

The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies

Volume 3, Issue 1

2008

Article 4

Los orígenes del contrato en el Nuevo Código Civil: una introducción a la función social, al welfarismo y a la solidaridad contractual

Luciano Benetti Timm*

*Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, ltimm@cmted.com.br

Los orígenes del contrato en el Nuevo Código Civil: una introducción a la función social, al welfarismo y a la solidaridad contractual*

Luciano Benetti Timm

Abstract

The article passes a critical eye over the ideological foundations of Section 421 of the Brazilian Civil Code that deals with the so called ‘social function of contract’ found in the French sociological tradition (notably Durkheim.) Leon Duguit was the main legal scholar representative of this thought and applied this method to what he described as the social function of legal institutions. The main idea was to publicize and socialize private law and its main legal institutions such as property and contracts. Society must prevail when compared to individual interests. Regulation and state interference should override private autonomy and freedom of contract.

KEYWORDS: social function of contract, private law

*The authors would like to thank the Fundação Getulio Vargas Instituto Latino Americano e do Caribe de Direito e Economia (FGV-ILACDE), in São Paulo, Brazil, for institutional support through the 1+1 Law and Economics Scholars Exchange Program.

LOS ORÍGENES DEL CONTRATO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL:

una introducción a la función social, al welfarismo y a la solidaridad contractual

Por

Luciano Benetti Timm^{*} traducción por Maximiliano Marzetti[†]

1. Introducción
2. La escuela del derecho social y la función social del derecho
3. La nueva racionalidad jurídica y la “ingeniería social”
4. Solidaridad y regulación del contrato
5. Conclusión

1. Introducción

El Nuevo Código Civil, en su artículo 421, trata la “función social del contrato” como una limitación a la “libertad contractual”. El contenido y la extensión de esta verdadera “norma programática” solo puede ser cabalmente comprendido si entendemos y examinamos el paradigma teórico en el cual dicho principio fue concebido – o sea, la solidaridad jurídica (también llamado en éste artículo Derecho Social). Si bien la doctrina y la jurisprudencia comienzan a delinear su significado a través de casos concretos (como la prevalencia de los intereses colectivos por sobre los individuales)¹, corresponde aquí analizar el origen del modelo *welfarista* del contrato a través de la historia del pensamiento jurídico para dotar así a ésta vaga regla de un contexto teórico justificador, a fin de hacer previsible la interpretación judicial en los casos que se presenten por ante el Poder Judicial sobre conflictos relativos a cuestiones contractuales. Como se verá más adelante, la comprensión de este nuevo paradigma lleva a

^{*} Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

[†] Doctorando de la Università di Bologna.

¹ Véase, a modo de ejemplo, la Decisión N° 70002855328, labor del juez Nereu Giacomolli del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul, en la que quedó claro que: “A partir de la Constitución de 1988, nuestro modelo político es de Estado Democrático y Constitucional de Derecho. Este modelo preconiza la independencia armónica y funcional de los poderes, la defensa de los derechos individuales y sociales amparados por la Carta Magna. La institución del contrato no puede ser simplemente concebida como ícono del principio de libertad contractual o de la autonomía privada (poder negocial) en la medida en que actúa como ropaje jurídico de operaciones financieras en general y participa de la constitución económica de la sociedad. Esas características específicas demuestran que el contrato no sólo afecta derechos individuales sino también sociales, porque el contrato innegablemente posee una función social. El nuevo Código Civil, se haya orientado por la directriz de solidaridad, o sea, de “colocación de las reglas jurídicas en un plano de convivencia social, haciendo prevalecer los valores colectivos por sobre los individuales, sin afectar, empero, el valor fundamental de la persona humana (REALE...)”. En igual sentido, Apelación Civil n° 70007162027 del mismo Tribunal de Justicia. En sentido similar, Decisión n° 70009005380 en la que la función social del contrato fue asociada a la “paz social” y donde se sostuvo la no alteración del contrato original sin justo motivo.

aceptar una nueva concepción de la sociedad y del contrato social, del Estado y de los institutos jurídicos tradicionales, como el contrato.

2. La escuela del derecho social y la función social del derecho

La función social de las instituciones de derecho privado y particularmente del contrato, en lo que atañe a este artículo, fue originalmente creación de los solidaristas² o de los defensores del Derecho Social (del cual Durkheim, Duguit³, Hauriou⁴, Salleilles⁵ y Gurvitch⁶ son sus fundadores), quienes rompieron con el paradigma individualista del modelo jurídico liberal de las codificaciones decimonónicas en la creencia de que el análisis jurídico no debía partir del derecho subjetivo de una persona, sino de la función que aquél cumple en el tejido social.

Por erigirse sobre el organicismo social durkheimiano⁷ se trata de un modelo jurídico basado en el carácter funcional “radical” del sistema social (y de sus elementos), al que se le reconoce un papel fundamental para lograr la solidaridad, la cohesión y la transformación social⁸ – todo ello desde una

² Para un excelente ensayo sobre el surgimiento de la doctrina de la solidaridad jurídica, véase FARIAS, José Fernando de Castro. “A origem do direito de solidariedade”. Rio de Janeiro, Editora Renovar LTDA, 1998. Para una interesante crítica contra el solidarismo, véase RIPERT, Georges. “O regime democrático e o direito civil moderno”. São Paulo, Saraiva, 1937. Para la historia del pensamiento jurídico sobre este tema, véase HESPAÑA, Antônio Manuel. “Panorama histórico da cultura jurídica européia”. Lisboa, Publicações Europa América, 1997. En castellano véase la obra de MOSSET ITURRASPE, Jorge. “Justicia contractual”. Buenos Aires, Ediar, s/d, p. 07 y ss.

³ DUGUIT, Leon. “Droit Constitutionnel”. Paris. Ancienne Librairie Fontemoign & Cie Editeurs, 1927. Del mismo autor, “Le droit social, le droit individuel et la transformation de l’État”. Paris, Félix Alcan Éditeur, 1911.

⁴ HAURIOU, Maurice. “Derecho Público y Constitucional”. Madrid, Editorial Reus, 1927, p. 82. Este autor defiende una teoría jurídica que llega a una solución de compromiso entre el individualismo moderno y el objetivismo social de Durkheim y Duguit: la teoría de la institución “(...) o sea, todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de los individuos determinados (...)”, como el casamiento, por ejemplo. Para una explicación de la teoría de HAURIOU en la doctrina nacional véase MACEDO, Ronaldo Porto. “Carl Schmitt e a fundamentação do Direito”. São Paulo, Max Limonad, 2001.

⁵ SALLEILLES, Raymond. “La déclaration de la volonté”. Paris, L.G.D.J., 1929. Este autor trató de demostrar la disparidad existente entre los contratantes en la realidad del mundo de los negocios, que, en la mayoría de los casos, se formalizan a través de contratos de adhesión.

⁶ GURVITCH, Georges. “La déclaration des droits sociaux”. Paris, Éditions de la Maison Française, 1944. En síntesis, este autor abogaba por un pluralismo jurídico, o sea, un derecho creado espontáneamente por diversos segmentos sociales (era, por lo tanto, un derecho que surgía espontáneamente en el seno de la sociedad, un “derecho vivo” según la expresión de Ehrlich).

⁷ CASTEL, Robert. “A escolha do Estado Social”. In Sociologias, Porto Alegre, año 2, n° 03, ene/jun 2000, p. 19.

⁸ Es interesante destacar como el paradigma solidario refleja el abordaje sociológico del fenómeno jurídico, al contrario de la percepción jusnaturalista o liberal, que es filosófica o metafísica. Cf. EWALD, François. “A concept of Social Law”, obra en la que se explica el cambio hacia el enfoque orgánico-funcionalista. In “Dilemmas of the Law in the Welfare State”. TEUBNER, G. (org.). Berlín, Walter de Gruyter, 1988, p. 41.

perspectiva “holista”⁹ de la sociedad y, en consecuencia, antiindividualista (pues la parte se encuentra en función del todo)¹⁰. Se trata de un derecho institucionalizado socialmente (*socially embedded*). De ahí la expresión Derecho Social.

El Derecho Social (por oposición al Derecho Liberal) es una nueva forma de concebir la relación entre el todo y las partes (grupo e individuos) en el seno de la sociedad (un “nuevo contrato social”)¹¹. En efecto, según el modelo “welfarista”, de Estado Social, el grupo tiene existencia autónoma y no se confunde con el Estado, sino que más bien a éste se incorpora. Como la sociedad precede al individuo, este último pasa a tener ciertos deberes derivados de la repartición o solidaridad de riesgo con la colectividad; hecho esencialmente solidario, fundado en la concepción de una justa distribución de costos y beneficios sociales, sirviendo el Derecho Social para equilibrar los intereses en conflicto de las personas (lo que se logra tratando desigualmente a los desiguales, es decir, protegiendo al más débil).¹² Son los casos, por ejemplo, del Derecho del Trabajo, del Derecho Previsional y del Derecho del Consumidor.¹³

⁹ En el “holismo metodológico” se parte de la premisa de que el hombre es un ser social, siendo la sociedad - como hecho delimitado en el tiempo y el espacio - un todo irreductible. De esta manera se podría entender el paradigma jurídico del contrato moderno como una forma de “individualismo metodológico”, pues toda construcción jurídica parte del individuo; y, en cambio, el solidarismo contemporáneo construye categorías jurídicas (entre las cuales se encuentra el contrato) a partir de la sociedad, siendo una especie de “holismo (o colectivismo) metodológico”. Cf. DUMONT, Louis. “Essais sur l’individualisme – une perspective anthropologique sur l’idéologie moderne”. Paris, Éditions du Seuil, 1983, ps. 11-29. En igual sentido, LOPES, José Reinaldo de Lima. “Direito e transformação social”. São Paulo, Edições Ciências Jurídicas, 1997, p. 50 y ss. Es ajeno al objeto de este trabajo la discusión sobre el carácter holístico o individualista de las filosofías utilitarista y comunista. Remitimos al lector sobre este punto a BENTHAM, Jeremy. “Uma introdução aos princípios da moral e da legislação”. São Paulo, Nova Cultural, 1989, p. 09-18 y a la obra de MACINTYRE, citada más adelante.

¹⁰ Durkheim traza una analogía entre el sistema social y el sistema biológico. Así como el pulmón no vive para sí mismo sino en función del sistema respiratorio, el individuo cumple también un rol social. De ahí deriva el análisis de la “función social”. En este sentido, “para explicar fenómenos sociales se puede utilizar el análisis funcional, que consiste en establecer una correspondencia entre el hecho considerado y las necesidades generales del organismo social y explicar en que consiste dicha correspondencia”. Cf. RODRIGUEZ, Darío & ARNOLD, Marcelo. “Sociedad y Teoría de sistemas”. Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1991, p. 28.

¹¹ JAMIN, Christophe. “Plaidoyer pour le solidarisme contractuel”. In “Le contrat au début du XXIe siècle”. Org. Christophe Jamin *et alli*. Paris, LGDJ, 2001, p. 441 y ss. Véase, asimismo, MACNEIL, Ian R. “The new social contract: an inquiry into modern contractual relations”. New Haven, Yale, 1979.

¹² Cf. MACEDO, Ronaldo Porto. “Contratos relacionais”. São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 42 y ss. Del mismo autor, “Mudanças dos contratos no âmbito do Direito Social”. En Revista de Direito do Consumidor, vol. 25, p. 99 y ss. En igual sentido, LOPES, José Reinaldo de Lima. “Responsabilidade do Estado por Empresas Fiscalizadas”. En Revista de Direito do Consumidor, vol. 18, p. 77 y ss. Véase también EWALD, François. “Histoire d’État Providence”, Paris, Grasset & Fasquelle, 1996 y “A concept of Social Law”. In “Dilemmas of the Law in the Welfare State”. TEUBNER, G. (org.). Berlín, Walter de Gruyter, 1988, p. 40.

¹³ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima, “Direito do Consumidor e privatização”. In Revista de Direito do Consumidor, vol. 26, p. 119.

El Derecho Social se encuentra inserto dentro del contexto político y económico del Estado Social, que sucedió al modelo de Estado liberal.¹⁴ Acerca de la definición del término Welfare State, Andersen comenta que:

“(…) El Welfare State ha sido definido en sentido estricto y amplio. Quienes adoptan una visión restringida del fenómeno lo ven en términos de mejoras sociales: transferencia de rentas y servicios sociales (...). La visión amplia se estructura alrededor de conceptos de política económica, focalizándose en el papel del Estado como organizador y administrador de la economía (cuestiones macroeconómicas o keynesianas)”.¹⁵

La caracterización del Estado Social que hace Lopes se vale de dos elementos: seguros obligatorios y actividades distributivas. El incentivo y el planeamiento económico corresponden a la actividad del Estado que interviene en materia económica, del tipo keynesiano¹⁶, según afirma Lopes. De allí viene el Estado regulador, planificador, emprendedor y prestador de servicios. Según Lopes, el seguro público obligatorio es un elemento clave para entender el nuevo paradigma. En tal orden de ideas, existe una transformación de la mentalidad: los riesgos pasan a ser percibidos como factores sociales sobre los cuales se puede accionar de modo colectivo. Según el citado autor:

“El accidente es regular, estático, previsible, calculable, es decir, fruto de las relaciones sociales y no del capricho del destino. La misma pobreza dejaría de ser fruto de la naturaleza para convertirse en un riesgo de la existencia que podría cubrirse con seguros obligatorios y salarios mínimos. El seguro público pasaría a sustituir a las redes familiares de solidaridad y asistencia, típicas de sociedades precapitalistas”.¹⁷

¹⁴ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima, “Direito do Consumidor e privatização”. In *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 26, p. 119 y ss.; FLICKINGER, Hans-Georg. “Em nome da liberdade: elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo”. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2003, p. 32 y ss.; CAMPILONGO, “Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial.” São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 27 y ss. OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. “A atualidade da teoria do Direito de Norberto Bobbio”. In “Teoria Jurídica e Novos Direitos”. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2000, p. 39 y ss.

¹⁵ Cf. ANDERSEN, Gosta Esping. “The three worlds of welfare capitalism”. Princeton, Princeton University Press. 1990, p. 09 y ss. El autor alerta que los Estados varían mucho en su accionar “welfarista”, particularmente la mayoría de los países occidentales, que a partir de la década 1960 han puesto en práctica alguna política de bienestar social. El autor citado atribuye fundamentalmente a las coaliciones políticas de clase la emergencia del Welfare State. Hobsbawn, al igual que Guidens, prefiere atribuir a la guerra la principal causa de las políticas de bienestar social. Sobre la historia del Welfare State, véase FRASER, Derek. “The evolution of the British Welfare State”. London, Macmillan Press Ltd., 1976.

¹⁶ Para profundizar la teoría keynesiana, véase ROBINSON, Joan. “Contribuições à Economia Moderna”. Rio de Janeiro, Zahar Editores, S.A., 1978 y DILLARD, Dudley. “A teoria econômica de John Maynard Keynes”. São Paulo, Livraria Editora Pioneira, 1964

¹⁷ Cf. LOPES, “Direito do Consumidor e privatização” p. 119. ss.

De esta forma se busca, a través de normas jurídicas, estimular formas obligatorias de cooperación y de solidaridad entre los miembros de la comunidad, fundamentalmente para hacer viable la convivencia, la paz social y solucionar conflictos latentes. Se crean así, por lo tanto, mecanismos para la distribución de los beneficios sociales de la vida en común. El Derecho Social pretende generar justicia permitiendo la acumulación capitalista pero evitando algunos de los impactos negativos que pondrían en riesgo la cohesión social.¹⁸

Complementando la visión descripta, Barroso defiende que el Estado Social asuma directamente algunos roles en la actividad económica con el fin de promover el desarrollo económico y social, además de otros roles de tipo regulatorio y distributivo, con el objetivo de preservar el mercado y amparar a quienes quedarían - si así no se obrara - fuera del sistema.¹⁹ De esta manera, se crea un modelo regulador del contrato que reconoce varias formas de intervención estatal (vía judicial) en la autonomía de la voluntad de las partes.

Las arriba descriptas son las premisas teóricas de la cuestión de la función social del contrato, sin ellas la comprensión del tema se haría difícil. El contrato tiene una función social porque el análisis jurídico debe partir primero del todo (la sociedad) para sólo luego pasar a los individuos, las partes contratantes. En este contexto, un contratante depende del otro, debiéndose mutuamente solidaridad cooperativa a efectos de que ambos sobrevivan en sociedad. Le ocupará al Estado Juez, en situaciones de crisis, transformar la realidad social egoísta hasta llegar al ideal de la “justicia social”.

3. La nueva racionalidad jurídica y la “ingeniería social”

La principal bandera de la solidaridad jurídica en el ámbito de los contratos es la promoción, por medio de normas jurídicas y de la actuación del Estado, de la “sociedad orgánica”²⁰, la que no tiene existencia espontánea ni es practicada en el orden social, como era el caso de la Europa del siglo XIX y de inicios del siglo XX (caracterizada por el estado de “anomia” o de “patología

¹⁸ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima, “Direito do Consumidor e privatização”. In *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 26, p. 119 y ss.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. “Temas de Direito Constitucional”. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 389 y ss. En igual sentido, SARMENTO, Daniel. “Direitos Fundamentais e Relações Privadas”. Rio de Janeiro, Editora Lumen Júris, 2004, p. 31 y ss.

²⁰ Sobre la "solidaridad orgánica" y la "solidaridad mecánica", véase más adelante en éste mismo artículo. Como primera aproximación, se quiere decir que la forma de cohesión social creada por la división del trabajo, dada la mutua dependencia con los otros, se haya también caracterizada por la "religión" del respeto a la dignidad humana que vino a superar la conciencia colectiva de valores homogenizados, típica de la sociedad medieval estratificada. Remitimos aquí a DURKHEIM, “Da divisão do trabalho social”. V. 1. 2ª ed. Lisboa, Editorial Presença, p. 87 y ss. y 131 y ss. Sobre la naturaleza de los vínculos jerárquicos medievales, véase MAINE, Henry S. “L’ancien droit”. Guillaumin, Paris, 1874, p. 107 y ss. y 288 y ss.

social” generados por la desigualdad social, por la falta de igualdad de oportunidades y por la injusta división del trabajo).²¹ Ello se reflejó, en el pensamiento jurídico a través de una absoluta sujeción del derecho a su función social, sea por la exigencia de una “ética social”²² o “cooperativa”²³ sea por la defensa de una “justicia conmutativa distributiva”²⁴, sea por la búsqueda de una “igualdad material”²⁵ y por la democratización económica y social^{26 27}.

²¹ Para una mayor precisión conceptual sobre la crítica a la dicotomía “normalidad/anomía” social, remitimos a LUKES, Steven. “Bases para a interpretação de Durkheim”. In “Sociologia: para ler os clássicos”. Organizado por COHN, Gabriel. São Paulo, Editora Livros Técnicos e Científicos S.A., 1977, p. 38.

²² No se tratan en este trabajo los orígenes remotos de la solidaridad. Sobre este tema, Peces-Barba realiza un interesante análisis histórico del solidarismo en la doctrina cristiana y en el socialismo utópico del siglo XIX y lo define, genéricamente, como la “adhesión a la causa de la empresa de los otros, la unión y buena correspondencia entre hermanos o entre quienes se tratan como tales”. Jurídicamente, sitúa a la solidaridad dentro del ámbito social y político como impulso ético de las acciones de la sociedad y de los poderes públicos para satisfacer necesidades básicas mediante servicios públicos, que expresarían valores contrarios a los de la economía clásica y, en general, al pensamiento liberal individualista que vinculaba a los individuos a través de un contrato y que atribuía al Derecho un papel de garante y represor y no de promoción.

²³ BETTI, Emilio. “Teoria do negócio jurídico”. Coimbra, Coimbra Editora, 1969. Del mismo autor, “Teoría general de las obligaciones”. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1970.

²⁴ Dice Durkheim: “En la parte de la ética que acabamos de analizar - o sea, la moral humana -, se distinguen generalmente dos tipos de deberes muy diferentes: unos que llamamos deberes de justicia y otros que son deberes de caridad, entre los que existe una especie de solución de continuidad. (...) Respecto a la justicia, también debemos hacer una nueva distinción: entre justicia distributiva y justicia retributiva (...)”. Cf. DURKHEIM, E. “Lições de Sociologia”. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 302. Cf., DUGUIT, Leon. “Droit Constitutionnel”. Paris. Ancienne Librairie Fontemoign & Cie Editeurs, 1927.

²⁵ DUGUIT Leon. “Droit Constitutionnel”. Paris. Ancienne Librairie Fontemoign & Cie Editeurs, 1927; GURVITCH, Georges. “La déclaration des droits sociaux”. Paris, Éditions de la Maison Française, 1944.

²⁶ Afirma al respecto Canotilho: “La realización de la democracia económica, social y cultural (“principio de solidaridad”) es una consecuencia política y lógico-material del principio democrática dentro del núcleo duro del Estado Constitucional democrático. (...) La constitución distingue entre la ‘democracia política’ y la ‘democracia económica, social y cultural’. Este es un objetivo a alcanzar mediante la observancia de las exigencias del principio democrático y del principio del estado de derecho (soberanía popular, respecto por los derechos y libertades fundamentales, pluralismo de expresión, organización política democrática). (...) Ella presenta dos dimensiones específicas (...): (1) una dimensión teleológica, pues la democracia económica y social es un objetivo a realizar en el contexto de un proceso público abierto - “Estado social como proceso” - y por eso, ella se presenta como un fin del Estado; (2) una dimensión impositivo-constitucional, pues muchas de sus concretizaciones se asientan en el cumplimiento de fines y tareas por parte de órganos y entes públicos. (...) El principio de la democracia económica y social constituye una autorización constitucional en el sentido de que el legislador democrático y los otros órganos encargados de concretización político-constitucional adopten las medidas necesarias para la evolución del orden constitucional bajo la óptica de la justicia constitucional y con el ropaje de la “justicia social”. Tal principio impone tareas al Estado y justifica la conformación, transformación y modernización de las estructuras económicas y sociales, de forma tal de promover la igualdad real. (...) El principio justifica y legitima la intervención económica constitutiva y concretizadora del Estado en los ámbitos económico, cultural y social (“realización y concretización de los derechos sociales”). El principio es una imposición constitucional conducente a la adopción de medidas existenciales para los individuos y grupos que, en virtud de condicionamientos particulares o de condicionamientos sociales, encuentran dificultades en el desarrollo de la personalidad en términos económicos, sociales y culturales (ex. salario mínimo garantizado, subsidio por desempleo, etc.)”. Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da constituição. Almedina, 5ª ed., p. 333. Sobre el tema resulta interesante leer la obra de MACPHERSON, C.B. “Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios.” Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991, p. 53: “La expresión democracia económica, que pareciera más clara, generalmente se usa para designar un dispositivo del sistema económico capaz de propiciar una justa distribución del trabajo, de la renta y de la riqueza de un país. Cabe, tal vez, preguntarse si conviene llamar a ello democracia, aún por vía analógica, ya que la característica definitoria

Siempre con el fin disminuir los conflictos sociales a través de la distribución de los riesgos de las actividades empresarias capitalistas, de distribuir las ventajas económicas generadas por aquellas en el seno de la sociedad y de la protección de la parte débil en las relaciones sociales. O sea, dicho de otro modo, la adopción del modelo de Estado Social en el ámbito del Derecho Privado lo convierte en un Derecho Social.

Para alcanzar tal desiderátum, el ideario socialista exige una nueva racionalidad jurídica, caracterizada por una mayor abstracción de las normas jurídicas (“normas programáticas” en la mayoría de los casos), justamente para dar más margen de maniobra al juez a efectos de resolver conflictos sociales cada vez más complejos, en una sociedad cada vez más especializada y compartimentalizada.²⁸ Pero no se trata de cualquier racionalidad, sino de una racionalidad dirigida a la redistribución de los beneficios del capitalismo para con los menos favorecidos por el sistema, protegiendo a través de la ley, a los débiles - en otras palabras, una racionalidad esencialmente material y no formal.²⁹

De lo que se trata, por lo tanto, es de un intento de corregir el “egoísmo” del “individualismo” y, para algunos autores, del mismo “capitalismo”.³⁰ Es éste ideario socialista el que inspira, en primer lugar, la Constitución Federal

es, aparentemente, la existencia de justicia distributiva y no de un mecanismo de control, mientras que la democracia, cualquiera sea su sentido, significa más o menos un mecanismo de control”.

²⁷ Valores de "justicia" o "justicia social", "igualdad" y "solidaridad" consagrados en distintas Constituciones europeas, como la francesa de 1848 (RIVERO, Jean. “Les libertés publiques”. Paris, Presses Universitaires de France, 1973, p. 61 y ss.), la portuguesa de 1976 (véase CANOTILHO, citado arriba) y la española de 1978 (MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. “Derecho y Derechos Fundamentales”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993). Con relación a la Constitución brasileña de 1988, véase BARROSO, Luís Roberto. “Temas de Direito Constitucional”. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 389 y ss. En igual sentido, SILVA, José Afonso. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 16ª ed. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 760 y ss.

²⁸ FARIA, José Eduardo. “O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico”. In “Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, 1998. LOPES, José Reinaldo de Lima. “Crise da norma jurídica e reforma do judiciário.” In. “Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça”, 1998, p. 68 y ss.

²⁹ Cf. SOUSA RIBEIRO, “O problema...”, p. 115; DULCE, Maria Jose Fariñas. “La sociología del derecho de Max Weber”. Madrid, Editorial Civitas, 1991, p. 257-8 y 267. Este tema es abordado hasta el hartazgo, al referirse a la costumbre y a la ley como fuentes del derecho, por NEVES, Castanheira. “Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema”. In Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (Estudos em Homenagem aos Profs. M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz), vol. LVIII, 1982, p. 169 y ss. Weinrib define el formalismo como la viabilidad de “(...) una comprensión interna del derecho privado, que trae consigo las ideas de carácter, especie y unidad (...)” y que permite la distinción entre Derecho y política. Cf. WEINRIB, “The Idea...”, p. 22-3.

³⁰ UDA, Giovanni Maria. “Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corresponsabilità delle prestazioni”, in Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, mai-jun, 1990, p. 301 y ss., especialmente p. 332 y ss. En igual sentido, los arriba citados Leon Duguit, Gurvitch y Peces-Barba.

(véanse, por ejemplo, sus artículos 1º y 3º).³¹ Pero también dicha visión aparece nítida en las directrices del Nuevo Código Civil – “socialidad” y “eticidad”³² – y en diversos artículos a lo largo de dicho texto legal (véanse, por ejemplo, los artículos 157, 187, 421, 422, 424 y 1228). En consecuencia, en las entrañas mismas del modelo “welfarista” se encuentra la génesis ideológica del artículo 421 del Nuevo Código Civil³³.

4. Solidaridad y regulación del contrato

Un nuevo modelo de contrato se hace necesario ya que la nueva legislación adopta una concepción funcional y social del Derecho, típica del paradigma sociológico-solidarista, teniendo el contrato una función importante en la preservación de la cohesión social. En lo que atañe específicamente al derecho contractual, las teorías solidarias defienden la “socialización”³⁴, o “institucionalización”³⁵, en el sentido de considerar a la relación contractual

³¹ La lectura solidaria del Derecho Civil encuentra eco en la llamada “constitucionalización del Derecho Civil” a la que refieren diversos autores nacionales, a saber: NEGREIROS, Teresa. “Teoria do contrato: novos paradigmas”. Rio de Janeiro, Renovar, 2002; TEPEDINO, Gustavo (coord.). “Problemas de Direito Civil Constitucional”. Rio de Janeiro, Renovar, 2000 y “Temas de Direito Civil”. Rio de Janeiro, Renovar, 1999; FACHIN, Luiz Edson. “Teoria Crítica do Direito Civil”. Rio de Janeiro, Renovar, 2000; MARTINS COSTA, Judith (org.). “A reconstrução do direito privado”. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

³² REALE, Miguel. “O projeto de Código Civil”. São Paulo, Saraiva, 1986.

³³ En igual sentido, WALD, Arnoldo. “O Novo Código Civil e o solidarismo contratual”. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, vol. 21, p. 35; NERY, Rosa Andrade. “Apontamentos sobre a solidariedade no sistema de direito privado”. Revista de Direito Privado, vol. 17, p. 70. También parecería coincidir con dicha afirmación MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. “Diretrizes teóricas do novo Código Civil”. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 65. Hasta entonces, el Derecho Civil, siguiendo la estela del Código de 1916 (de cuño individualista) era considerado la regla del Derecho Privado, y el Derecho Social (de carácter tuitivo) - como la Consolidación de la Legislación Laboral, el Código del Consumidor, la Ley Nº 8.245/91 (de Locaciones Urbanas), el Estatuto del Niño y del Adolescente - eran tratados como regímenes de excepción, llamados “microsistemas” legislativos. Cf. IRTI, Natalino. “L’età della decodificazione”. In *Diritto e Società*, Nº 03-04, 1978, p. 614 y ss. Tal razonamiento ya no puede sostenerse más pues ahora el mismo Código Civil tiene un cariz social. Véase EWALD, François. “A concept of Social Law”. In “Dilemmas of the Law in the Welfare State”. TEUBNER, G. (org.). Berlín, Walter de Gruyter, 1988, p. 40.

³⁴ MARQUES, “Contratos...”, dedica una sección de su obra a la descripción de esa “socialización” del contrato (p. 74 y ss.). MACEDO, “Contratos relacionais...”, p. 84, trata de la “normalización” del contrato, o sea, de como las cláusulas contractuales pasan a controlar socialmente lo que es normal y aceptable en determinadas circunstancias. EWALD, “A concept...”, p. 41, refiere a la “socialización” de los contratos para “(...) designar esa forma de generar obligaciones en las que la vinculación entre un individuo y otro es siempre tamizada a través de la sociedad, desempeñando ésta un rol regulador, mediador y redistributivo”.

³⁵ Sobre la institucionalización del contrato, véase PIZZORNO, Alessandro. “Uma leitura atual de Durkheim”. In “Sociologia: para ler os clássicos”, org. Gabriel Cohn, Rio de Janeiro, LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora, 1977, p. 47: “Las dos primeras nociones durkheimianas (...) son la institucionalización del contrato y la coerción. La primera sirve para resolver los problemas que acabamos de definir. ¿Porqué se busca la división del trabajo si no trae felicidad? Porque genera solidaridad. (...) pero esa solidaridad, fruto de la división del trabajo, se funda en la interdependencia entre funciones compartimentalizada; puede, por lo tanto, reducirse dicha interdependencia, sin que caigamos en concepciones que construyen la sociedad a partir de los intereses individuales. De la misma manera, las relaciones sociales en el seno de las sociedades organizadas son de tipo contractual: no obstante, dichas relaciones no se limitan a lo que ha sido estipulado *ad hoc* por las partes. La cuestión podría ser mejor comprendida a la luz de la polémica del contractualismo contra Spencer. Durkheim

desde un punto de vista social u holístico y no como una mera relación abstracta de voluntades “metafísicas” y apriorísticas, aisladas del ambiente y del interés social (tal como es reconocido por las normas de orden)³⁶.

Sostienen los autores solidaristas que el modelo contractual liberal no responde ya a la complejidad de las relaciones económicas y de poder del mundo contemporáneo del siglo XX, caracterizado por la industrialización, por la constante especialización creada mediante la división del trabajo y por un “nuevo contrato social”—en el que el todo, es decir la sociedad, tiene una existencia autónoma de las partes contratantes. La relación contractual deberá asumir, por lo tanto, una forma relacional social. Se busca, con tal disipación, la superación de la concepción liberal del contrato, cuya funcionalidad (en caso de existir) sería sólo la expresar la voluntad autónomamente formada de los contratantes (derecho natural de libertad).

En este sentido, el modelo solidarista del contrato sería algo más y algo menos que una mera juxtaposición de dos voluntades (oferta y aceptación); configuraría una forma de “relación social” que haría viable la circulación de bienes y servicios en un mercado que esta regulado, fundamentalmente, por “elementos no consensuales”. Por esta razón, las voluntades no pueden ser abstraídas del ambiente relacional (con sus condicionantes sociales, lingüísticos y económicos)³⁷.

Es que, debido a que el contrato tiene una importante función en el seno de la sociedad capitalista (cohesión, cooperación, regulación de comportamientos y expectativas desde la óptica solidarista), el equilibrio y la justicia de la relación contractual serán garantizadas por medio de la regulación heterónoma de la voluntad de las partes contratantes, ya sea a través de normas legales imperativas de protección de intereses públicos y sociales inherentes al Derecho Social³⁸ – (artículos 421, 157, 187 y 478 del Nuevo Código Civil), ya sea por el respeto de los usos y costumbres (artículo 113 del Nuevo Código) – observándose, en todas esas manifestaciones, una interacción y una

quería demostrar que la cohesión social no puede reducirse a ventajas mutuas de las partes que informan el contrato. El contrato sería, por su propia naturaleza, inestable, ya que los intereses de los individuos cambian constantemente. Los conflictos latentes, que los contratos individuales supuestamente resuelven, reaparecerían incesantemente si no existiera en el contrato algo más que el propio contrato. Ese "algo más" es su reglamentación, su institucionalización, lo único que puede transformar las relaciones contractuales en relaciones estables y previsibles".

³⁶ Dice REALE, “O projeto...”, p. 10: “(...) el contrato es un eslabón que, de un lado, otorga valor al individuo que lo crea, pero, del otro lado, establece que la sociedad será el lugar donde el contrato será ejecutado y por la que recibirá su equilibrio y medida”.

³⁷ RIBEIRO, Sousa. “O problema do contrato”. Coimbra, Almedina. 2003, p. 11-23.

³⁸ Cf. UDA, “Integrazione...”, p. 328 e ss. MARTINS-COSTA, “A reconstrução...”, p. 624 e ss.

intermediación de la sociedad en el seno del contrato a fin de garantizarle funcionalidad.

Claro que, por lo tanto, en este nuevo modelo dogmático el contrato asumirá una función “relacional” y “estatutaria”, como si funcionase como la otra cara de la moneda del nuevo derecho de las obligaciones, que concibe la relación como un todo y como un proceso.³⁹

5. Conclusión

El legislador, con el Nuevo Código Civil, como ya había hecho en otros instrumentos legales (fundamentalmente en la Constitución Federal y en el Código de Defensa del Consumidor), recepta la principal crítica de la visión teórica individualista liberal y su reflejo en el Derecho Privado, que había sido ya hecha por la llamada escuela solidaria de Durkheim, Duguit y sus seguidores, proponiendo un modelo legislativo con función social y, por vía de consecuencia, de contrato (socializado). Este es el paradigma teórico adoptado en el Nuevo Código Civil brasileño, que de esta manera rompió con el modelo liberal del anterior Código Civil de 1916.

Vale decir, la adopción de un derecho contractual propio del Derecho Social solamente podrá suceder, de manera coherente, si el legislador adopta una concepción del contrato “welfarista”, o sea, como hecho social orgánico ordenado funcionalmente por el Estado, inspirado en la idea de prevalencia del todo sobre la parte (es decir, de los intereses colectivos por sobre los individuales). Ello autorizará al Estado, a través de su Poder Jurisdiccional, a promover el reequilibrio de las partes contratantes, a proteger el lado más débil de la relación contractual y a buscar el bienestar social.

Si no fuera así, no tendría sentido un artículo con una norma programática referida a la función social del contrato (artículo 421) y sus manifestaciones en el texto legal como la prohibición del abuso del derecho (artículo 187), la hipótesis de revisión judicial de los contratos por excesiva onerosidad

³⁹ Afirma Larenz que la relación obligacional como *relación jurídica total* comprende una serie de deberes de prestación y de conducta, además de poder contener para una y otra parte derechos formativos y otras situaciones jurídicas. “No es, por lo tanto, un conjunto de meros hechos o de acontecimientos del mundo exterior percibibles por los sentidos, sino que se trata de “consecuencias jurídicas”, es decir, de aquellas relaciones y situaciones que corresponden al mundo de validez objetiva y de orden jurídico”. Cf. LARENZ, Karl. “Derecho de obligaciones”. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1998. p. 37. Para Couto e Silva, la buena fe objetiva actúa como un nuevo paradigma en la creación de deberes de conducta y en la limitación del ejercicio incondicional de derechos, establecido entre los participantes de la relación jurídica, “(...) el vínculo contractual impondría un *orden de cooperación* que forma una unidad que no se agota en la suma de los elementos que lo componen y, diferenciándose del acreedor y del deudor, dejan de ocupar posiciones antagónicas, dialécticas y polémicas (...) (formando) *un eslabón de colaboración, en relación al fin-objetivo (de la obligación) que se proponen*”. COUTO E SILVA, Clóvis. “A obrigação como processo”. São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 8 y 30.

sobreviniente (artículos 317 y 478), la buena fe objetiva (artículo 422), todos estos mecanismos de intervención estatal en los contratos.⁴⁰

De esta manera, develando el substrato teórico de la nueva legislación social observamos una verdadera e importante ruptura en el paradigma legal, que se revela en la concepción del contrato como hecho social orgánico, la mayor parte de las veces regulado y disciplinado por el Estado, y no como una creación voluntaria autointeresada de las partes.

⁴⁰ Es esta la exagerada conclusión de la Decisión de Apelación Civil N° 70011602091, del Tribunal de Justicia en la cual se dijo: “La función social del contrato tiene por objeto evitar la imposición de cláusulas onerosas y dañosas a los contratantes económicamente más débiles. Efectos legales de la función social del contrato son la aplicación de la cláusula ‘rebus sic standibus’, la excesiva onerosidad sobreviniente, la modificación o anulación del contrato como consecuencia de un estado de necesidad asimilable al estado de peligro (art. 156, Código Civil) o aprovechamiento de la inexperiencia de la contraparte para la obtención de una ventaja exagerada como ocurre en el caso de la lesión (art. 157, Código Civil).”