‘sorpresa jurídicamente relevante’, se torna evidente la necesidad de rechazarla categóricamente, bien en la esfera legislativa, o judicial, según el caso, comoquiera que legisladores y jueces tienen la elevada responsabilidad de evitar, o de conjurar los efectos perjudiciales que derivan de esta última, los que no podrán entonces ser ignorados, o tolerados.

II

Esclarecido entonces que la sorpresa, o más acertadamente la ‘sorpresa jurídicamente relevante’, es una institución de amplio calado, más del que a primera vista pareciera, sobre todo en la esfera contractual, debemos ser plenamente conscientes, aun a riesgo de ser reiterativos, que para nada resulta baladí o trivial, como si en realidad ella fuera banal o insustancial, toda vez que, como se podrá corroborar, goza de trascendente relevancia y de inocultable significación, la que no solo se limita al campo meramente académico, sino que, en adición, se proyecta con interés e incuestionable utilidad en el campo práctico, lo que hace que resulte verdaderamente ‘sorprendente’ que, aun en la actualidad, la sorpresa no posee una clara y delimitada morfología conceptual.

Efectivamente, si bien podría llegar a pensarse que la sorpresa representa una ‘nueva’ o ‘joven’ figura jurídica, cuya génesis se remontaría hasta mediados del siglo pasado, entendiéndose así como fruto exclusivo de las mutaciones que se producirían tanto en el contexto económico como en el social –y que repercutieron fuertemente en el marco del Derecho-, hemos podido corroborar que, en realidad, las huellas de la sorpresa en la historia *iuris* pueden ser rastreadas, como mínimo, hasta las mismas puertas del periodo en el cual el ‘viejo continente’ estaría descubriendo los extensos y fértiles parajes del ‘nuevo mundo’, sin perjuicio de que puede llegar a considerarse que parte de su esencia, en rigor, encuentra fundamento en el venerable Derecho romano.

Al respecto, cabe resaltar que, de la lectura y análisis de algunas reveladoras obras pertenecientes a los siglos XVI, XVII, XVIII y XIX, en las que se logra verificar algún desarrollo, así sea fragmentario, de la sorpresa en el plano jurídico, tanto en el marco de los sistemas jurídicos de corte romano germánico, como también de aquellos pertenecientes al sistema anglosajón, es posible verificar que la misma llegó a ser concebida como una especie de anomalía general, llamada a trastocar -o a turbar- la formación de la voluntad y, adúlterar,

con ello, el proceso decisorio de un juez, de una autoridad, del soberano, o incluso del Rey, al momento de realizar una actuación de naturaleza administrativa.

Lo anterior condujo a que esta concepción de la sorpresa como un componente anómalo y perturbador de la *voluntas*, de la mano de algunos de los más acreditados estudiosos pertenecientes a la acrisolada escuela del iusnaturalismo, particularmente durante las dos últimas centurias de la denominada ‘edad moderna’, fuese trasladada al campo de las convenciones entabladas entre los particulares, en las que se perfilaría igualmente como una especie de ‘imperfecto’ transversal con potencialidad para desencuadernar el consentimiento negocial, articulándose con aquellos que posteriormente serían concebidos como los tres vicios clásicos, históricos o canónicos de la voluntad, esto es: el error, la fuerza y el dolo.

De esta manera, en atención al examen conferido a la sorpresa en el escenario jurídico, la noción de la sorpresa llegó a permear el afamado movimiento codificador decimonónico, a tal punto que contaría con expresa tipificación, siendo este un hecho que, no obstante su incuestionable transcendencia, ha pasado virtualmente desapercibido.

Por lo tanto, y a pesar de la existencia de una visión más genérica de la sorpresa, reflejada en algunos de los estudios que antecedieron al siglo XVIII, la figura en cuestión ulteriormente fue tipificada en el marco del artículo 1255 del histórico Código Civil francés de 1804, el cual, al disciplinar el supuesto de la imputación del pago efectuada por parte del acreedor, determinó que, si un deudor de varias deudas acepta un recibo en el que figura una imputación no podrá después pretender que la misma se realice sobre otra deuda, a no ser que hubiera habido ‘dolo o sorpresa por parte del acreedor’, siendo esta una fórmula que posteriormente sería receptada por un importante número de codificaciones de los siglos XIX y XX, entre otros ejemplos paladinos, el Código Civil belga (artículo 1255), el Código Civil italiano originario (artículo 1479), el Código Civil de Uruguay (artículo 1479), el anterior Código Civil argentino (artículo 775); el Código Civil de Venezuela (artículo 1304); el Código Civil de la República Dominicana (artículo 318); y el Código Civil de Bolivia (artículo 318), entre otros más.

De lo expuesto con antelación, llama poderosamente la atención el hecho de que, con posterioridad, en cierto modo, se le hubiera ‘perdido la pista’ a esta reveladora y genérica figura por un apreciable número de años, lo que daría lugar a que, en la actualidad, en forma más generalizada, suela desconocerse su verdadera significación y sus elocuentes antecedentes históricos, lo que no se opone a que en círculos más especializados y académicos, se refiera a un verdadero renacimiento de la ‘sorpresa’.

III

A tono con lo sucintamente expresado, debemos señalar que, bien vistas las cosas, como consecuencia de los nuevos retos y desafíos que han puesto a prueba y que han impactado en el ámbito jurídico en las últimas décadas, la idea del rechazo a lo sorpresivo ha adquirido una mayor fuerza y dimensión. Por ello, como natural resultado del giro vertiginoso que generó el abrupto cambio de una economía sustentada primordialmente en el modelo agrícola y artesanal, en la que la libre y paritaria negociación se instituía como fundamento ordinario de cualquier relación contractual, a una economía sustentada en el consumo cuyas voraces

exigencias han dado paso a la necesidad de recurrir a la implementación de modelos masificados de contratación, instrumentalizado para ello innovadoras e impensadas herramientas tecnológicas, se abrirían las puertas al surgimiento de un denso y complejo escenario negocial, de suyo propicio para que en ocasiones la sorpresa, así como la trampa, el ventajismo, los abusos y los engaños afloraran con mayor facilidad, e incluso, en oportunidades, con una lamentable impunidad, carcomiendo así la lealtad y la confianza intersubjetivas, las que deben imperar de forma imperturbable en todo acuerdo contractual, para que de esta forma el tráfico jurídico pueda fluir de modo adecuado y eficiente.

De igual modo, con ocasión de la impetuosa expansión de del Derecho del consumo, se ha evidenciado en los últimos lustros, a nivel internacional, la integración de importantes instrumentos, tanto de naturaleza preventiva como correctiva -o remedial-, que al menos, en determinados escenarios, han permitido conjurar los desdeñosos efectos derivados de la sorpresa, comprobándose que en la actualidad ha empezado a obtener más forma un nuevo y definido paradigma de protección de la voluntad y del consentimiento en el marco contractual, que se ve representado por la idea del rechazo a lo sorpresivo, constituyendo así una suerte de adarga o escudo que se instaura para proteger caros intereses de los individuos que participan en el tráfico negocial. Especialmente, en tratándose de sujetos que se encuentran en una particular situación de debilidad, lo que explica el hecho de que, la sorpresa, como figura jurídica, se desenvuelva con mayor dinamismo en el ámbito del Derecho del consumo, ya que será precisamente en este escenario en el que actuará más.

En tales circunstancias, resulta imperativo acatar la elocuente reflexión que con tanta claridad y precisión fue puesta de presente en los debates de la Asamblea Nacional Francesa en el año de 1794, a cuyo tenor: “Los representantes del pueblo deben enseñar a los ciudadanos que el orden social, la probidad y la justicia exigen imperiosamente que los pactos hechos libremente y de buena fe sean religiosamente observados, así como también que los actos consentidos por los *odiosos medios de la sorpresa*, del dolo, de la violencia y de la intriga, *deben ser aniquilados*” (se destaca).

IV

Siguiendo esta misma línea, y habiendo desglosado algunos de los aspectos más generales atinentes al contenido la importancia y proyección de la figura de la sorpresa jurídicamente relevante, a continuación, en nuestra investigación, le pasaremos revista a algunas de las manifestaciones de esta figura en el ámbito contractual, anticipando que, en orden a respetar los límites trazados en ella, hemos optado por realizar un estudio particularizado de las más elocuentes, máxime cuanto buena parte de las mismas se anidan en el Derecho del consumo, sin perjuicio de que reconocemos la existencia de muchas otras epifanías de la sorpresa jurídicamente relevante que se inscriben en la esfera negocial, *lato sensu*, las que anhelamos poder examinar con mayor detenimiento en un futuro y en otra ocasión, a lo que se suma el desolador panorama registrado por la Pandemia en sede negocial, en el cual la temática de la sorpresa no ha dejado de ‘sorprendernos’.

Por tanto, nos ocuparemos de la proyección de la sorpresa en el terreno de la divulgada teoría de los vicios de la voluntad, y lo haremos tanto desde su perspectiva más clásica y general, como también a partir de la nueva dimensión que ha adquirido en la actualidad, lo que nos permitirá constatar que la sorpresa no representa una especie de vicio ‘puntual’ o de ‘menor’ linaje, como algunos han pretendido, pretextando que su margen de aplicación se encuentra subyugado a un único y concreto escenario: la imputación del pago, o que se asimila a un ‘dolo menor’, lo que también es erróneo, según se expresará.

Sobre el particular, si bien es cierto que en el marco de la codificación decimonónica la sorpresa no llegó a hacer parte de aquella afamada tipificación de los tres únicos pilares sobre los cuales estribaría por entero el peso de la teoría de los vicios de la voluntad, de la morfología conceptual propia de la sorpresa logrará abstraerse que esta puede llegar a configurarse como una genérica anomalía que tiene la virtualidad de flagelar la voluntad necesaria para entablar vínculos negociales válidos.

En este sentido, es tan estrecha la relación que se predica de la idea de la proscripción de la sorpresa y del propósito de proteger la sanidad del consentimiento contractual que, aun a falta de una expresa tipificación de la sorpresa como vicio, al menos con una proyección genérica, en el marco de algunos ordenamientos jurídicos, en la actualidad, se ha llegado a concebir que la sorpresa se instituye como un ‘nuevo vicio de la voluntad’ que se ha abierto camino a través de diferentes instrumentos legislativos en la posmoderna regulación del Derecho contractual en el plano internacional.

En esta misma dirección, entonces, la sorpresa hoy por hoy no se arroja únicamente con ropajes clásicos, sino que igualmente lo hace con ropajes modernos, acordes con los nuevos lineamientos del Derecho del consumo y del renovado Derecho contractual; es decir que, sin traicionar las enseñanzas del pasado, la sorpresa también es hija del presente y, a su turno, lo será del futuro.

V

En concordancia con lo dicho, por ser en nuestro estudio un tema neurálgico, en capítulo separado nos centraremos en las denominadas ‘cláusulas sorprendivas’, también llamadas ‘sorprendentes’, ‘insólitas’ o ‘inusuales’, aunque anticipamos que consideramos más conveniente acudir al primero de tales calificativos, las cuales, por su contenido, significación y alcance, en nuestra opinión, representan una de las manifestaciones más reveladoras de la sorpresa jurídicamente en la contemporaneidad, la que, por lo demás, en los tiempos que corren, se ha expandido sustancialmente, a punto tal que, como se podrá corroborar, actualmente la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas hace parte de un buen número de ordenamientos jurídicos, así como también ha llegado a incidir en los instrumentos de armonización internacional.

En consecuencia, nos adentraremos en el estudio de la sorpresa en la órbita contractual, concretamente cuando esta hace presencia en una cláusula o cláusulas de un contrato, tema de vital importancia en el Derecho de contratos contemporáneo, como hemos indicado, el que, con razón, se muestra cada vez más reacio a aceptar la inclusión de clausulados que, por sus connotaciones negativas y perjudiciales, impliquen el quebranto de la buena fe, y, de paso, de la propia justicia contractual, en especial -aun cuando no exclusivamente- en

aquellos contratos de contenido predispuesto, y de los contratos de consumo, de los que no puede predicarse la existencia de una auténtica negociación, sino de una simple aceptación del co-contratante alrededor del contenido preestablecido por la otra parte contractual.

Para tales efectos, resultará pues imperativo aludir, de la mano de las cláusulas sorpresivas, a las más conocidas ‘cláusulas abusivas’ con las que comparten elementos afines, a punto tal que gran parte de quienes han estudiado la materia, han optado por encasillar a las primeras dentro de las segundas, pregonando una relación de género a especie, postura que, aun cuando respetable, precisamente por sus paralelismos e indiscutibles vasos comunicantes, no compartimos integralmente, por cuanto no pueden considerarse como figuras análogas en todos y cada uno de los supuestos contractuales, a pesar de que suelen materializarse conjuntamente, lo cual es cosa enteramente diversa, pues consideramos que es necesario entender que el elemento sorpresa cuenta con una entidad tan definida que éste, por sí mismo, cuando se torne lesivo y perjudicial, podrá dar lugar a la consecuente proscripción de un determinado clausulado en el que se refleje o incida.

VI

En lo que atañe a la metodología y el plan elegido, hemos preferido abordar, en un primer término, los aspectos más generales en relación con la sorpresa y más específicamente de la ‘sorpresa jurídicamente relevante’, para luego dar cabida, en un segundo término, al estudio más particularizado de algunas de las manifestaciones más relevantes de la sorpresa en el ámbito del Derecho contractual contemporáneo. Para este propósito, pretendemos soportarnos en un importante material jurídico, aunque algo disperso, de tal suerte que hemos recurrido a una diversidad de fuentes bibliográficas pertenecientes a una variedad de sistemas jurídicos, tanto del *civil law* como del *common law*, buscando con ello dar una visión más global en relación con la problemática que se desprende de la sorpresividad, lo que no impide advertir que, la doctrina española, al igual que italiana, por su significado, forman gran parte del núcleo de la presente investigación.

Complementariamente, cabe manifestar que, a pesar de que para efectos de nuestra análisis nos hemos apoyado principalmente en fuentes de naturaleza doctrinal, igualmente hemos procurado consultar, en lo pertinente, importantes y reveladoras fuentes jurisprudenciales, así como también legislativas e incluso ‘pre-legislativas’, las cuales permiten atestiguar que la proyección de la sorpresa en el terreno jurídico no se agota únicamente en los fondos doctrinales, sino que, muy por el contrario, la misma, en razón de su connotada relevancia, ha impactado tanto en sede jurisprudencial como, inclusive, ello es muy elocuente, en la legislativa, a nivel internacional, en la que ha llegado a un obtener un especial acogimiento, particularmente en los últimos años, todo lo cual ha puesto de manifiesto el valor que reviste la temática en la actualidad.

Con fundamento en todo lo anterior, y apoyándonos en el método deductivo, dedicaremos los primeros dos capítulos al estudio de la sorpresa a partir de su proyección más amplia y general en el ámbito jurídico, siendo este uno de los propósitos más relevantes de nuestra investigación, puesto que, como ya lo hemos anticipado, ella no ha solido ser abordada desde

una dimensión general en el marco del Derecho contemporáneo –a diferencia de lo sucedido en su etapa renacentista-, pues las aproximaciones que se han realizado a la misma, por regla, se han enfocado en estudiar sus concretas manifestaciones de modo insular y desligado.

Por consiguiente, en el primero de los capítulos, el cual cuenta con una naturaleza más introductorio, realizamos un estudio de carácter aproximativo, para lo cual efectuamos un sucinto análisis etimológico, psicológico y filosófico del entorno de la ‘sorpresa’, con el cometido de poder facilitarle al lector el tránsito a una cosmovisión más jurídica, al igual que para poner de presente los factores más relevantes que se desprenden de la sorpresa desde su concepción más panorámica como emoción humana y que cuentan con una importante trascendencia al momento de evaluar la naturaleza jurídica de esta figura.

De igual modo, en este primer e introductorio capítulo, nos acercamos a la sorpresa a partir de sus antecedentes históricos en el Derecho, partiendo de antiquísimos textos, los que no siempre resultan conocidos, y que evidenciarán la presencia, siglos atrás, de esta figura tuitiva en el entorno jurídico.

Por su lado, en el segundo capítulo entraremos a delinear el concepto de la ‘sorpresa jurídicamente relevante’, el cual consideramos como el más adecuado para lograr implantar, en un modo más claro y sustantivo, la idea del rechazo a lo sorpresivo al ámbito jurídico. De la misma manera, en este punto de nuestra investigación pondremos de presente como aquella idea del rechazo a lo sorpresivo compagina de mejor forma con la relectura del Derecho contractual y del Derecho del consumo en clave humanística y constitucional, acorde con la protección especial de quienes se encuentran en situación de debilidad, o vulnerabilidad.

Posteriormente, en los tres capítulos siguientes nos ocuparemos de algunas de las manifestaciones más reveladoras de la sorpresa jurídicamente relevante en el Derecho contractual y, más particularmente en la órbita del consumo, en la actualidad.

En efecto, en el tercer capítulo abordamos la temática de la sorpresa en el terreno de los vicios de la voluntad, lo cual haremos tanto desde su perspectiva más clásica y general, como también conforme a su proyección más contemporánea. A su vez, y en estricta consonancia con lo anteriormente expuesto, analizaremos la incidencia de la sorpresa en el campo del Derecho del consumo, específicamente en sede de la conocida contratación celebrada fuera de los establecimientos comerciales, así como también de la contratación a distancia, en la que el ‘elemento sorpresa’ influye en forma decisiva.

Finalmente, los dos restantes capítulos los hemos dedicado al estudio de la figura de las cláusulas sorpresivas, temática de cardinal significado en la contratación que amerita detallado examen, en razón de que, en nuestra opinión, este tipo de clausulados anómalos son uno de los conductos o vías más usuales con arreglo a los cuales el consabido elemento sorpresa suele influir e impactar negativamente en las relaciones negociales.

Así, en el cuarto capítulo, nos damos a la tarea de realizar un escrutinio introspectivo de los aspectos más particulares de la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas, con miras a estudiar su noción general, su ámbito de aplicación, y a su vez algunos de las aristas más importantes de la misma, una de ellas atinente al ‘elemento sorpresa’, el cual se configura

como el componente nuclear de la regla en cuestión, y de la idea de la protección de las legítimas y razonables expectativas, de tanto calado en la hora de ahora.

Por su parte, en el último capítulo, le pasaremos revista a uno de los temas más álgidos, tanto en el marco teórico como en el funcional, de la regla de las cláusulas sorprendidas, el que tiene que ver con el modo en el que las mismas deben ser reguladas, esto es, si ellas deben ser incorporadas de modo autónomo e independiente en el marco del denominado control de inclusión, o si por el contrario las mismas deben entenderse como una especie de ‘subcategoría’ de las cláusulas abusivas y, por lo tanto, deben ser incardinadas en el ámbito del llamado control de contenido. De igual forma, por su valor, concluiremos con el estudio en el Derecho comparado de la regla de las cláusulas sorprendidas.