



Sebastián Nicolás Campos Micin

# **EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS**

Criterios para su estructuración  
en el derecho chileno



**EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE CLÁUSULAS NO NOGOCIADAS.  
CRITERIOS PARA SU ESTRUCTURACIÓN EN EL DERECHO CHILENO**

SEBASTIÁN NICOLÁS CAMPOS MICIN

2024 RUBICÓN EDITORES

[www.rubiconeditores.cl](http://www.rubiconeditores.cl)

[contacto@rubiconeditores.cl](mailto:contacto@rubiconeditores.cl)

ISBN: 978-956-9947-90-2

1ª edición septiembre de 2024

Tiraje: 400 ejemplares

Impresores: Castro & Mac Donald SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

Ninguna parte de este libro puede ser reproducida, transmitida o almacenada, sea por procedimientos mecánicos, ópticos o químicos, incluidas las fotocopias, sin permiso escrito del editor.

# ÍNDICE

## **AGRADECIMIENTOS**

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>19</b>
---------------------------	-----------

<b>CAPÍTULO I. ORIGEN Y BASES DOGMÁTICAS DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS EN EL DERECHO ALEMÁN .....</b>	<b>37</b>
---	-----------

### **1. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO**

### **2. CONTEXTUALIZACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

<b>2.1. OBJETIVOS DE LA AGBG .....</b>	<b>40</b>
--	-----------

<b>2.2. REGULACIÓN GENERAL .....</b>	<b>42</b>
--------------------------------------	-----------

2.2.1. PRELIMINAR .....	42
-------------------------	----

2.2.2. HACIA UNA MAYOR TRANSPARENCIA EN LOS MERCADOS: MEJORAMIENTO DE LAS CONDICIONES MATERIALES Y JURÍDICAS PARA UNA EFECTIVA AUTOPROTECCIÓN DE LOS INTERESES POR PARTE DE LOS CLIENTES .....	43
--	----

2.2.2.1. EL CONTROL DE INCORPORACIÓN .....	43
--	----

2.2.2.2. EL CONTROL DE SORPRESIVIDAD .....	46
--	----

2.2.2.3. LA REGLA DE PREVALENCIA DE LOS ACUERDOS INDIVIDUALES .....	50
---	----

2.2.2.4. LA REGLA DE INTERPRETACIÓN <i>CONTRA PROFERENTEM</i> .	53
---	----

2.2.3. HACIA UNA MAYOR JUSTICIA CONTRACTUAL: LA TUTELA DE CIERTA MEDIDA DE EQUILIBRIO NORMATIVO EN EL CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES .....	55
<b>2.3. SOBRE EL ALCANCE DEL DEBER DE TRANSPARENCIA. HIPÓTESIS NO REGULADAS .....</b>	<b>62</b>
<b>3. INCARDINACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL EN EL CONTROL DE CONTENIDO: LA GENERACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA ABUSIVIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA</b>	
<b>3.1 ORIGEN .....</b>	<b>66</b>
<b>3.2. MOTIVACIÓN .....</b>	<b>72</b>
<b>3.3. POSITIVIZACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA .....</b>	<b>75</b>
<b>3.4. BASES DOGMÁTICAS DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA .....</b>	<b>78</b>
3.4.1. FUNCIONES DEL DEBER DE TRANSPARENCIA .....	78
3.4.2. CONTENIDO DEL DEBER DE TRANSPARENCIA .....	80
3.4.2.1. PRELIMINAR .....	80
3.4.2.2. TRANSPARENCIA DEL CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES .....	80
3.4.2.3. TRANSPARENCIA EN LA ORDENACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES .....	82
3.4.3. ESTÁNDAR DE APRECIACIÓN DE LA TRANSPARENCIA .....	82
3.4.4. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y DEBER DE TRANSPARENCIA .....	86
3.4.5. ÁMBITO DE APLICACIÓN .....	87
3.4.5.1. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN .....	87
3.4.5.2. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN .....	88
3.4.6. PERJUICIO INJUSTIFICADO: ¿CONSECUENCIA CONTINGENTE O INEVITABLE DE LA FALTA DE TRANSPARENCIA? .....	90

3.4.7. HACIA UNA TIPOLOGÍA DE HIPÓTESIS DE ABUSIVIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA .....	91
3.4.8. LÍMITES DEL DEBER DE TRANSPARENCIA .....	95
<b>3.5. INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS POR FALTA DE TRANSPARENCIA .....</b>	<b>97</b>
<b>4. PONDERACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA ABUSIVIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA</b>	
<b>4.1. PRELIMINAR .....</b>	<b>99</b>
<b>4.2. SOBRE LA INCONSISTENCIA DOGMÁTICA DE LA INCARDINACIÓN DEL EXAMEN DE TRANSPARENCIA MATERIAL EN EL CONTROL DE CONTENIDO .....</b>	<b>99</b>
<b>4.3. SOBRE LA POSIBILIDAD DE APRECIACIÓN DE SORPRESIVIDAD EN EL MARCO DE UN JUICIO COLECTIVO .....</b>	<b>100</b>
<b>4.4. SOBRE EL CARÁCTER ARTIFICIAL DE LAS HIPÓTESIS DE ABUSIVIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA .....</b>	<b>102</b>
<b>4.5. CONCLUSIONES PRELIMINARES .....</b>	<b>105</b>
<b>CAPÍTULO II. MODOS DE ESTRUCTURACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS. ESPECIAL ALUSIÓN AL CASO DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE .....</b>	<b>111</b>
<b>1. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO</b>	
<b>2. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA DIRECTIVA 93/13/CEE Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE</b>	
<b>2.1 CONTEXTUALIZACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DISEÑADO POR LA DIRECTIVA 93/13/CEE .....</b>	<b>115</b>
2.1.1. HISTORIA .....	115
2.1.2. OBJETIVO GENERAL DE LA DIRECTIVA .....	119
2.1.3. PROTECCIÓN DE LA JUSTICIA Y LA TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS EN EL MARCO DE LA DIRECTIVA .....	121

2.1.4. MODELO DE APRECIACIÓN DE ABUSIVIDAD .....	127
<b>2.2. EL MODO DE ESTRUCTURACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA DIRECTIVA 93/13/CEE .....</b>	<b>134</b>
2.2.1. PRELIMINAR: EL CONTROL DE TRANSPARENCIA COMO UN CONTROL DIVERSO DEL DE CONTENIDO .....	135
2.2.2. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA .....	136
2.2.3. LA FALTA DE TRANSPARENCIA COMO CAUSA DE EXTENSIÓN DEL CONTROL DE CONTENIDO A CLÁUSULAS RELATIVAS A LOS <i>ESSENTIALIA NEGOTII</i> .....	139
2.2.4. FUNCIONES DEL DEBER DE TRANSPARENCIA .....	144
2.2.5. CONTENIDO Y ALCANCE DEL DEBER DE TRANSPARENCIA ...	147
2.2.6. LÍMITES DEL DEBER TRANSPARENCIA .....	159
2.2.7. ESTÁNDAR DE APRECIACIÓN DE ABUSIVIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA .....	161
2.2.8. FALTA DE TRANSPARENCIA Y DESEQUILIBRIO IMPORTANTE	163
2.2.9. HACIA UNA TIPOLOGÍA DE HIPÓTESIS DE ABUSIVIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA .....	170
2.2.10. INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS POR FALTA DE TRANSPARENCIA .....	173
<b>3. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LOS INSTRUMENTOS DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS Y EN EL CESL</b>	
<b>3.1. EL DEBER DE TRANSPARENCIA EN LOS INSTRUMENTOS DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS .....</b>	<b>179</b>
<b>3.2. EL DEBER DE TRANSPARENCIA EN EL CESL .....</b>	<b>186</b>
<b>4. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES</b>	

<b>4.1. EL CASO FRANCÉS .....</b>	<b>190</b>
<b>4.2. EL CASO INGLÉS .....</b>	<b>199</b>
<b>4.3. EL CASO DE LOS PAÍSES NÓRDICOS .....</b>	<b>209</b>
<b>4.4. EL CASO ITALIANO .....</b>	<b>217</b>
<b>4.5. EL CASO PORTUGUÉS .....</b>	<b>224</b>
<b>4.6. EL CASO ESPAÑOL .....</b>	<b>230</b>
 <b>5. PONDERACIÓN DE LOS MODOS DE ESTRUCTURACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA</b>	
<b>5.1. PRELIMINAR .....</b>	<b>255</b>
<b>5.2. PONDERACIÓN DE LA INCARDINACIÓN TOTAL O PREDOMINANTE DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN EL CONTROL DE CONTENIDO .....</b>	<b>256</b>
5.2.1. CONSISTENCIA INTERNA Y BONDADES .....	256
5.2.2. DESAFÍOS PENDIENTES .....	259
5.2.3. LA INCARDINACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN EL CONTROL DE CONTENIDO COMO CAUSA DE INSEGURIDAD JURÍDICA .....	262
<b>5.3. PONDERACIÓN DE LA INCARDINACIÓN TOTAL O PREDOMINANTE DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN EL CONTROL DE INCORPORACIÓN .....</b>	<b>263</b>
<b>5.4. CONCLUSIONES PRELIMINARES: MÁS ALLÁ DEL MODO ESPECÍFICO DE ESTRUCTURACIÓN .....</b>	<b>269</b>
 <b>CAPÍTULO III. ESTRUCTURACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS EN EL DERECHO CHILENO .....</b>	
<b>273</b>	
 <b>1. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO</b>	
 <b>2. CONTEXTUALIZACIÓN</b>	

<b>2.1. OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN SOBRE CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS EN LA LPDC .....</b>	<b>274</b>
<b>2.2. PREMISA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN SOBRE CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS EN LA LPDC .....</b>	<b>280</b>
<b>2.3. REGULACIÓN GENERAL .....</b>	<b>283</b>
2.3.1. PRELIMINAR .....	284
2.3.2. HACIA UNA MAYOR TRANSPARENCIA EN LOS MERCADOS: MEJORAMIENTO DE LAS CONDICIONES MATERIALES Y JURÍDICAS PARA UNA EFECTIVA AUTOPROTECCIÓN DE LOS INTERESES POR PARTE DE LOS CLIENTES .....	285
2.3.2.1. EL CONTROL DE INCORPORACIÓN .....	285
2.3.2.2. LA REGLA DE PREVALENCIA DE LOS ACUERDOS INDIVIDUALES .....	290
2.3.2.3. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR AL ADHERENTE UN EJEMPLAR DEL CONTRATO QUE SE HUBIESE CELEBRADO POR ESCRITO .....	294
2.3.2.4. LA REGLA DE INTERPRETACIÓN <i>CONTRA PROFERENTEM</i> .....	295
2.3.2.5. LA REGLA DE PREVALENCIA DE LA CLÁUSULA MÁS BENEFICIOSA .....	301
2.3.3. HACIA UNA MAYOR JUSTICIA CONTRACTUAL: LA TUTELA DE CIERTA MEDIDA DE EQUILIBRIO NORMATIVO EN EL CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS .....	302
<b>2.4. SOBRE EL ALCANCE Y FUNCIONES DEL DEBER DE TRANSPARENCIA. DÉFICITS Y VACÍOS DE LA REGULACIÓN NACIONAL .....</b>	<b>315</b>
<b>2.5. COMPLEMENTACIÓN DEL DEBER DE TRANSPARENCIA A LA LUZ DE REGLAS Y PRINCIPIOS DE DERECHO COMÚN .....</b>	<b>320</b>
<b>2.6. LOS LÍMITES DE LA COMPLEMENTACIÓN OFRECIDA POR EL DERECHO COMÚN .....</b>	<b>325</b>
<b>3. ALTERNATIVAS DE ESTRUCTURACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA</b>	

<b>3.1. EL EXAMEN DE TRANSPARENCIA EN EL MARCO DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN .....</b>	<b>327</b>
<b>3.2. EL EXAMEN DE TRANSPARENCIA EN EL MARCO DEL CONTROL DE CONTENIDO .....</b>	<b>330</b>
<b>4. LA APROXIMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA</b>	
<b>4.1. PRELIMINAR .....</b>	<b>340</b>
<b>4.2. CASOS EN QUE SE APRECIA ABUSIVIDAD DE CLÁUSULAS POR FALTA DE ESPECIFICACIÓN SUFICIENTE DE SUS SUPUESTOS Y/O CONSECUENCIAS .....</b>	<b>340</b>
<b>4.3. CASO EN QUE SE APRECIA ABUSIVIDAD DE CLÁUSULAS POR TRAMPA O INDUCCIÓN A ERROR .....</b>	<b>348</b>
<b>4.4. CASOS EN QUE SE APRECIA ABUSIVIDAD DE CLÁUSULAS POR SORPRESIVIDAD (FALTA DE PREVISIBILIDAD RAZONABLE) .....</b>	<b>350</b>
<b>4.5. DESAFÍOS PENDIENTES .....</b>	<b>351</b>
<b>5. ¿ES POSIBLE UN CONTROL GENERAL DE TRANSPARENCIA EN EL DERECHO CHILENO?</b>	
<b>5.1. PLANTEAMIENTO GENERAL .....</b>	<b>357</b>
<b>5.2. PROBLEMAS ESPECIALES A PROPÓSITO DEL CONTROL GENERAL DE SATISFACCIÓN O INSATISFACCIÓN DE CARGAS DE INCORPORACIÓN .....</b>	<b>366</b>
<b>5.3. ATISBOS DE CONTROL PREVENTIVO DE TRANSPARENCIA EN LA JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>368</b>
<b>6. MÁS ALLÁ DEL MODO DE ESTRUCTURACIÓN: ALGUNAS BASES DOGMÁTICAS PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO ASOCIADO A LA TRANSPARENCIA DE CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS</b>	
<b>6.1. CONTENIDO DEL DEBER DE TRANSPARENCIA .....</b>	<b>372</b>
<b>6.2. ESTÁNDAR DE APRECIACIÓN DE LA TRANSPARENCIA .....</b>	<b>373</b>

6.2.1. PLANTEAMIENTO GENERAL .....	373
6.2.2. EL ESTÁNDAR DE UN CONSUMIDOR MEDIO .....	378
6.2.3. EL ESTÁNDAR DE UN CONSUMIDOR HIPERVULNERABLE Y SU INCIDENCIA EN EL EXAMEN DE TRANSPARENCIA .....	381
<b>6.3. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y DEBER DE TRANSPARENCIA .....</b>	<b>385</b>
<b>6.4. ÁMBITO DE APLICACIÓN .....</b>	<b>388</b>
6.4.1. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN .....	389
6.4.2. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN .....	391
<b>6.5. LÍMITES DEL DEBER DE TRANSPARENCIA .....</b>	<b>393</b>
<b>6.6. INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS NO TRANSPARENTES ..</b>	<b>395</b>
<b>6.7. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR INFRACCIÓN AL DEBER DE TRANSPARENCIA .....</b>	<b>396</b>
<b>7. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO</b>	
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>405</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>413</b>
<b>JURISPRUDENCIA</b>	
<b>JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA .....</b>	<b>450</b>
<b>JURISPRUDENCIA ALEMANA .....</b>	<b>456</b>
<b>JURISPRUDENCIA FRANCESA .....</b>	<b>459</b>
<b>JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA .....</b>	<b>461</b>
<b>JURISPRUDENCIA CHILENA .....</b>	<b>467</b>
TABLA DE ABREVIATURAS .....	472









## AGRADECIMIENTOS

Quisiera expresar mi enorme gratitud a Natalia Catalina Escárte Andrade por apoyarme día tras día, escuchar y rectificar mis razonamientos y, sobre todo, por concederme sin ningún condicionamiento su amor y cariño, además de la libertad y el espacio para hacer lo que me gusta. Eres una maravilla.

Agradezco también a Milo, Justiniano, Lucaria, Ajax, Temis, Sol y Seiya por compartir sus vidas conmigo y aportar tanta alegría, ternura y sencillez en la cotidianidad.



## INTRODUCCIÓN

En el contexto de una economía de mercado, sea de corte liberal o social, la utilización de cláusulas no negociadas por parte de los empresarios encuentra legitimación en la racionalización y reducción de los costos de transacción, especialmente cuando estas son predispuestas con miras a su utilización general<sup>1</sup>. En efecto, la estandarización de condiciones generales de contratación -incluyendo también en esta noción a las cláusulas contenidas en módulos o formularios utilizados para disciplinar una pluralidad determinada o indeterminada de contratos<sup>2</sup>- permite una reducción de los costos de celebración y regulación de los contratos, una mayor y más eficaz división de tareas al interior de la empresa, una mayor coordinación

---

1 KÖTZ (2017) p. 132; JANSEN (2018b) pp. 920 y 921; COESTER (2008) p. 160; STOFFELS (2021) p. 27; TREITEL (2003) p. 215; DE CASTRO (1961) p. 299; POLO (1990) p. 33.

Si bien la utilización de cláusulas no negociadas se remonta al derecho romano (especialmente con la preparación de formularios por parte de juristas), pasa por la edad media y está también presente en el renacimiento, es la industrialización la que, por un lado, acentuó el fenómeno de la predisposición por los propios empresarios que se sirven de las cláusulas y, por otro, dio una visibilidad más masiva a los riesgos propios de la contratación por adhesión. Al respecto, HOFER (2007) pp. 1414 y 1415.

2 COESTER (2008) p. 167.

en el seno de esta y la posibilidad de calcular anticipadamente los costos asociados a la actividad económica<sup>3</sup>.

Con todo, la utilización de cláusulas no negociadas, además de implicar una devaluación de la autonomía privada del adherente<sup>4</sup>, entraña el riesgo de sacrificar el equilibrio material que debiese permear a todo vínculo contractual<sup>5</sup>. La realidad demuestra que los empresarios suelen reforzar excesivamente su propia posición jurídica a costa de la de sus clientes<sup>6</sup>.

En la tradición continental -en la que el derecho chileno se inserta-, con el fin de reforzar la autonomía privada del adherente y posibilitar cierta medida de equilibrio, pueden advertirse básicamente dos modelos de control de las cláusulas no negociadas individualmente.

Conforme con un primer modelo, seguido, por ejemplo, en Alemania, Italia, Portugal, y España, la eficacia de las cláusulas no negociadas individualmente depende de la superación de dos controles claramente diferenciados: el de incorporación y el de contenido<sup>7</sup>. El control de incorporación, en su versión más extendida, resguarda la cognoscibilidad, comprensibilidad y razonable previsibilidad del

---

3 GARCÍA (1969) p. 24. En el similar sentido, entre otros, COESTER (2008) pp. 160 y 161; STOFFELS (2021) pp. 27, 28 y 34; ALFARO (1991) pp. 28-32; PATTI Y PATTI (1993) pp. 312-317; PAGADOR (1999) pp. 31-35; BALLESTEROS (1999) pp. 29-32; PAZOS (2017) pp. 97-99.

4 COESTER (2008) p. 161; DE CASTRO (1961) p. 332; RESCIGNO (1970) p. 544; DE ARAUJO (2010) p. 19; BARENGHI (2017) pp. 236 y 237.

5 FUCHS (2016a) p. 485; JANSEN (2018b) p. 921; COESTER (2008) p. 161; PÉGLION-ZIKA (2018) p. 2; GARCÍA (1969) pp. 28 y 29; DE CASTRO (1961) p. 337; ALFARO (1991) p. 34.

6 KÖTZ (2017) pp. 141 y 142; ZIMMERMANN (2008) p. 203; COESTER (2008) p. 161; STOFFELS (2021) pp. 28 y 29; ALBANESE (2013) pp. 670 y 671; KOLLER (1989) pp. 669 y 670; GOTTSCHALK (2006) pp. 559 y 560; KÖNDGEN (1989) pp. 946 y 947. Para un análisis más detenido de la cuestión, ALFARO (1991) pp. 69-76.

7 COESTER (2008) p. 172; SÁNCHEZ (1980) pp. 286 y 287; POLO (1990) pp. 35-40; ALFARO (1991) p. 37.

clausulado<sup>8</sup>. A su turno, el de contenido, también llamado de abusividad, aplicable a las cláusulas que hayan superado el control de incorporación (y, por tanto, subsecuente a él), cautela un determinado grado de equilibrio normativo de las cláusulas, a saber, que no se distancien de tal forma del derecho dispositivo que pongan en riesgo la satisfacción de las expectativas típicas del adherente<sup>9</sup>.

De acuerdo con un segundo modelo, las cláusulas no negociadas individualmente solamente quedan sometidas al control de contenido, el cual, no obstante, no se orientaría únicamente a reprimir las cláusulas que produzcan un desequilibrio importante debido a su distanciamiento del derecho dispositivo, sino también aquellas que adolecen de falta de claridad o comprensibilidad o que, atendidas las circunstancias concurrentes a la celebración del contrato, no resultan razonablemente previsibles. Este es el modelo que diseña la Directiva de 5 de abril de 1993, de la Comunidad Económica Europea, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante Directiva 93/13/CEE o, derechamente, Directiva), que, por un lado, establece en su artículo 4.1 parámetros que concretizan la apreciación de abusividad y que permiten captar el control de sorpresividad en el de contenido<sup>10</sup>, y, por el otro, establece en sus artículos 4.2 y 5 un deber de redactar las cláusulas no negociadas individualmente de forma clara y comprensible, cuya infracción, según

---

8 El alcance del control de incorporación varía significativamente de sistema en sistema. En el derecho alemán, por ejemplo, se contemplan cargas de cognoscibilidad y de razonable previsibilidad, mas no de comprensibilidad (véanse apartados 2.2.2.1 y 2.2.2.2 del capítulo I); en el derecho español, existen cargas de cognoscibilidad y de comprensibilidad, mas no de razonable previsibilidad (véase apartado 4.6 del capítulo II); en el derecho portugués, el control es concebido en términos particularmente amplios, comprendiendo exigentes cargas de cognoscibilidad, comprensibilidad y razonable previsibilidad (véase apartado 4.5 del capítulo II).

9 Véanse, especialmente, artículo 33 del *Codice del Consumo*; parágrafos 9, 10 y 11 del AGBG (actuales parágrafos 307, 308 y 309 del BGB); artículos 15 a 22 del *Decreto-Lei* N° 446/85; artículos 82 y 85 a 90 del TRLGDCU.

10 PAGADOR (1998) pp. 55-58; SCHMIDT (2002a) párrafo 5.

entiende cierta doctrina<sup>11</sup> y bastante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE)<sup>12</sup>, es un elemento que permite apreciar la abusividad en caso de que se configure un desequilibrio importante<sup>13</sup>.

---

11 Entre otros, CARBALLO (2010) p. 11; BLANDINO (2012) p. 589. En contra, sustentando que los artículos 5.1 y 4.2 consagran, en realidad, un control de incorporación, HEINRICHS (1995) p. 156; ROPPO (1994) pp. 284 y 285.

Con relación a la extensión del control de contenido a las cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato cuando estas no hayan sido redactadas de forma clara y comprensible, PERTIÑEZ (2004) pp. 112 y 113; PERTIÑEZ (2013) p. 9; PERTIÑEZ (2017) 98-101; FARNETI (2009) pp. 282-294.

12 Véanse, entre otras sentencias, STJUE, 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, *Kásler y Kaslerné Rabai contra OTP Jelzálogbank Zrt*, apartado 61; STJUE, 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, *Bogdan Matei y Ioana Ofelia Matei contra SC Volksbank România SA*, apartado 72; STJUE, 28 de julio de 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU Sàrl*, apartado 68; STJUE, 20 de septiembre de 2018, asunto C-448/17, *EOS KSI Slovensko s. r. o. contra Ján Danko y Margita Danková*, apartados 60 y 65; STJUE, 10 de junio de 2021, asunto C-609/19, *BNP Paribas Personal Finance SA y VE*, apartado 62; STJUE, 10 de junio de 2021, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19, *VB, WA (C-776/19), XZ, YY (C-777/19), ZX (C-778/19), DY, EX (C-781/19) contra BNP Paribas Personal Finance SA*, y *AV (C-779/19), BW, CX (C-780/19), FA (C-782/19) contra BNP Paribas Personal Finance SA*, *Procureur de la République*, apartado 94; STJUE, 13 de octubre de 2022, asunto C-405/21, *FV contra Nova Kreditna Banka Maribor d.d.*, apartado 28; STJUE, 12 de enero de 2023, asunto C-395/21, *D.V. contra M.A.*, apartado 47; STJUE, 20 de abril de 2023, asunto C-263/22, *Ocidental-Companhia Portuguesa de Seguros de Vida SA contra LP*, apartado 40.

13 Conviene señalar que, si bien la Directiva brinda un nivel mínimo de protección, que todos los Estados miembros de la Unión Europea han de respetar (*ex* artículo 8), la forma en que estructura el control de cláusulas no negociadas no necesariamente dice relación con tal nivel mínimo. Podría ocurrir que un Estado miembro reconozca dos controles (el de incorporación y el de contenido, como ocurre, por ejemplo, en Alemania, Italia, España y Portugal) y logre el mismo o un mayor nivel de protección (según la forma en que regule cada control). Asimismo, podría ocurrir que un Estado miembro reconozca dos controles, pero cada uno tenga un alcance modesto y redunden, en conjunto, en un nivel de protección menor al brindado por la Directiva.

En otras palabras, la forma en que la Directiva estructura el control de cláusulas no negociadas no es vinculante para los Estados miembros, con tal que estos brinden un nivel igual o mayor de protección a los consumidores.

En los instrumentos de armonización del derecho europeo de contratos se observa la tendencia a regular un control de incorporación y otro de contenido<sup>14</sup>. No obstante, siguiendo de cerca el diseño alemán, el alcance del control de incorporación regulado por estos instrumentos se acota al establecimiento de cargas de cognoscibilidad (artículos 2:104 PECL, 6:201 ACQP y II.-9:103 DCFR), integrando, en cambio, el examen de comprensibilidad en el control de contenido (artículos 4:110 PECL; 6:302 y 6:303.2 ACQP; II.-9:402, II.-9:406.2 y II.-9:407 DCFR).

En el contexto de este dispar panorama normativo, se ha venido desarrollando el denominado control de transparencia de cláusulas no negociadas. A grandes rasgos, dicho control, particularmente presente en el derecho alemán<sup>15</sup>.

---

14 JANSEN (2018a) pp. 275 y 276.

15 Según se verá, los orígenes del control de transparencia se remontan justamente a jurisprudencia alemana de la década de los ochenta del siglo XX. Son particularmente relevantes a este respecto: BGH, 11 de junio de 1980, NJW 1980, 2518 y 2519 (2519); BGH, 29 de septiembre de 1983, NJW 1984, 171-173 (172 y 173); BGH, 29 de febrero de 1984, NJW 1985, 53-56 (55); BGH, 26 de noviembre de 1984, NJW 1985, 623-630 (627); BGH, 23 de marzo de 1988, NJW 1988, 1726-1729 (1728 y 1729); BGH, 24 de noviembre de 1988, NJW 1989, 222-225 (224); BGH, 17 de enero de 1989, NJW 1989, 582-584 (582 y 583). Con relación a esta jurisprudencia, KÖNDGEN (1989) pp. 943-952; WESTERMANN (1990) pp. 817-832; KOLLER (1989) pp. 667-686. En lengua española, GONZÁLEZ (2000) pp. 248; PERTÍÑEZ (2004) pp. 113-119; CÁMARA (2006) pp. 27 y 28; ALBIEZ (2009) pp. 46-49. Refiriéndose a diversos aspectos respecto del deber de transparencia, tales como su fundamento, contenido, límites, ámbito de aplicación y/o estándar de evaluación, véanse, entre otras, BGH, 10 de julio de 1990, NJW 1990, 2383 y 2384 (2383); BGH, 30 de abril de 1991, NJW 1991, 1889-1890 (1889); BGH, 25 de junio de 1991, NJW 1991, 2414-2416 (2415); BGH, 7 de septiembre de 1991, NJW 1991, 2559-2564 (2560); BGH, 11 de febrero de 1992, NJW 1992, 1097-1099 (1098); BGH, 14 de abril de 1992, NJW 1992, 1751-1753 (1752 y 1753); BGH, 7 de septiembre de 1992, NJW 1992, 3158-3163 (3161 y 3162); BGH, 5 de octubre de 1992, NJW 1993, 57-64 (58); BGH, 10 de marzo de 1993, NJW 1993, 2052-2054 (2054); BGH, 23 de mayo de 1995, NJW 1995, 2286 y 2287 (2287); BGH, 5 de noviembre de 1998, NJW 1999, 276-278 (277); BGH, 17 de marzo de 1999, NJW 1999, 1865-1867 (1866); BGH, 24 de marzo de 1999, NJW 1999, 2279-2284 (2280); BGH, 28 de abril de 1999, NJW 1999, 2671-2677 (2676).

## en el español<sup>16</sup>

16 Véanse, entre otras: STS, 24 de abril de 2009. Magistrado Ponente Vicente Luis Montes Penades. Número de resolución 263/2009; STS, 22 de diciembre de 2009. Magistrado Ponente Juan Antonio Xiol Ríos. Número de resolución 834/2009; STS, 17 de junio de 2010. Magistrado Ponente Juan Antonio Xiol Ríos. Número de resolución 375/2010; STS, 1 de julio de 2010. Magistrado Ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Número de resolución 401/2010; STS, 4 de noviembre de 2010. Magistrado Ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel. Número de resolución 663/2010; STS, 2 de marzo de 2011. Magistrado Ponente José Antonio Seijas Quintana. Número de resolución 75/2011; STS, 18 de junio de 2012. Magistrado Ponente Francisco Javier Orduña Moreno. Número de resolución 406/2012; STS, 9 de mayo de 2013. Magistrado Ponente Gimeno-Bayón Cobos. Número de resolución 241/2013; STS, 8 de septiembre de 2014. Magistrado Ponente Francisco Javier Orduña Moreno. Número de resolución 464/2014; STS, 24 de marzo de 2015. Magistrado Ponente Rafael Sarazá Jimena. Número de resolución 138/2015; STS, 25 de marzo de 2015. Magistrado Ponente Eduardo Baena Ruiz. Número de resolución 139/2015; STS, 22 de abril de 2015. Magistrado Ponente Rafael Saraza Jimena. Número de resolución 265/2015; STS, 29 de abril de 2015. Magistrado Ponente Rafael Saraza Jimena. Número de resolución 222/2015; STS, 30 de abril de 2015. Magistrado Ponente Rafael Sarazá Jimena. Número de resolución 227/2015; STS, 19 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres. Número de resolución 654/2015; STS, 23 de diciembre de 2015. Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres. Número de resolución 705/2015; STS, 3 de mayo de 2016. Magistrado Ponente Francisco Javier Orduña Moreno. Número de resolución 285/2016; STS, 3 de junio de 2016. Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres. Número de resolución 367/2016; STS, 1 de julio de 2016. Magistrado Ponente Ignacio Sancho Gargallo. Número de resolución 450/2016; STC, 21 de julio de 2016. BOE núm. 196 de 15 de agosto de 2016. Número de resolución 139/2016; STS, 18 de enero de 2017. Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres. Número de resolución 30/2017; STS, 30 de enero de 2017. Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres. Número de resolución 57/2017; STS, 2 de febrero de 2017. Magistrado Ponente Ignacio Sancho Gargallo. Número de resolución 66/2017; STS, 17 de febrero de 2017. Magistrado Ponente Ignacio Sancho Gargallo. Número de resolución 104/2017; STS, 24 de febrero de 2017. Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres. Número de resolución 123/2017; STS, 9 de marzo de 2017. Magistrado Ponente Ignacio Sancho Gargallo. Número de resolución 171/2017; STS, 20 de abril de 2017. Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres. Número de resolución 247/2017; STS, 20 de abril de 2017. Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres. Número de resolución 248/2017; STS, 20 de abril de 2017. Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres. Número de resolución 249/2017; STS, 25 de mayo de 2017. Magistrado Ponente Ignacio Sancho Gargallo. Número de resolución 334/2017; STS, 8 de junio de 2017. Magistrado Ponente Rafael Sarazá Jimena. Número de resolución 317/2017; STS, 16 de septiembre de 2017. Magistrado Ponente María del Pilar Teso Gamella. Número

---

de resolución 1557/2017; STS, 16 de octubre de 2017. Magistrado Ponente Rafael Sarazá Jimena. Número de resolución 558/2017; STS, 7 de noviembre de 2017. Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres. Número de resolución 593/2017; STS, 15 de noviembre de 2017. Magistrado Ponente Rafael Saraza Jimena. Número de resolución 608/2017; STS, 24 de enero de 2018. Magistrado Ponente Ignacio Sancho Gargallo. Número de resolución 36/2018; STS, 8 de noviembre de 2018. Magistrado Ponente Francisco Marín Castán. Número de resolución 626/2018; STS, 29 de noviembre de 2018. Magistrado Ponente Ignacio Sancho Gargallo. Número de resolución 673/2018; STS, 29 de noviembre de 2018. Magistrado Ponente Francisco Marín Castán. Número de resolución 677/2018; STS, 13 de diciembre de 2018. Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres. Número de resolución 702/2018; STS, 23 de enero de 2019. Magistrado Ponente Rafael Saraza Jimena. Número de resolución 44/2019; STS, 25 de enero de 2019. Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres. Número de resolución 57/2019; STS, 27 de marzo de 2019. Magistrado Ponente Francisco Marín Castán. Número de resolución 195/2019; STS, 9 de abril de 2019. Magistrado Ponente Francisco Marín Castán. Número de resolución 220/2019; STS, 6 de mayo de 2019. Magistrado Ponente Francisco Javier Orduña Moreno. Número de resolución 247/2019; STS, 17 de mayo de 2019. Magistrado Ponente Francisco Marín Castán. Número de resolución 272/2019; STS, 17 de julio de 2019. Magistrado Ponente José Luis Seoane Spiegelberg. Número de resolución 433/2019; STS, 15 de enero de 2020. Magistrado Ponente Juan María Díaz Fraile. Número de resolución 12/2020; STS, 20 de enero de 2020. Magistrado Ponente Juan María Díaz Fraile. Número de resolución 23/2020; STS, 27 de enero de 2020. Magistrado Ponente Juan María Díaz Fraile. Número de resolución 56/2020; STS, 11 de junio de 2020. Magistrado Ponente Juan María Díaz Fraile. Número de resolución 285/2020; STS, 5 de octubre de 2020. Magistrado Ponente Ignacio Sancho Gargallo. Número de resolución 502/2020; STS, 21 de enero de 2021. Magistrado Ponente José Luis Seoane Spiegelberg. Número de resolución 22/2021; STS, 9 de febrero de 2021. Magistrado Ponente Juan María Díaz Fraile. Número de resolución 68/2021; STS, 8 de marzo de 2021. Magistrado Ponente José Luis Seoane Spiegelberg. Número de resolución 125/2021; STS, 12 de abril de 2021. Magistrado Ponente José Luis Seoane Spiegelberg. Número de resolución 195/2021; STS, 12 de abril de 2021. Magistrado Ponente José Luis Seoane Spiegelberg. Número de resolución 196/2021; STS, 12 de mayo de 2021. Magistrado Ponente José Luis Seoane Spiegelberg. Número de resolución 307/2021; STS, 14 de junio de 2021. Magistrado Ponente José Luis Seoane Spiegelberg. Número de resolución 398/2021; STS, 28 de septiembre de 2021. Magistrado Ponente Rafael Saraza Jimena. Número de resolución 641/2021; STS, 2 de noviembre de 2021. Magistrado Ponente María de los Ángeles Parra Lucán. Número de resolución 744/2021; STS, 29 de noviembre de 2021. Magistrado Ponente Juan María Díaz Fraile. Número de resolución 820/2021; STS, 27 de enero de 2022. Magistrado Ponente Antonio García Martínez. Número de resolución 41/2022; STS, 23 de diciembre de 2022. Magistrado Ponente José Luis Seoane Spiegelberg. Número de resolución 1035/2022; STS, 10 de

y en el comunitario<sup>17</sup>, examina si se ha dado o no cumplimiento

enero de 2023. Magistrado Ponente Ignacio Sancho Gargallo. Número de resolución 6/2023; STS, 16 de enero de 2023. Magistrado Ponente María de los Ángeles Parra Lucán. Número de resolución 11/2023; STS, 16 de enero de 2023. Magistrado Ponente María de los Ángeles Parra Lucán. Número de resolución 12/2023; STS, 24 de abril de 2023. Magistrado Ponente José Luis Seoane Spiegelberg. Número de resolución 597/2023; STS, 22 de mayo de 2023. Magistrado Ponente José Luis Seoane Spiegelberg. Número de resolución 781/2023; STS, 19 de junio de 2023. Magistrado Ponente María de los Ángeles Parra Lucán. Número de resolución 969/2023.

17 Véanse, entre otras, STJUE, 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, *RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, apartado 44; STJUE, 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, *Kásler y Kaslerné Rabai contra OTP Jelzálogbank Zrt*, apartado 74; STJUE, 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, *Bogdan Matei y Ioana Ofelia Matei contra SC Volksbank România SA*, apartados 74 y 75; STJUE, 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, *Jean-Claude Van Hove contra CNP Assurances SA*, apartados 41 y 47; STJUE, 9 de julio de 2015, asunto C-348/14, *Maria Bucura contra SC Bancpost SA*, apartados 51 y 54-56; STJUE, 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C154/15, C307/15 y C308/15, *Gutiérrez Naranjo contra Cajasur Banco S.A.U., Palacios Martínez contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA) y Banco Popular Español S.A. contra Irlés López y Torres Andreu*, apartados 50 y 51; STJUE, 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc y otros contra Banca Românească SA*, apartados 44-49; ATJUE, 22 de febrero de 2018, asunto C-119/17, *Liviu Petru Lupean, Oana Andreea Lupeán y SCOTP BAAK Nyrt., SCOTP BAAK Nyrt.*, apartado 24; STJUE, 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17, *OTP Bank Nyrt. y OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. contra Teréz Ilyés y Emil Kiss*, apartado 78; STJUE, 20 de septiembre de 2018, asunto C-448/17, *EOS KSI Slovensko s. r. o. contra Ján Danko y Margita Danková*, apartado 61; STJUE, 5 de junio de 2019, asunto C-38/17, *GT y HS*, apartados 32-36; STJUE, 19 de septiembre de 2019, asunto C-34/18, *Ottília Lovasné Tóth y ERSTE Bank Hungary Zrt.*, apartados 61-63; STJUE, 3 de octubre de 2019, asunto C-621/17, *Gyula Kiss y CIB Bank Zrt., Emil Kiss, Gyuláné Kiss*, apartado 37; STJUE, 7 de noviembre de 2019, asuntos acumulados C-419/18 y C-483/18, *Profi Credit Polska S.A. contra Bogumiła Włostowska, Mariusz Kurpiewski, Kamil Wójcik, Michał Konarzewski, Elżbieta Kondracka-Kłębecka, Monika Karwowska, Stanisław Kowalski, Anna Trusik, Adam Lizoń, Włodzimierz Lisowski (C-419/18) y Profi Credit Polska S.A. y OH (C-483/18)*, apartados 57 y 58; STJUE, 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, *Marc Gómez del Moral Guasch y Bankia, S. A.*, apartados 49-51; STJUE, 9 de julio de 2020, asunto C-452/18, *XZ e Ibercaja Banco, S. A.*, apartados 44-56; STJUE, 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, *CY contra CaixaBank, S. A. (C-224/19) y LG, PK contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. (C-259/19)*, apartados 66-68; STJUE, 3 de septiembre de 2020, asuntos acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19, *Profi Credit Polska SA contra QJ (C-84/19), y BW contra DR (C-222/19), y QL contra CG (C-252/19)*, apartados 73 y 74; ATJUE, 3 de marzo de 2021, asunto C-13/19, *Ibercaja Banco, S. A. contra TJ, UK*, apartados 52-57;

al deber de transparencia, el cual, según se mostrará en esta investigación, puede descomponerse y concretarse, cuanto menos, en los siguientes deberes: el de advertir al cliente, antes de la celebración del contrato, acerca de las cláusulas no negociadas que integrarán el acuerdo; el de proporcionar al cliente, de manera adecuada y previa a la celebración del contrato, la posibilidad de tomar conocimiento de las cláusulas; el de ordenar y estructurar las cláusulas de manera simple y lógica, sin reenvíos o remisiones innecesarias; el de informar de manera específica y previa a la celebración del contrato acerca del contenido de aquellas cláusulas que puedan tener una importante incidencia en la decisión de contratación y que se apartan de las expectativas típicas de un cliente medio; el de redactar las cláusulas de manera clara y comprensible, que implica, entre otras cosas, reducir al mínimo la ambigüedad de los enunciados lingüísticos, establecer con precisión suficiente los supuestos de hecho y los efectos jurídicos a ellos asociados, y cuidar la corrección, pertinencia y completitud de las referencias a situaciones jurídicas; y el de ilustrar, de manera previa a la celebración del contrato y en un lenguaje claro y comprensible, el sentido y alcance de las cláusulas que, además de tener un contenido técnico y/o complejo, se alejan de las expectativas que se formarían un cliente medio en función de la apariencia del contrato y de las circunstancias concurrentes.

---

ATJUE, 1 de junio de 2021, asunto C-268/19, *UP y Banco Santander, S. A., anteriormente Banco Pastor, S. A. U.*, apartados 48-53; STJUE, 10 de junio de 2021, asunto C-609/19, *BNP Paribas Personal Finance SA y VE*, apartados 41-44; y STJUE, 10 de junio de 2021, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19, *VB, WA (C-776/19), XZ, YY (C-777/19), ZX (C-778/19), DY, EX (C-781/19) contra BNP Paribas Personal Finance SA, y AV (C-779/19), BW, CX (C-780/19), FA (C-782/19) contra BNP Paribas Personal Finance SA, Procureur de la République*, apartados 62-65; STJUE, 18 de noviembre de 2021, asunto C-212/20, *M.P., B.P. y «A.» prowadzący działalność za pośrednictwem «A.» S.A.*, apartados 41-44, 49 y 50; ATJUE, 6 de diciembre de 2021, asunto C-670/20, *EP, TA, FV, TB y ERSTE Bank Hungary Zrt.*, apartados 21-25; STJUE, 12 de enero de 2023, asunto C-395/21, *D.V. contra M.A.*, apartado 36-39 y 47; STJUE, 20 de abril de 2023, asunto C-263/22, *Ocidental-Companhia Portuguesa de Seguros de Vida SA contra LP*, apartados 25-27, 40, 46 y 47.

El desarrollo del control de transparencia ha dado lugar a un importante desafío dogmático en el marco del derecho continental de contratos: el de determinar si la consecuencia de su no superación es la no incorporación o, en su caso, la abusividad de la cláusula no transparente<sup>18</sup>. El problema no es baladí, pues la incardinación del control de transparencia en el control de incorporación o en el de contenido, más allá de estructurarse de forma diversa, puede conducir a resultados desiguales. En efecto, la incardinación en el control de incorporación conduce a que toda cláusula no transparente, sea por un defecto formal o material, no llegue a formar parte del contrato, sin que sea necesaria una ulterior indagación. A su turno, según cierta doctrina, la incardinación en el control de contenido presupone que, en orden a que una cláusula no transparente pueda ser apreciada como abusiva, deba configurarse un desequilibrio injustificado<sup>19</sup>.

Si bien la incardinación del control de transparencia en el de contenido tiene la ventaja nada desdeñable de facilitar la posibilidad de un control general -esto es, un control de condiciones generales de contratación en el marco de un juicio de interés colectivo o difuso-<sup>20</sup>,

---

18 Con sintéticas referencias a los casos inglés, alemán, francés e italiano, MICKLITZ (2000a) pp. 153-155.

19 Véanse, especialmente, STJUE, 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, *Banco Primus S.A. contra Jesús Gutiérrez García*, apartado 64; ATJUE, 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/20, *Marc Gómez del Moral Guasch y Bankia, S. A.*, apartados 35-46; ATJUE, 17 de noviembre de 2021, asunto C-79/21, *YB contra Unión de Créditos Inmobiliarios, S. A.*, apartados 33 y 34. Sosteniendo que es necesaria la constatación de una alteración subrepticia del equilibrio económico del contrato, PERTÍÑEZ (2004) pp. 134 y 135; PERTÍÑEZ (2013) pp. 23 y 24

20 En el derecho alemán, pese a diversas interpretaciones que tienden a ampliar el ámbito de aplicación de las acciones de cesación y retractación a hipótesis de no incorporación, la posibilidad de un control general de incorporación y/o de sorpresividad no resulta clara en la doctrina y jurisprudencia (WESTERMANN (1990) p. 825; KOLLER (1990) p. 685). Ante este escenario, la examinación de la transparencia con ocasión del control de contenido posibilita un control general (WESTERMANN (1990) p. 825).

En España, doctrina autorizada ha sostenido que la satisfacción o insatisfacción de las cargas de incorporación solo puede apreciarse respecto a cada singular contrato (ALFARO (1991) pp. 204 y 205. En el mismo sentido, en lo que atañe a la regulación con-

la forma en que se ha producido dicha incardinación no siempre ha resultado satisfactoria, pues, conforme con los postulados de cierta jurisprudencia y doctrina, la examinación de la transparencia en el marco del control de contenido supone aceptar que una cláusula, pese a no ser transparente, pueda no ser apreciada como abusiva en la medida que la falta de transparencia no conduzca a un perjuicio injustificado<sup>21</sup>. Ello debilita la tutela al adherente y, al menos en lo que concierne a cláusulas relativas a elementos económicos, desvirtúa una de las funciones del control de transparencia, a saber, la de resguardar la libertad de elección de aquel sujeto en el marco de un sistema de libre mercado<sup>22</sup>.

En general, sin perjuicio de algunas diferencias de grado, la tendencia comparada parece estar dada por un modo mixto de estructuración del control, reservando la examinación de determinados aspectos del deber de transparencia para el control de incorporación y otros para el control de contenido. Así ocurre, por ejemplo, en

---

templada en la LCGC, DURANY (2002) p. 281; CARRASCO y CORDERO (2013) p. 18; RUIZ ARRANZ (2023) disponible en <https://almacenederecho.org/sobre-el-control-de-transparencia-de-la-clausulas-predispuestas>). Teniendo ello a la vista, de manera similar a lo ocurrido en el derecho alemán, se ha planteado que la examinación de la transparencia con ocasión del control de contenido tiene la ventaja de posibilitar un control general (entre otros, PAGADOR (1998) pp. 206 y 207; PERTÍÑEZ (2004) p. 299).

21 STJUE, 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, *Banco Primus S.A. contra Jesús Gutiérrez García*, apartado 64; ATJUE, 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/20, *Marc Gómez del Moral Guasch y Bankia, S. A.*, apartados 35-46; ATJUE, 17 de noviembre de 2021, asunto C-79/21, *YB contra Unión de Créditos Inmobiliarios, S. A.*, apartados 33 y 34. Véase también, PERTÍÑEZ (2004) pp. 45 y 46, 91-93. Previamente, en similar sentido, MIQUEL (2002) p. 914.

22 FARNETI (2009) pp. 280 y 281.

Alemania<sup>23</sup>, Francia<sup>24</sup>, Italia<sup>25</sup>, Portugal<sup>26</sup>, España<sup>27</sup> y los países nórdicos<sup>28</sup>. Lo mismo acontece en el derecho inglés<sup>29</sup> y en el marco de los instrumentos de armonización del derecho europeo de contratos<sup>30</sup>.

El reseñado modo mixto de estructuración ha llevado a distinguir entre transparencia formal (cuya examinación se haría en el marco del control de incorporación) y transparencia material (cuya revisión tendría lugar con ocasión del control de contenido)<sup>31</sup>, aunque, según se mostrará en esta investigación, dicha distinción presenta una significación desigual en los diversos sistemas jurídicos en que se ha formulado.

En el derecho chileno, la eficacia de las cláusulas no negociadas está supeditada a la superación de dos controles: el de incorporación y el de contenido. El control de incorporación encuentra consagración fundamentalmente en los artículos 17 y 12 A de la Ley 19.496, de 7 de marzo de 1997, que establece normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante LPDC)<sup>32</sup>. A su turno, el control de contenido encuentra su regulación general en el artículo 16 de la LPDC, estructurándose sobre la base de una lista negra -letras a), b),

---

23 Véase capítulo I.

24 Véase apartado 4.1 del presente capítulo.

25 Véase apartado 4.4 del presente capítulo.

26 Véase apartado 4.5 del presente capítulo.

27 Véase apartado 4.6 del presente capítulo.

28 Véase apartado 4.3 del presente capítulo.

29 Véase apartado 4.2 del presente capítulo.

30 Véase apartado 3.1 del presente capítulo.

31 Para el caso alemán, véanse, entre otros, SCHMIDT (2022c) párrafo 44; KREIENBAUM (1998) p. 176; GOTTSCHALK (2006) p. 589. Para el caso español, especialmente influyente, PERTÍÑEZ (2004) pp. 56-77, 79-102; PERTÍÑEZ (2017) pp. 92-96.

32 DE LA MAZA (2004) p. 15; MORALES (2018) pp. 85-87; CAMPOS (2020a) p. 792; HERNÁNDEZ y CAMPOS (2020a) pp. 158 y 159; HERNÁNDEZ y CAMPOS (2021) pp. 335-349.

c), d), e), f) y h)- y una cláusula abierta -letra g)-<sup>33</sup>. En este marco, de manera similar a lo que ocurre en otros sistemas jurídicos en que se contemplan ambos controles, en el derecho chileno no resulta claro si, más allá de los casos en que pueda estimarse insatisfecha alguna carga explícita de incorporación o en los que deba aplicarse alguna regla especial, la falta de transparencia de una cláusula no negociada ha de constatarse con ocasión del control de incorporación o del de contenido. Por lo demás, pese a la presentación de hipótesis no reguladas de falta de transparencia en la práctica<sup>34</sup>, la doctrina y la jurisprudencia nacionales no han reflexionado suficientemente al respecto y no han definido todavía un camino a seguir<sup>35</sup>.

En este orden de cosas, mi objetivo general en esta investigación es identificar criterios técnicos tendientes a una adecuada estructuración del control de transparencia en el derecho chileno, de modo de no poner en riesgo el cumplimiento de sus funciones. En dicho cometido, pretendo perfilar las funciones, el contenido, el ámbito de aplicación, el estándar de apreciación y los límites del deber de transparencia en la contratación por adhesión a cláusulas no negociadas; revisar el origen del denominado control de transparencia material y las razones de su incardinación inicial en el control de contenido; examinar la forma en que está actualmente estructurado el control de transparencia en sistemas normativos representativos, como son,

---

33 Para un análisis de las letras a) a f), TAPIA Y VALDIVIA (1999) pp. 92-126. Respecto de la letra g), DE LA MAZA (2004) pp. 1-24; MOMBERG Y PIZARRO (2013) pp. 340-351. Sobre el modelo de apreciación de abusividad establecido por la letra g), CAMPOS (2019a) pp. 238-245.

34 Véase apartado 4 del capítulo III. De forma previa, presentando un caso, HERNÁNDEZ Y CAMPOS (2020b) pp. 335-346, especialmente pp. 337-341.

35 Hasta el momento, el tratamiento del control de transparencia, si bien existente, es todavía general y no se ocupa de precisar el régimen asociado al deber de transparencia (véanse, especialmente, DE LA MAZA Y MOMBERG (2018) pp. 87-98; HERNÁNDEZ Y CAMPOS (2020a) pp. 143-173; HERNÁNDEZ Y CAMPOS (2020b) pp. 337-341). Adicionalmente, a propósito del tratamiento del control de incorporación regulado en la LPDC, algunos autores nacionales han aludido a cuestiones propias del deber de transparencia (TAPIA Y VALDIVIA (1999) pp. 70-73; BARRIENTOS (2018) pp. 1012-1015).

especialmente, el derecho alemán y el derecho comunitario; constatar los problemas, solapamientos e inconsistencias que eventualmente deriven de los diversos modelos bajo los cuales se ha estructurado el referido control; y, finalmente, teniendo a la vista sus funciones y el marco normativo chileno, identificar los criterios que permitirían una adecuada estructuración del control de transparencia en el derecho nacional.

Aunque, en mi opinión, la sede natural del control de transparencia es el control de incorporación<sup>36</sup>, no es mi objetivo en esta investigación presentar las razones que avalan dicho parecer. Más bien, considerando la vaguedad de la regulación nacional y las distintas interpretaciones que pueden esgrimirse a su respecto, el objetivo que persigo, reitero, es elaborar criterios técnicos que permitan sustentar que la falta de transparencia, por sí sola, puede conducir a la ineficacia de la cláusula afectada, sea que el examen se realice con ocasión del control de incorporación, sea que tenga lugar en el marco del control de contenido.

La hipótesis que barajo en esta investigación es que, a la luz de determinados criterios (que enunciaré enseguida), el control de transparencia, sea que se incardine en el control de incorporación, sea que lo haga en el de contenido, puede cumplir adecuadamente sus funciones, resguardando la ineficacia de las cláusulas que adolezcan de falta de transparencia. Cuando el control de transparencia se enmarca en el de incorporación, la falta de transparencia de una cláusula no negociada impide que esta pueda ser reputada consentida por un adherente de diligencia ordinaria. Tal falta de consentimiento es suficiente para asentar la no incorporación de la cláusula, pues presupone que no se han satisfecho adecuadamente las cargas tendientes a resguardar su cognoscibilidad, comprensibilidad y/o razonable previsibilidad. A su turno, cuando la transparencia de las cláusulas no negociadas es examinada en el marco del control de

---

36 HERNÁNDEZ Y CAMPOS (2020b) p. 339.

contenido, la falta de transparencia puede, en determinados supuestos, ser considerada causa suficiente de abusividad, sin necesidad de un ulterior examen de equilibrio material. En otras palabras, es posible identificar supuestos especiales de abusividad por falta de transparencia.

La hipótesis planteada en este trabajo, en caso de resultar comprobada, colmaría un vacío existente en la doctrina nacional, la cual, hasta ahora, no ha precisado el o los modos bajo los cuales puede estructurarse el control de transparencia en el derecho chileno y en qué sentido la falta de transparencia puede, por sí sola, conducir a la no incorporación o a la apreciación de abusividad de una cláusula. Además, la eventual comprobación de la hipótesis daría lugar a un conocimiento con un grado científico suficiente, el cual podría servir de base a la judicatura para justificar de mejor forma el examen de transparencia, así como para uniformar y/o rectificar criterios que, hasta el momento, resultan significativamente dispares y/o imprecisos<sup>37</sup>.

Cabe señalar que, sin perjuicio de las referencias que resulten indispensables, en esta tesis no pretendo realizar una exposición exhaustiva del régimen de ineficacia aplicable por la no superación del control de transparencia. Por lo demás, el régimen de ineficacia aplicable dependerá de si el examen de transparencia se enmarca en el control de incorporación o en el de contenido y ya he realizado en otros trabajos un tratamiento de los regímenes de ineficacia asociados a la no superación de dichos controles<sup>38</sup>.

En cuanto a la metodología que seguiré, desde un enfoque eminentemente dogmático y teniendo a la vista las funciones que debiese cumplir el control de transparencia, realizaré un análisis de los diversos modos en que se ha estructurado el control de transpa-

---

37 Véase apartado 4.5 del capítulo III.

38 CAMPOS (2019a) pp. 246-319; HERNÁNDEZ y CAMPOS (2020b) pp. 341 y 342.

rencia en sistemas normativos representativos. En dicho cometido, luego de identificar las ventajas y desventajas de cada modo de estructuración, así como su consistencia interna y los problemas que pueden derivarse de ellos, procuraré obtener criterios que, teniendo a la vista el derecho chileno y respetando las funciones y límites de los controles de contenido y de incorporación, permitan una estructuración del control de transparencia que sea consistente con sus propias funciones. En alguna medida, la metodología tendrá un componente de derecho comparado: se tomará como punto de partida el problema de la eventual falta de transparencia de cláusulas no negociadas y se procurará detectar cuáles han sido las soluciones brindadas en distintos sistemas jurídicos representativos, hasta qué punto existe equivalencia funcional de las mismas, cuáles son sus límites, ventajas y desventajas, y cuáles son los aspectos dogmáticos que pueden extrapolarse a otros sistemas jurídicos y, en particular, al sistema jurídico chileno<sup>39</sup>.

Además del derecho chileno, en esta investigación tendré en especial consideración el derecho alemán, el derecho comunitario y, en una medida menor, el derecho español. Esta elección encuentra justificación en el potente y distintivo desarrollo jurisprudencial que ha recibido el control de transparencia en el seno de tales sistemas<sup>40</sup>. No obstante, en el capítulo II, a propósito de la influencia que ha tenido la Directiva 93/13/CEE en la materia, me referiré brevemente a la forma en que la transparencia es examinada en otros ordenamientos

---

39 Para una revisión del método propio del derecho comparado, especialmente en lo que respecta a su punto de partida (la identificación de un problema presente en diversos sistemas jurídicos), su principio fundamental (la usual equivalencia funcional de las diversas soluciones), la elección de los sistemas que se compararán (para lo cual habrá que atender, ante todo, a la naturaleza del problema y la experiencia existente), la necesidad de estudiar y poner de manifiesto las razones que justifican las diferencias y la finalidad perseguida (la adquisición de un conocimiento auténticamente científico, que, al igual que otras ciencias sociales, trascienda las barreras de los Estados nacionales), ZWEIFERT y KÖTZ (2002) pp. 16, 17, 37-53.

40 Véanse las notas al pie N° 15, N° 16 y N° 17.

jurídicos influyentes, como son el francés, el inglés, el de los países nórdicos, el italiano y el portugués. Asimismo, también en el marco de la influencia de la Directiva 93/13/CEE, revisaré la manera en que se regula el deber de transparencia en los instrumentos de armonización de derecho europeo de contratos. La consideración de estos instrumentos obedece a la circunstancia de que, al ser elaborados por comisiones académicas del más alto nivel, constituyen una expresión muy técnica y sofisticada del derecho de contratos, contribuyendo a la unificación sistemática del derecho y al desarrollo de un derecho privado uniforme<sup>41</sup>. Por cierto, pese a su importancia en la región, no considero aquí a los PLDC, pues, lamentablemente, no contemplan una regulación especial para la contratación por adhesión a cláusulas no negociadas<sup>42</sup>.

---

41 Por cierto, la unificación sistemática del derecho y el desarrollo de un derecho privado uniforme son metas propias del derecho comparado (ZWEIGERT y KÖTZ (2002) pp. 17, 26-34).

42 Para una crítica constructiva frente a este silencio, CAMPOS (2020b), disponible en: <https://www.redchilenadederechocomparado.cl/post/hacia-el-control-de-contenido-de-las-cl%C3%A1usulas-no-negociadas-en-los-pldc-una-propuesta-desde-el-der>