

FUERZA OBLIGATORIA Y FUNCIÓN SOCIAL DEL CONTRATO:

UN ESTADO DE LA CUESTIÓN EN BRASIL Y CHILE

ESTEBAN PEREIRA FREDES¹

Resumen

Este trabajo muestra el tránsito del derecho de contratos en el contexto jurídico latinoamericano. Pese a que las codificaciones decimonónicas suscribieron ostensiblemente parámetros individualistas, con que fue diseñado el derecho contractual moderno, la codificación contemporánea de la región se ha distanciado de esta manera de comprender el contrato, sus fundamentos y propósitos, afianzándose en exigencias de sociabilidad u otros principios sociales. Ello es analizado, en particular, a partir de la consagración de la función social del contrato en la actual legislación brasilera, que ofrece dificultades a la vigencia de la fuerza obligatoria del contrato y otros principios de la contratación. Se muestra en qué sentido este fenómeno devela la complejidad del derecho de contratos, constituyendo un desafío inmediato para los esfuerzos de armonización del derecho de contratos en Latinoamérica, a la luz de un fundamento común.

Palabras clave: *Fuerza obligatoria contractual, función social del contrato, individualismo, sociabilidad, derecho de los contratos latinoamericano.*

INTRODUCCIÓN

El derecho de contratos moderno posee un innegable compromiso con los presupuestos decimonónicos de la contratación que fueron dogmáticamente cautelados a partir de los principios fundamentales del derecho contractual. Ellos se encuentran entrelazados por el fundamento individualista que recorre el derecho privado. El sistema contractual latinoamericano, por su parte, consagró esta manera de comprender el contrato y ella permeó las distintas codificaciones civiles del siglo XIX. No obstante, esta justificación común presenta en la actualidad fuertes tensiones ya que las codificaciones contemporáneas formuladas en Latinoamérica se han apartado de dicho prisma, trasladándose a una fundamentación diseñada en torno a la

¹ Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile; Universitat de Girona, Girona, España (esteban.pereira@uai.cl; esteban.pereira@udg.edu).

sociabilidad u otros principios sociales. Y, en otros sistemas jurídicos de la región, la influencia de la dogmática y jurisprudencia ha provocado la revisión del paradigma individualista del derecho de contratos, pese a preservar su legislación civil sin mayores reformas.

Por ello, los intentos de armonizar el derecho de contratos en Latinoamérica enfrentan un desafío crucial, relativo a determinar cuál es el fundamento a partir del cual es pertinente promover la uniformidad del derecho contractual. La tensión existente puede mostrarse, en parte, con la relación entre la fuerza obligatoria del contrato y la función social que debe observar el vínculo contractual. Pese a que tanto sus fundamentos como sus alcances transiten por direcciones opuestas, bajo el actual estado de cosas en el contexto latinoamericano, la tradicional defensa de la incondicionalidad del primer principio de la contratación, convive con su restricción y debilitamiento sobre la base de los objetivos sociales que requiere satisfacer el contrato.

En lo que sigue, será mostrado el tránsito desde el derecho de contratos forjado por el paradigma decimonónico y ampliamente recogido en los ordenamientos civiles de Latinoamérica, hasta su reciente evaluación crítica, que ha sido desplegada mediante la reformulación legislativa o bien con el apoyo de los estudios dogmáticos y su recepción jurisprudencial. Se analizará, en especial, la tensión que media entre el efecto vinculante del contrato y su función social. Para ello, nuestra atención estará centrada en el sistema contractual brasilero y chileno, aun cuando las consideraciones aquí esgrimidas abarcarán también los sistemas jurídicos argentino y colombiano. El objetivo central de este trabajo es demostrar que la complejidad del derecho contractual ofrece dificultades a los esfuerzos de armonización y ello es transparentado cuando atendemos al fundamento de este ámbito del derecho privado. El derecho de contratos latinoamericano, en la actualidad, presenta profundas tensiones y fisuras en la forma de entender la relación contractual y los principios que informan el derecho de contratos, constituyendo un desafío inmediato para la agenda de uniformidad. Pareciere no ser el caso de que es posible sostener la tesis según la cual el derecho contractual en Latinoamérica sigue descansando en el individualismo.

En la primera sección, serán desarrollados los presupuestos decimonónicos del derecho de contratos que encarnó el proceso de codificación junto a los principios básicos de la contratación que regulan el derecho contractual clásico, conjuntamente fundamentados en el individualismo. En la segunda sección, en tanto, se perfilará el nuevo derecho de contratos que es instalado por la legislación brasilera de 2002 a la luz del principio de sociabilidad, centrando la atención en la consagración de la función social del contrato y su relación con la fuerza obligatoria del vínculo contractual y, asimismo, se revisará la situación vigente en Chile. Finalmente, en la tercera sección, son presentadas las dimensiones de incidencia de los principios sociales en el derecho de contratos latinoamericano y, a su vez, se apuntan los desafíos que el problema de repensar el fundamento del derecho de contratos conlleva para el proyecto de armonización promovida en la región.

1. PARADIGMA DECIMONÓNICO E INDIVIDUALISMO CONTRACTUAL

El derecho de contratos tradicional posee un estrecho compromiso con la manera de entender la relación contractual que estuvo inspirada en el ideario ilustrado y fue reflejada en la codificación decimonónica. Esta visión concibe a los individuos como agentes que cuentan con facultades y destrezas equivalentes para negociar y definir sus obligaciones contractuales, encontrándose, además, en posiciones simétricas para participar en las relaciones contractuales que estimen convenientes. Al no existir entre sí diferencias significativas en cuanto a sus competencias, las partes contratantes pueden decidir autónomamente qué contratos celebrar y bajo qué términos hacerlo. La justicia de sus acuerdos, en tanto, constituye una cuestión garantizada precisamente por estos postulados, es decir, por provenir de un contrato suscrito entre individuos situados en posiciones equivalentes de negociación y, desde las cuales, libremente determinaron las estipulaciones contractuales que rigen su relación jurídica.

Este paradigma decimonónico del derecho contractual fue explicitado en la codificación. El proyecto de la sistematización y simplificación que abrazó la codificación exigió efectuar hacer códigos simples, concisos y breves, de manera de unificar la diversidad de reglas jurídicas en cuerpos normativos básicos de fácil acceso y focalizados en una imagen única y abstracta de sujeto.² Más allá de las naturales diferencias que existen entre los individuos, para efectos de las relaciones jurídicas que estos pueden desarrollar en el marco del derecho privado, la codificación estableció un esquema formal que agrupaba a todos ellos como sujetos de derecho. Desde un punto de vista contractual, hay un principio igualitario que trata a todos los agentes como igualmente capacitados para contraer obligaciones y ejercer derechos mediante relaciones contractuales, y este permite disipar las diferencias que, al menos, en materia cultural y económica irremediablemente afectan el vínculo entre las partes de un contrato.

Tal paradigma de la contratación no tiene, naturalmente, una especificación clara de todas sus implicancias. No obstante lo anterior, es posible identificar un conjunto de postulados en que se expresa este núcleo de creencias. Estos pudieren apuntarse en los siguientes: (i) voluntad contractual; (ii) simetría de los contratantes; (iii) estabilidad contractual y (iv) ausencia de intervención exógena a las partes. Revisaremos, de manera breve, el sentido de dichos presupuestos. En primer lugar, la *voluntad contractual* goza de un lugar de privilegio en el moderno derecho de contratos. Esta es el punto de partida para generar efectos jurídicos a través de la celebración de un negocio jurídico y, si es el caso, de una relación contractual. A su vez, la obligatoriedad de los términos que las partes han fijado descansa, precisamente, en que estos son fruto de su acuerdo de voluntades. Por supuesto, la manifestación de voluntad es un elemento necesario mas no suficiente para constituir un vínculo contractual, ya que el sistema jurídico privado tiene participación tanto en la cons-

2 TARELLO (1995), pp. 47-52.

titución como durante la sanción de los acuerdos celebrados por los individuos. Pero la manifestación de voluntad es indispensable para el nacimiento de un contrato en la medida que este, en términos sustantivos, no es algo distinto de la voluntad de quienes se obligan.

En segundo lugar, la *simetría contractual* quiere decir que las partes que celebran, ejecutan y cumplen un contrato están formalmente situadas en un plano de igualdad. Ello no implica que las partes gocen materialmente de facultades y aptitudes equivalentes entre sí, sino que el sistema jurídico privado supone que formalmente están en una posición similar, optando por una neutralidad en sus regulaciones e imparcialidad a favor de los individuos en materia de contratos. El reflejo más inmediato de esta consideración institucional de igualdad radica en que, salvo las excepciones que establece la legislación, todas las personas son igualmente capaces para contratar. Es decir, el derecho de contratos clásico presupone que no existen diferencias sustantivas entre los contratantes, que recomienden mejorar la posición de uno respecto de la situación que favorece al otro. En este sentido, la ubicación simétrica de las partes sugiere que ellas cuentan con poderes para negociar los términos del contrato que resultan asimilables. De esta manera, se asegura que el resultado del proceso de negociación da lugar a un conjunto de derechos y obligaciones que está originado en el consentimiento libre e informado de los contratantes. Se trata de un contrato evidentemente paritario en que el plano común de deliberación de las cláusulas contractuales neutraliza, en principio, las pretensiones de imposición o exclusión de ellas que pudiere sostener un contratante mejor posicionado. Las partes de un contrato, para propósitos de la contratación clásica, gozan de una recíproca correspondencia en su posición, facultades y derechos.

En tercer lugar, tenemos la *estabilidad del vínculo contractual*. Debido a que las partes contratantes, como se ha mostrado, están en una posición equivalente que les permite negociar, tomar decisiones satisfactorias y resguardar sus intereses, el contrato es validado como un reflejo de su voluntad común. Al conciliar la preliminar diferencia de intereses en un cuerpo contractual convenido por ambas partes, el contrato asegura la justicia formal de sus términos y garantiza la estabilidad de su vigencia en el desenvolvimiento de sus progresivas fases. Esta óptica promueve una expectativa de continuidad del vínculo contractual, conforme a la cual las partes están sujetas a los términos originalmente pactados, sin que en principio estos debieran variar ni sufrir sobresaltos en el cumplimiento de sus prestaciones o satisfacción de sus intereses contractuales. Dicha pretensión de estabilidad aboga por la mantención de las condiciones y efectos contractuales por un espacio prolongado de tiempo. Como se podrá intuir, la continuidad o permanencia del contrato es un postulado menos explícito que el rol primario de la voluntad de los individuos o la posición equivalente bajo la cual ellos concurren en el derecho de contratos, pero está latente tras ambos presupuestos de la contratación clásica.

En cuarto lugar, finalmente, el derecho clásico de contratos supone la *ausencia de intervención exógena a los contratantes* en su relación contractual. Un conjunto de estipulaciones libremente convenidas por las partes y fundadas en una situación contractual paritaria, debiere mantenerse al margen del peligro de que sus cláusulas

sean alteradas o que su obligatoriedad desaparezca, si las partes contratantes así no lo han decidido. La actuación de factores ajenos a quienes celebran el contrato atiende, principalmente, al juez y al legislador. *Prima facie*, ambos estarían impedidos de revisar o invalidar el contrato una vez que este haya sido legalmente celebrado por los individuos, bajo el propósito de resguardar y ratificar la vigencia de alguno de los presupuestos tradicionales de la contratación, que parece puesto en entredicho. De ahí que, por ejemplo, pese a lo gravosa que puede resultar una estipulación contractual para una de las partes, cuestión que está directamente relacionada con la desigualdad en el poder de negociación de los contratantes, ello no sería una razón que justifique que el juez intervenga en el contrato. Pues esto significaría una intromisión heterónoma en el acuerdo contractual que fue libremente establecido por los agentes. Desde luego, incluso en las codificaciones decimonónicas hay situaciones que autorizan al juez a invalidar un contrato, cuando este se aparta de las condiciones de validez previstas en el derecho privado, y otras en que pueden decretarse la alteración de ciertas estipulaciones cuando estas exceden los límites legales permitidos, como ocurre por ejemplo en Chile respecto del precio en la compraventa de bienes inmuebles. Pero se trata de supuestos que tienen, por definición, una operatividad excepcional respecto del espectro general de contratación.

El breve recorrido que se ha efectuado por los presupuestos decimonónicos del derecho de contratos, muestra en qué sentido su influencia permite comprender los principios generales del derecho de contratos; a saber, autonomía de la voluntad, libertad contractual, consensualismo, fuerza obligatoria de los contratos, relatividad del vínculo contractual, buena fe, entre otras consideraciones tradicionalmente trazadas por la dogmática civil.³ Estos principios se encuentran presentes en la diversidad de figuras contractuales que las partes celebran, ya sea que aquellas estén previamente consagradas en la legislación o bien sean consecuencia del ejercicio del poder de disposición de las partes en la esfera jurídica privada, creando válidamente nuevas formas de contratación. A nivel dogmático cumplen un importante papel de sistematización y coherencia interna del derecho de contratos, ya que regulan el nacimiento, ejecución y extinción de la relación contractual, aun cuando las partes no prescriban expresamente que están sujetos a dichos principios.

La conexión entre los *presupuestos decimonónicos* de la contratación y los *principios fundamentales* del derecho de contratos, se manifiesta en el hecho de que estos últimos constituyen una manera de cautelar jurídicamente la vigencia de los presupuestos conceptuales de la codificación en materia de contratos. Por lo demás, su justificación reside en el valor que se le adscribe a la voluntad, asimetría y estabilidad contractual, junto a la resistencia frente a la intervención de fuentes ajenas a la voluntad de los contratantes.⁴ De modo tal que los principios dogmáticos de autonomía de

3 Sobre el desarrollo y alcance de este elenco de principios básicos de la contratación, puede consultarse, LÓPEZ SANTA MARÍA (2010), pp. 191-360.

4 La conexión entre los presupuestos conceptuales de la codificación, inspirados en la filosofía iluminista, y los principios clásicos del derecho de contratos, es deslizada por la Corte Suprema de Chile, en las siguientes palabras: “[...] la autonomía de la voluntad se funda en los principios propios de

la voluntad, libertad contractual, fuerza obligatoria del contrato y relatividad de sus estipulaciones, sobre los cuales estará situado el énfasis de este trabajo, admiten interpretarse como mecanismos jurídicos de implementación de las creencias decimonónicas acerca de las relaciones contractuales, en el normal funcionamiento del derecho de contratos.

Al conjugar los mencionados principios generales del derecho contractual, según es sabido, se afirma que las partes son libres para decidir contratar o no y, si deciden hacerlo, están facultadas para configurar autónomamente los términos y alcances de los acuerdos que suscriben. De igual manera, el espectro de derechos y obligaciones que fue acordado, vincula a quienes dieron origen al contrato de manera incondicionada y sin excepciones, obligándolas a cumplir íntegramente lo pactado, como si se tratara de una ley. Finalmente, esta fuerza obligatoria del contrato cubre únicamente la situación jurídica de quienes concurrieron a la celebración del contrato y no a terceros que son ajenos a su nacimiento y permanecen al margen de sus efectos jurídicos. El contrato es un asunto relativo a las partes que lo celebran y, en principio, solo a ellas interesa.

Del mismo modo, la coherencia existente entre los presupuestos decimonónicos de los contratos y los principios básicos de la contratación está reflejada en la justificación que subyace a unos y otros, esto es, el individualismo.⁵ Este puede ser entendido en términos de una diferenciación entre los intereses propios y ajenos, de manera tal que las ganancias y beneficios se radiquen exclusivamente en quienes las obtienen y, a su vez, las pérdidas sean únicamente soportadas por quienes las sufren.⁶ Su rasgo más decisivo es la demarcación entre los intereses del agente y los pertenecientes a los demás integrantes de la comunidad. Una comprensión estándar del contrato, entonces, está engarzada con la ruptura de intereses y, de ahí, que el vínculo contractual es interpretado como un mecanismo de maximización de utilidades que está destinado a la creación y transferencia de riquezas. Pese a que el contrato devela una comunión de voluntades, intereses y propósitos, un contratante puede, en principio, apelar al cumplimiento de lo pactado para satisfacer sus intereses contractuales, aun cuando ello acarree un perjuicio para la otra parte del contrato, quien ha accedido o se ve enfrentado a condiciones contractuales desfavorables. Más allá de su origen colaborativo, cada contratante puede velar por sus intereses depositados en el contrato sin necesariamente tener en consideración los ajenos, para efectos de la configuración del acuerdo, su ejecución o extinción.

La separación entre intereses propios y ajenos está expresada más claramente cuando se presta atención a la relatividad de la relación contractual. El contrato,

la ilustración de la libertad y de la igualdad, que llevados ambos al plano jurídico, se traducen en igualdad y la libertad jurídica de las partes". *Comercializadora Trade Logic Ltda. con Empresa Kraff Foods Chile* (2011).

5 Un examen crítico acerca de las bases individualistas genuinamente presentes en el derecho privado romano en DE MARTINO (2005).

6 En este sentido, véase, KENNEDY (1976), p. 1713.

como fue indicado, únicamente gobierna el comportamiento de los contratantes y no extiende sus reglas a individuos que no son parte del acuerdo. Por ende, los intereses y expectativas que forman parte del contrato no deben ser replicadas por el resto de la sociedad, así como tampoco las cláusulas y términos contractuales requieren haberse estipulado atendiendo al bienestar de la sociedad o de algún individuo extraño a la convención, pero a quien pudiere beneficiársele gracias a esta. El contrato está tradicionalmente concebido como un negocio jurídico entre individuos determinados, y se encuentra aparentemente desprendido de la sociedad bajo la cual se celebran y desarrollan las relaciones de intercambio. Su validez, por regla general, no es un asunto que dependa del hecho de que lo convenido esté afianzado en el conjunto de valores, ideales o fines de la comunidad, ni tampoco que aquel ocasione reales consecuencias beneficiosas en la sociedad o que, al menos, haya sido celebrado en función de ella. Las relaciones contractuales, por el contrario, suponen una fisura entre quienes suscriben el acuerdo y quienes no, encontrándose estos últimos desvinculados tanto de sus efectos como de las motivaciones que llevaron a los primeros a contratar.

Por ello, el principio de autonomía de la voluntad constituye un indicador robusto de la aparente hegemonía del individualismo en los asuntos de derecho privado. El principio de libertad contractual, en particular, contribuye a cristalizar el ideal regulativo de ese principio general en el derecho de contratos tradicional.⁷ La decisión de contratar o no, así como aquellas relativas a con quién celebrar el contrato y, finalmente, de acuerdo con qué términos y condiciones resulta más beneficioso hacerlo, implican cuestiones de competencia exclusiva de las partes contratantes, en las cuales suelen desatenderse consideraciones generales o sociales, que pudieren estar directa o indirectamente asociadas a la relación jurídica que celebran. Si bien es plausible pensar en un contratante que vele con igual celo por el resguardo de sus intereses y los de su contraparte en el contrato, es difícil imaginar que las partes configuren una relación contractual *con atención* a fines o propósitos sociales. El ejercicio de la libertad contractual está comprometido con una racionalidad individualista que es pertinente a contextos intersubjetivos y no así en contextos ultrasubjetivos. Exigir a un contratante que, en el despliegue de su libertad contractual, tome en consideración los intereses sociales podría calificarse, en estos términos, como supererogatorio.

Bajo estas coordenadas de análisis, fue forjada la codificación decimonónica y Latinoamérica constituyó una fiel heredera de estas directivas teóricas.⁸ El Código Civil brasileiro de 1916 (en adelante, CCB1), no obstante su dictación durante el siglo XX, conservó la fundamentación individualista de sus instituciones que encarnó el

7 De acuerdo con Jorge López Santa María, “[l]a doctrina de la autonomía de la voluntad sirve de telón de fondo a la mayoría de los principios fundamentales de la contratación”. LÓPEZ SANTA MARÍA (2010), p. 192. En contra de fundar la teoría clásica del contrato a la luz de la noción de autonomía, véase, ACCATINO SCAGLIOTTI (2015), pp. 35-56.

8 Una visión escéptica acerca de la vinculación entre el Código Civil napoleónico y los presupuestos individualistas revolucionarios, está en GORDLEY (1994), pp. 459-505.

movimiento codificador de la centuria anterior. De ahí que reflejó la vigencia de los presupuestos conceptuales del paradigma decimonónico en el ámbito contractual y, además, fue admitido sin reservas que los principios básicos de la contratación propugnados por los estudios de derecho civil eran plenamente vigentes, pese a que su texto prescindía de disposiciones que expresamente los consagrasen.⁹ Ello era una consecuencia natural de la calificación común con que la dogmática civil brasilera aludía a los fundamentos del derecho de contratos organizado por el CCB1; a saber, en términos de abrazar una concepción liberal e individualista.¹⁰

El Código Civil chileno (en adelante, CCCh), vigente desde 1855, también participa de esta lectura individualista. Su conexión con el individualismo es innegable a partir del influjo del *Code* de 1804 en el proyecto codificador de Andrés Bello.¹¹ En su articulado existe un puñado de reglas jurídicas que reflejan los principios básicos de la contratación, no obstante en muchas de ellas se trate más bien de una consagración indirecta. Mientras la autonomía de la voluntad y libertad contractual aparecen con mayor claridad en los artículos 1437 y 1438, el consensualismo se encuentra en la parte final del artículo 1443, la fuerza obligatoria del contrato está expresamente garantizada por el artículo 1545, la relatividad de la relación contractual se desprende de dicha disposición jurídica y, finalmente, la buena fe contractual está prevista en el artículo 1546 del texto legal. De este elenco de disposiciones, no es una cuestión baladí que el artículo 1545 sea conjuntamente considerado como expresión, inmediata o mediata, de los principios de la contratación, salvo del de buena fe.¹² Su prosa revela la incondicionalidad del efecto vinculante del contrato, prescribiendo que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.¹³

9 La relevancia y el respeto de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual estaban indudablemente presentes en un sinnúmero de disposiciones del CCB1, como se desprende de los artículos 85, 88, 115, 129, 1080, entre otras reglas de su articulado.

10 Véase, por ejemplo, BRANCO (2011), p. 35.

11 Desde este punto de vista, TAPIA RODRÍGUEZ (2008), pp. 240-242.

12 VIAL DEL RÍO (2007), pp. 57-58. Esto también se extrae de LÓPEZ SANTA MARÍA (2010), pp. 192-193, 216-218, 223. La conexión entre el artículo 1545 y el principio de autonomía de la voluntad ha sido refrendada jurisdiccionalmente, estableciendo que dicho precepto del CCCh “[...] es una norma a través de la cual se consagra la fuerza obligatoria de los contratos, que implica que los pactos que las partes celebren –atendido el principio de la autonomía de la voluntad– deben cumplirse, constituyendo la fuente y medida de la obligación que contraen”. *Sociedad de Profesionales Harasic y López Limitada con Sociedad Concesionaria del Elqui S.A.* (2016). Para la construcción de la regla contractual en el sistema chileno de contratos, véase, VIDAL OLIVARES (2000), pp. 209-227.

13 Su antecedente inmediato es el artículo del artículo 1134 del Código Civil francés, de acuerdo al cual “Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado”. Una perspectiva crítica sobre la reconstrucción intelectual que fundamenta en la autonomía de la voluntad la fuerza obligatoria del contrato prevista en el artículo 1545 del CCCh, está en PIZARRO WILSON (2004), pp. 225-237. Una defensa del valor de la autonomía para justificar el efecto vinculante de la relación contractual en PEREIRA FREDES (2016), especialmente, pp. 87-123.

Ambos cuerpos normativos participan de este sustento individualista y, por consiguiente, expresan su hostilidad frente a intervenciones en la relación contractual efectuadas por fuentes ajenas a las partes, como lo sería el legislador o el juez. La fuerza obligatoria del contrato goza de una explícita acogida en estos códigos civiles y ello trae aparejadas sendas dificultades para que el desarrollo o vida de una relación contractual, pueda ser alterada o extinguida producto de la decisión de un tercero distinto a los contratantes. De acuerdo con lo anterior, el individualismo en el derecho de contratos, que es puesto de manifiesto tanto por los presupuestos conceptuales decimonónicos como por los principios fundamentales del derecho de contratos, envuelve también una cuestión institucional relativa a la distribución de competencias. La lógica de la relación contractual excluye al legislador y, principalmente, al juez en la génesis, desenvolvimiento y extinción del acuerdo. Su influencia está severamente obstaculizada por el *pacta sunt servanda* que rige a las partes, y solo a ellas, privando a esos órganos de contar con facultades para revisar, corregir o dejar sin efecto lo estipulado por los contratantes. Por supuesto, las legislaciones civiles contemplan supuestos en que el juez, por ejemplo, puede modificar algunas condiciones e invalidar un contrato. Pero estas intervenciones no están directamente asociadas a la corrección sustantiva de los acuerdos celebrados ni en abogar por las finalidades sociales que deben cumplir los vínculos contractuales. El respeto a la ley del contrato conlleva, entonces, una suerte de aislamiento de la sociedad y de las competencias institucionales como la legislativa y judicial respecto de la relación contractual.¹⁴

En la próxima sección será presentado el *nuevo* derecho de los contratos que, a diferencia del derecho contractual inspirado en el pensamiento decimonónico, no está exclusivamente informado por principios individualistas sino que en sus diversas disposiciones e instituciones están también asentados postulados de sociabilidad, en virtud de los cuales el contrato debe cumplir objetivos que exceden la satisfacción de los intereses particulares de los contratantes, buscando contribuir positivamente al esquema social bajo el cual tiene lugar el contrato.¹⁵ Con la irrupción de este nuevo estado de cosas, la relación jurídica contractual debe atender a consideraciones generales. Y, por esta razón, son otorgadas competencias institucionales para asegurar la correspondencia entre el ejercicio de la libertad contractual y la función social que esta debe desempeñar.

14 Del mismo modo, en el derecho europeo de contratos se observa un dilema similar en cuanto a la relación que media entre el respeto irrestricto por el disciplinamiento de la Unión Europea y el papel central que ocupa el juez, para efectos de determinar el contenido de numerosas cláusulas contractuales, interviniendo en la autonomía privada de los contratantes. Ello tiene especial importancia en el *Draft Common Frame of Reference*. Un estudio acerca de esta situación en GRONDONA (2012), pp. 135-147.

15 El término en portugués '*sociabilidade*' aquí es traducido genéricamente al castellano como 'sociabilidad'. Esta opción prefiere a la otra alternativa disponible 'socialidad', que no es propia de la lengua castellana. En este sentido, también MOMBERG URIBE (2014), en particular, pp. 163-164.

2. NUEVO DERECHO DE CONTRATOS Y SOCIABILIDAD

El sendero por el cual transitaron ambos códigos es diametralmente distinto. Mientras el CCBI fue reemplazado por el actual Código Civil brasileiro de 2002 (en adelante, CCB2), el Código Civil de Bello sigue plenamente vigente hasta nuestros días, sin detectarse esfuerzos claros para su modificación por un texto civil actualizado. La sustitución de la legislación brasileira provocó una transformación en la manera de entender la relación contractual, en tanto la fundamentación individualista que rodeaba el CCBI fue reformulada por una filosofía centrada en la ética y sociabilidad de las relaciones jurídicas que permea diversas reglas e instituciones jurídicas del CCB2.¹⁶ Dicho tránsito a nivel de fundamentación insta a cuestionarse si estamos en presencia o no de un nuevo derecho de contratos, radicalmente opuesto al diseñado a partir del paradigma decimonónico del derecho contractual.

Lo anterior queda en evidencia cuando son traídas a colación las palabras de Miguel Reale, quien se desempeñó como supervisor de la Comisión Elaboradora y Revisora del CCB2. Bajo su punto de vista, la actual legislación civil brasileira está basada en dos grandes principios: sociabilidad y ética. El rasgo más decisivo de ambos parámetros es su férrea oposición con el individualismo que marcó el anterior cuerpo normativo en Brasil. En sus términos:

[...] doy preferencia al tiempo del cerebro y del corazón, sobre todo al tiempo de los golpes del corazón que abren a la comprensión de la ética y la sociabilidad, los dos valores básicos de la nueva codificación, nueva codificación que resumiría así: un conjunto de normas abiertas, en función de las necesidades económicas, éticas y sociales de la Patria Brasileña, sin el individualismo del siglo pasado, sino con la sociabilidad y la ética exigidas en nuestro tiempo.¹⁷

Esta relectura social del contrato tendrá una inevitable incidencia en los presupuestos decimonónicos de los contratos y, a su vez, en los principios básicos de la contratación. Tanto los postulados asumidos por la codificación del siglo XIX como aquellos formulados por los estudios dogmáticos de derecho privado contractual, presentan fuertes tensiones con la idea de sociabilidad y, en ciertos momentos, su concepción original parecerá profundamente resquebrajada. Pese a que un contrato haya sido legalmente celebrado en el interés de ambas partes, o bien en el de una sola de ellas, su intangibilidad y vigencia estarán sujetas al cumplimiento de finalidades sociales que escapan al acuerdo intersubjetivo. Ello, como puede anticiparse, constituye un reto para la dogmática civil en sus propósitos de armonización del derecho

16 Acerca del escenario social, jurídico y económico que en Brasil antecedió al CCB2, resulta de interés WALD (2010a), pp. 1023-1034. El análisis de los rasgos metodológicos de esta codificación se encuentra acentuado en BRANCO (2011), pp. 347-372. Asimismo, conviene tener presente la influencia de numerosas instituciones plasmadas en el Código Civil italiano de 1942, Código Civil portugués de 1966 y BGB alemán.

17 REALE (2003). La traducción de todos los textos al castellano es mía, a menos que se indique lo contrario.

de contratos, así como para la teoría del derecho privado que está particularmente centrada en la filosofía del contrato.

Revisemos, a continuación, tres órdenes de consideraciones respecto del nuevo escenario contractual en Latinoamérica apuntado por el CCB2. De una parte, la continuidad entre el ámbito constitucional y la esfera privada bajo el sistema jurídico brasileiro. De otra, los principios que dan cuenta de esta reinterpretación del contrato en el CCB2. Y, finalmente, la técnica que fue empleada por el legislador brasileiro para dotar de competencias al órgano jurisdiccional en su intervención en el desarrollo de la relación contractual, cuando esta lesiona los valores y principios concatenados bajo la noción de sociabilidad.

En primer lugar, el legislador brasileiro traspaló a la legislación civil valores que anteriormente se encontraban plasmados en la Constitución Federal de Brasil de 1988. En dicha Carta Fundamental se establece el respeto irrestricto a los valores de dignidad de la persona y de solidaridad. Mientras el primero está consagrado en el artículo 1 número 3, el segundo se encuentra contemplado en el artículo 3 número 1.¹⁸ Como se verá, los principios que insertó el CCB2 en el derecho de contratos, son una manifestación de la vigencia y operatividad del espectro constitucional en las relaciones contractuales privadas.¹⁹ Esta interacción entre el plano constitucional y el civil pone a prueba la tradicional división con que los estudios dogmáticos diferencian entre derecho público y derecho privado. Uno de los sentidos con que suele ser trazada esa demarcación es cautelar la autonomía del derecho privado respecto del derecho público.²⁰ Bajo la óptica del legislador brasileiro, en cambio, tal independencia no es efectiva, ya que las regulaciones contractuales privadas deben observar los principios constitucionales de dignidad y solidaridad. Esto ofrece vallas que es necesario sortear si se pretende sostener la separación tajante entre una y otra parcela de lo jurídico, dado que en estos términos la repercusión y conexión es directa.

En segundo lugar, el CCB2 consagra tres principios inspirados en la dignidad de la persona y la solidaridad; a saber, (i) función social del contrato; (ii) buena fe objetiva; y (iii) equilibrio contractual.²¹ La *función social del contrato*, sobre la cual volveremos, representa la mayor novedad de la vigente regulación civil en materia de contratos en Brasil. Ella está legalmente asentada en el artículo 421, estableciendo un grueso límite para la libertad contractual de las partes. Por supuesto, esta regla

18 El artículo 1 número 3 de la Constitución Federal brasileira prescribe que la República Federal de Brasil, constituida bajo el Estado Democrático de Derecho tiene como fundamentos –entre otros– la dignidad de la persona humana. Por su parte, el artículo 3 número 1 establece que “Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil: I. construir una sociedad libre, justa y solidaria”.

19 Según Judith Martins-Costa, el entrelazamiento entre la esfera civil y constitucional está reflejado en el principio de función social, el cual “[...] constituye, en términos generales, la expresión de la sociabilidad en el Derecho Privado, proyectando en sus cuerpos normativos y en las distintas disciplinas jurídicas la directriz constitucional de la solidaridad social”. MARTINS-COSTA (2005), p. 41.

20 Así, por ejemplo, WEINRIB (2012), pp. 204-231.

21 En esto sigo a MOMBERG URIBE (2014), pp. 164-167.

no era parte del CCB1 y remece tanto los presupuestos decimonónicos del derecho contractual como los principios básicos sostenidos tradicionalmente por la dogmática en materia de contratos. Su presencia está lejos de ser accidental pues, como señala Gerson Branco, “[e]l artículo 421 no es una cláusula general aislada sino una de las varias cláusulas insertadas en el texto legal con el objetivo de realizar los principios que orientaron el trabajo de codificación”.²² Según fue anotado, los principios de sociabilidad y ética.

La *buena fe objetiva*, en tanto, está expresamente consagrada en dos disposiciones, en los artículos 113 y 422. La primera regla jurídica establece que “Los negocios jurídicos deben ser interpretados conforme a la buena fe y a los usos del lugar de su celebración”, y la segunda, por su parte, prescribe que “Los contratantes son obligados a respetar, tanto en la celebración del contrato como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe”. La buena fe en su faz objetiva, es decir, aquella relativa al estándar objetivo del leal comportamiento de los contratantes no estaba reconocida en el CCB1 y ahora, en cambio, goza de un amplio ámbito de operatividad que cubre tres dimensiones: cumple una labor interpretativa, sirve para la creación de deberes secundarios de comportamiento de las partes y, además, justifica y exige la sanción del abuso del derecho.

El *equilibrio contractual*, por último, cautela que la relación contractual sea desarrollada de acuerdo a condiciones equitativas para ambos contratantes. Este parámetro busca evitar que la asimetría en el poder de negociación de una de las partes, signifique la estipulación de términos excesivamente favorables a una de ellas y, a su vez, notoriamente lesivos para la otra. Y, cuando dicha situación de desigualdad se materialice y perjudique al otro contratante, las exigencias del equilibrio contractual reclaman su corrección mediante un conjunto de instituciones. Pese a que este principio no está reconocido expresamente, fluye de diversas instituciones contractuales, tales como la lesión (artículo 157), la excesiva onerosidad sobreviniente (artículos 317, 478 a 480) y la cláusula penal enorme (artículo 413).²³

En tercer lugar, el CCB2 echó mano de una técnica legislativa altamente pertinente para el tipo de proyecto que llevó a cabo. Dado que se trataba de un esfuerzo de reformulación del derecho contractual tradicional, el uso de nociones abiertas y abstractas como *función social* permite integrar en ella, un conjunto de hipótesis que pueden calificarse de expresiones del ejercicio de la libertad contractual que no atienden o derechamente atentan contra la función social del contrato. Esto último conlleva trasladar, en el derecho de contratos, la importancia institucional desde el legislador al juez. La opción de utilizar términos que no están conceptualmente demarcados autoriza una actividad interpretativa más amplia y exigente por parte del órgano judicial, para determinar sus alcances y aplicar adecuadamente la regla jurídica, en orden a honrar los principios constitucionales que, según se ha visto,

²² BRANCO (2011), p. 355.

²³ La construcción del principio de equilibrio contractual en el contexto contractual chileno se encuentra en LÓPEZ DÍAZ (2015), pp. 115-181.

conducen su actuación jurisdiccional. En este sentido, la redistribución de competencias generada por el CCB2 inclina la balanza en favor del juez, concediéndole un papel protagónico en el derecho contractual de ese sistema jurídico.

Teniendo presente las consideraciones precedentes, en lo que sigue este trabajo estará focalizado en la función social del contrato. Quizá tal principio sea el lugar en que se conjugan más conspicuamente los tres órdenes de consideraciones antes revisados. El artículo 421 reza del siguiente modo: “La libertad de contratar será ejercida en razón de los límites de la función social del contrato”. Como es posible apreciar, dicha disposición encarna en el contexto contractual los principios constitucionales de dignidad y solidaridad, y trastoca transversalmente tanto los presupuestos conceptuales del derecho contractual en la codificación decimonónica, como buena parte de los principios fundamentales de la contratación. El legislador no definió la expresión *función social del contrato*, dejando en manos del juez el deslinde semántico de sus orillas.

Un aspecto sobre el cual debemos prestar atención es que, aun cuando el legislador no explicita su entendimiento de la función social del contrato, reconoce que el contrato debe cumplir una función de *esa* índole. Con ello, esgrimió un tratamiento jurídico consistente entre la propiedad y el contrato, toda vez que ambas instituciones civiles están sujetas a la función social.²⁴ De manera tal que el vínculo contractual, bajo la legislación civil brasilera, está comprometido con intereses que exceden a los directamente expresados por los contratantes y extienden el problema de la justificación del contrato a quienes no participan de este, sugiriendo que el contrato constituye una institución social cuyo fundamento es colectivo y no así estrictamente privado.

Si el contrato debe ajustarse a parámetros e intereses colectivos, entonces, este no puede ser interpretado únicamente en términos de un instrumento para beneficiar a las partes contratantes, maximizando sus réditos y utilidades particulares. La relación contractual también debe satisfacer exigencias sociales que los contratantes deben tener en consideración al momento de celebrar el contrato y en sus etapas de ejecución y extinción. Esta clase de observaciones se traduce, naturalmente, en la conclusión de que el CCB2 articula una recompreensión del contrato. Su prisma abandona el individualismo bajo el cual fueron forjados el derecho privado y el derecho de contratos, situando el principio de sociabilidad como el pilar del derecho contractual.²⁵ A su vez, facilita la intervención del juez en la relación contractual

24 En relación con la propiedad, el artículo 1228 § 1º del CCB2, prescribe que “El derecho de propiedad debe ser ejercido en consonancia con sus finalidades económicas y sociales”. La correspondencia entre propiedad y contrato está reforzada por los términos del *parágrafo único* del CCB2, según el cual “No prevalecerá ninguna convención que sea contraria a disposiciones de orden público, como las establecidas por este Código para asegurar la función social de la propiedad y los contratos”. La función social de la propiedad, en particular, fue legalmente garantizada con anterioridad en el contexto latinoamericano por el Código Civil boliviano de 1975 (en adelante, CCBo). Su artículo 106 dispone expresamente que “La propiedad debe cumplir una función social”.

25 La contraposición entre la fundamentación de ambas normativas civiles está puesta de manifiesto en el principio de función social, toda vez que este, como “[...] expresión de la ‘directriz de la socia-

para efectos de resguardar la observancia de los términos contractuales con la finalidad social que esta convención debe cumplir.

Como lo sugiere Arnoldo Wald, hay una evolución en la forma en que es conceptualizado el contrato. Frente al carácter irrevocable, estático y rígido de la relación contractual sostenido por la visión clásica, este nuevo prisma concibe que el contrato posee un contenido variable y dinámico, admitiendo que los contratantes efectúen sacrificios de sus intereses particulares. Siguiendo a Wald,

[e]n el pasado, el contrato permitía a las partes evitar todos los riesgos futuros, garantizándoles la inmutabilidad de las prestaciones convenidas y la supervivencia de la convención ante los hechos imprevistos, aun cuando alteraban sustancialmente la ecuación contractual. Actualmente, el contrato perdió esa perennidad, pero ganó flexibilidad, sacrificándose algunos eventuales beneficios individuales en nombre del interés común de las partes y del interés social.²⁶

Para efectos de evaluar los desafíos que impone el artículo 421 del CCB2 a los estudios comparados de derecho contractual en Latinoamérica, veamos la manera en que la idea de función social del contrato tensiona tanto los presupuestos del paradigma decimonónico como los principios básicos de la contratación. En relación con los primeros, de una manera, al menos, indirecta, la función social del contrato reconoce la frustración de las creencias decimonónicas en torno a la (i) voluntad contractual; (ii) simetría de los contratantes; y (iii) estabilidad contractual. Como fue indicado, el programa de la codificación del siglo XIX suscribió un modelo de comprensión del contrato en virtud del cual este constituye una manifestación de la voluntad conjunta de los contratantes, que están situados en una estructura relacional paritaria e igualitaria y, a partir de la cual, son contraídas obligaciones que se desenvuelven continuamente en el porvenir, hasta que las partes libremente decidan modificarlas o ponerles término. La función social del contrato, en cambio, devela de cierto modo el desplome de estos postulados. La relación contractual no constituye un acuerdo de voluntades en que solo son relevantes los intereses de quienes celebran el contrato, sino que también este debe honrar propósitos sociales. Tampoco es efectivo que los contratos sean celebrados en virtud de un esquema de posiciones contractuales análogas entre sí, que garantice que el intercambio sea realizado en condiciones justas. Finalmente, los términos y alcances de la contratación libremente pactadas por las partes no necesariamente se mantendrán en el tiempo una vez convenidas, pues ello ocurrirá *en la medida* que tales estipulaciones se ajusten a la funcionalidad social de la figura contractual.

Esta última cuestión asociada a la pérdida de la estabilidad de la relación contractual libremente configurada, allana el camino para mostrar una contraposición

bilidad', indica un rumbo a seguir, opuesto al del individualismo predatorio [...]". MARTINS-COSTA (2005), p. 41.

26 WALD (2010b), p. 591.

más directa de la idea de función social del contrato respecto del esquema decimonónico, esto es, su negación al postulado según el cual debe existir en el contrato una (iv) ausencia de intervención exógena a las partes contratantes. El reposicionamiento del rol del juez en el nacimiento y desarrollo de las relaciones contractuales, faculta a que este actúe cuando sus intervenciones garantizan, precisamente, que el contrato satisfaga sus propósitos sociales y no únicamente promueva el logro de las aspiraciones individuales de las partes contratantes. En efecto, la fuerza apelativa de los principios constitucionales de dignidad y solidaridad que están asentados en la función social del contrato, alientan a que el juez intervenga en los vínculos contractuales que no cumplen dicha función.²⁷

Ahora bien, el artículo 421 del CCB2 se relaciona más complejamente con los principios fundamentales del derecho de contratos. De su prosa se desprenden dos tensiones, una explícita y otra implícita. La tensión explícita está mediada por la conexión entre el principio de libertad contractual y la función social del contrato.²⁸ Paradójicamente, la regla del 421 sirve, a la vez, de consagración y limitación de la libertad contractual en el derecho de contratos brasileiro.²⁹ No existe en su articulado otra disposición que la consagre de manera independiente a la función social que debe respetar. Su ejercicio, entonces, está irremediabilmente controlado y sujeto a la satisfacción de los intereses colectivos situados en la relación contractual.³⁰ La tensión implícita, por su parte, está revelada en el vínculo entre la fuerza obligatoria del contrato y su función social. Pese a no aparecer expresamente señalado este principio de la contratación en el artículo 421 del CCB2, es evidente que, si el contrato debe cumplir fines de la colectividad, la obligatoriedad de sus estipulaciones, depende, en última instancia, del hecho de que estas los satisfagan y no *porque* han sido libremente pactadas por los contratantes. Este principio base de la contratación está

27 En la doctrina brasileira tampoco es del todo claro que el contrato constituya el mecanismo adecuado para promover el valor constitucional de la solidaridad social. En este sentido, véase, BRANCO (2012), pp. 113-141. De igual manera, se ha criticado que la función social del contrato esté fundada en criterios de justicia distributiva, pretendiéndose efectuar, a través del contrato, justicia social. Así, BENETTI TIMM (2010), pp. 5-51.

28 Desde luego, aun cuando el artículo 421 haga expresa referencia a la libertad de contratar, esta última debemos entenderla como la libertad contractual, que posee dos dimensiones: libertad de conclusión para definir si se contrata y con quién y, a su vez, libertad de configuración interna para determinar el contenido del contrato.

29 Un antecedente de especial interés acerca de la restricción de la libertad contractual bajo la codificación contemporánea de la región, está en el artículo 1355 del Código Civil peruano de 1984 (en adelante, CCP), que establece la regla y límites de la contratación, en los siguientes términos: “La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”. Las consideraciones relativas al *interés social, público* y ético, como puede observarse, son particularmente cercanas a los principios sustentados por el CCB2.

30 Al respecto, Reale observó que una directriz explícita de la nueva codificación, y que debía servir “[...] como principio condicionante de todo el proceso hermenéutico, [radica en] que la libertad de contratar solo puede ser ejercida en consonancia con los fines sociales del contrato, implicando los valores primordiales de buena fe y de probidad”. REALE (1983), p. 123, citado en BRANCO (2011), p. 352.

inevitablemente debilitado, ya que su incondicionalidad no es tal: el contrato obliga a las partes, *siempre* que este, a su vez, observe su funcionalidad social.

Un diagnóstico similar puede proyectarse respecto del principio de relatividad del contrato. Si en el vínculo contractual están envueltos intereses distintos a los que directa o indirectamente han sido propugnados por las partes, el contrato ya no es, en rigor, un asunto privado cuyas fronteras están delimitadas por quienes lo celebran. Por el contrario, se trata de una relación jurídica que interesa a la sociedad en su conjunto y, con base en esta razón, es necesario velar por la satisfacción de los intereses que la colectividad deposita en la institución contractual. La demarcación tajante entre partes y terceros, bajo los términos del artículo 421, carece de la fuerza con que ha sido planteada por la dogmática civil clásica o bien sencillamente desaparece. El efecto relativo del contrato, de igual modo que la fuerza obligatoria, no posee una consagración expresa en el CCB2, debiendo ambos principios entenderse desde la función social que los atenúa y que, a diferencia de ellos, sí recibe acogida legal.³¹

Transitemos, entonces, a la manera en que ha sido comprendida la función social del contrato bajo el sistema jurídico privado brasilero. Una precaución que es necesario notar es que la ausencia de definición por parte del legislador de la noción de *función social del contrato*, desencadena que su operatividad sea restringida o ampliada de acuerdo a los criterios jurisprudenciales que sean establecidos por los tribunales de justicia, corriendo el riesgo, en numerosas ocasiones, de enfrentar discrepancias o detectar casos en que no existe uniformidad acerca de si hay o no cumplimiento de los objetivos sociales del contrato y, asimismo, qué consecuencia se sigue cuando ello no es así. Del mismo modo, la dogmática civil brasilera ha intentado perfilar las consideraciones centrales que subyacen a la función social del contrato y, asimismo, delinear sus relaciones con los principios fundamentales de la contratación.³²

Martins-Costa ha advertido que el artículo 421 engloba tres dimensiones de tematización. En primer término, dicha regla legal ubica el principio de libertad contractual inaugurando, con carácter general, el derecho de contratos. En segundo lugar, establece la función social como *límite* de la libertad de contratar. En tercer término, por último, sitúa la función social como *fundamento* de esa libertad.³³ Acerca de la primera cuestión, la conexión entre la autonomía de la voluntad y libertad contractual ocasiona dificultades para justificar lo dispuesto en esa regla jurídica del CCB2, debido a que el enfoque tradicional del derecho contractual exacerba el valor de la autonomía, en términos atomistas, voluntaristas y exenta de restricciones. La

31 El efecto relativo del contrato, sin embargo, podría ser deducido a partir de otras disposiciones jurídicas, como lo son los artículos 247 y 290 del CCB2.

32 Las repercusiones de la función social del contrato en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, la cual fue adherida por Brasil en 2012, están formuladas en ALMANAZA TORRES y PEREIRA RIBEIRO (2014), pp. 267-293.

33 MARTINS-COSTA (2005), p. 42.

función social del contrato, entonces, supone una dificultad si se quiere conservar la imagen clásica de la autonomía privada, de la cual es predicada la libertad de contratar. La manera de conciliar la noción de autonomía y la función social del contrato es, bajo la óptica de Martins-Costa, a partir de la noción de “autonomía privada solidaria”.³⁴ De esta manera, el cuerpo normativo brasilero reinterpreta la autonomía privada en el derecho de contratos, conjugando la libertad de contratar, la función social del contrato y las responsabilidades que emergen de la sociabilidad.

La función social del contrato, en tanto, puede ser analizada como límite de la libertad de contratar, según es expresamente establecido por el artículo 421 del CCB2. La tipología de limitación que esa cláusula legal impone es de carácter externa. Sin embargo, al concebir la función social de la relación contractual como un límite externo, esto es, como una barrera negativa que cautela la ocurrencia de un ejercicio abusivo de la libertad, esta sería estéril ya que abarcaría los supuestos que están comprendidos en el artículo 187 relativo a los actos ilícitos. Tal disposición establece que “También comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres”. Por ello, resulta imperioso determinar cuál es la especificidad de la función social del contrato introducida por la actual legislación brasilera, lo cual está asociado a su rol como fundamento de la libertad de contratar.

Esta última dimensión de análisis se encuentra asociada a la expresión empleada por el precepto legal que hemos revisado, según la cual la libertad de contratar debe ser ejercida *en razón* de la función social. Su significado expresa dos ideas: (i) la función social integra de manera constitutiva el ejercicio de la libertad contractual; (ii) su fundamento reconoce que toda relación contractual importa dos dimensiones diversas: una intersubjetiva vinculada a los contratantes entre sí y, asimismo, otra transubjetiva que está referida a los derechos y obligaciones de las partes con terceros, ya sean estos determinados o indeterminados. Ello desencadena la existencia de dos ámbitos de eficacia de la función social del contrato y la posibilidad de que en cada uno de ellos se desarrollen grupos de casos diferenciados de aplicación.³⁵ De acuerdo con lo anterior, la libertad contractual está, bajo la mirada del CCB2, fundada en la función social que le sirve de limitación y, a su vez, de sustento para extender la eficacia del contrato a intereses ajenos a los resguardados por las partes en sus relaciones contractuales. Así, según Martins-Costa, “[...] la función social no

34 MARTINS-COSTA (2005), p. 47.

35 Los grupos de casos de ambas esferas de eficacia contractual estarían deslindados entre sí. La *eficacia intersubjetiva* comprende (i) contratos que instrumentalizan la propiedad de los bienes de producción; (ii) contratos que permiten a una de las partes prestaciones esenciales; y (iii) la noción de contratos ‘comunitarios’ que constituye un nuevo elemento de la taxonomía contractual. La *eficacia transubjetiva*, por su parte, abarca los supuestos de (i) tutela externa del crédito; (ii) contratos con interdependencia personal; y, finalmente, (iii) extensión de la eficacia a terceros indeterminados y bienes fundamentales de las comunidades. Véase, MARTINS-COSTA (2005), pp. 50-58. Bajo este orden de cosas, entonces, difícilmente puede mantenerse la afirmación según la cual los contratos son para los terceros *res inter alios acta*.

solo opera como un límite externo, es también un elemento integrativo del campo de función de la autonomía privada en el dominio de la libertad contractual”.³⁶

Un rasgo de particular interés que es posible constatar es que la atención de la dogmática civil en Brasil, como se ha visto, ha sido mayoritariamente capturada por la relación entre la función social del contrato y la libertad contractual. Los principios de fuerza obligatoria y relatividad del contrato no han gozado de igual fortuna. Ello puede deberse a dos tipos de razones. En primer lugar, una cuestión conceptual relativa a la asunción de que ambos principios de los contratos, son considerados como consecuencias de la vigencia de la autonomía de la voluntad en el derecho privado y su despliegue a partir de la libertad contractual en el derecho de contratos. En segundo término, sobre la base de una directiva interpretativa exegetica, el artículo 421 del CCB2 únicamente hace mención al principio de libertad contractual, limitándola en atención a la función social del contrato. Mas nada dice acerca del efecto obligatorio ni relativo del contrato. De ahí que los esfuerzos de la doctrina estén focalizados en conciliar la libertad contractual y la función social del contrato y ello no necesariamente puede extrapolarse a los principios omitidos por la disposición legal. El problema interpretativo radica en que la eventual conciliación pudiere sostenerse satisfactoriamente entre la libertad contractual y la función social del contrato, pero no así respecto de su efecto vinculante ni con la relatividad de sus derechos y obligaciones. Al parecer, la estrategia de conjugar la libertad contractual con la función social del contrato da por asumido que la consagración de esta última, ineludiblemente limita la fuerza obligatoria y la relatividad del vínculo contractual³⁷.

Una alternativa interpretativa cuyo rendimiento es posible evaluar consiste en sostener que dado el radical cambio de fundamentación que trazó el CCB2, moviéndose bruscamente desde el individualismo que caracterizó el CCB1 a la sociabilidad que informa la actual normativa civil, la totalidad de los principios básicos de la contratación requieren una reformulación. La justificación hegemónica que, a partir de los parámetros del individualismo, engarzó los presupuestos decimonónicos del derecho de contratos y los principios fundamentales de la contratación, sugiere que, una vez abandonado el prisma individualista, dicho conjunto de observaciones debe profundamente revisarse.³⁸ La recomprensión del contrato encarnada por el CCB2

36 MARTINS-COSTA (2005), p. 50. Énfasis del original.

37 Acerca de las consecuencias que desata la función social del contrato en el principio de relatividad, el Superior Tribunal de Justiça de Brasil, ha sostenido que “[e]l tradicional principio de la relatividad de los efectos del contrato (*res inter alios acta*), que figuró por siglos como uno de los primados clásicos del Derecho de las Obligaciones del siglo XX, merece hoy ser mitigado por la admisión de que los negocios entre las partes eventualmente pueden interferir en la esfera jurídica de los terceros –de modo positivo o negativo–, por ello, tienen aptitud para dilatar su eficacia y alcanzar a personas ajenas a la relación *inter partes*. Las mitigaciones ocurren por medio de figuras como la doctrina del tercero cómplice y la protección del tercero frente a contratos que les son perjudiciales, o mediante la tutela externa del crédito. En todos los casos, sobresalen la buena fe objetiva y la función social del contrato”. *Caixa Econômica Federal–CEF con Antônio Osmar Teles Monteiro y otros* (2008).

38 Así es puesto de relieve respecto de la autonomía privada en las categóricas palabras del Superior Tribunal de Justiça brasileiro: “[...] la autonomía privada, como bien está delineado en el Código

exige poner a prueba la justificación tradicionalmente individualista, con que han sido pensados los principios básicos del derecho de contratos por los estudios de derecho privado y, por tanto, evaluar críticamente su pertinencia con el nuevo estado de cosas. Desde luego, estos principios no deben ser desechados del derecho de contratos, pero deben ser conjuntamente interpretados a la luz de la ‘función social del contrato’, ya que esta noción refleja de mejor manera el cambio de paradigma del derecho de contratos brasileiro.³⁹

La situación en Chile, como es sabido, dista en demasía del contexto brasileiro. El CCCh permanece vigente, con modificaciones relativamente menores, en su conformación decimonónica. Por consiguiente, ahí son plenamente asumidos los presupuestos conceptuales que tuvo presente la codificación del siglo XIX y, de igual modo, en su derecho de los contratos tienen una natural cabida los distintos principios centrales de la contratación, pese a que no todos ellos reciban acogida legal expresa. Su justificación, por cierto, descansa en el individualismo que defendió la filosofía iluminista y explicitó en el escenario jurídico el proyecto de la codificación. Esta ausencia de novedades, sin embargo, no solo ha dependido, desde mi modo de ver las cosas, del déficit de reformas legislativas, sino también de la falta de apertura de parte de la dogmática civil chilena y su deseable trasvasije jurisdiccional, acerca de la urgencia de problematizar los compromisos, justificación y finalidades del contrato. Como veremos en la sección final, el sistema contractual colombiano ha recibido importantes insumos teóricos en materia de derecho de contratos y estos han sido incorporados por la jurisprudencia, sin que su legislación se diferencie del CCCh de 1855, siendo, por lo demás, ambas obras de Bello.⁴⁰

3. INFLUENCIA, ARMONIZACIÓN Y DESAFÍOS TEÓRICOS

La influencia del CCB2 y de la función social del contrato en el derecho contractual de Latinoamérica constituye un asunto sobre el cual únicamente es posible brindar, por ahora, conclusiones apresuradas. Luego de la reforma de la legislación civil brasileira, en el contexto latinoamericano solo ha tenido lugar la dictación del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en 2014 (en adelante, CCCNA), que es la codificación más reciente en el orden jurídico continental. De manera tal

Civil de 2002 (arts. 421 y 422) y ya reconocido durante la vigencia del Código Civil de 1916, no constituye un principio absoluto en nuestro ordenamiento jurídico, siendo relativizada, entre otros, por los principios de función social, buena fe objetiva y prevalencia del interés público”. *Crystal Administradora de Shopping Centers Ltda. con F1 Comércio de Roupas e Artigos de Couro Ltda. y otros* (2016).

39 Tal punto es deslizado cuando se atiende al cambio de fundamento del derecho de contratos en Brasil, ya que “[e]stas concepciones quedan reforzadas si tenemos presente que tales contratos están asentados en la *solidaridad social*, valor alejado por el individualismo, pero que hoy retorna al núcleo de los ordenamientos jurídicos contemporáneos por expreso reconocimiento constitucional y legal”. MARTINS-COSTA (2005), p. 54. Énfasis del original.

40 Un aspecto común que sobresale de inmediato respecto de ambos ordenamientos jurídicos es que, en materia de contratos, el legislador se ha mostrado especialmente respetuoso del texto civil. Acerca de este asunto y su impacto en la formación de la teoría general del contrato en Colombia, véase, MANTILLA ESPINOSA y TERNERA BARRIOS (2010), pp. 611-646.

que el rango de comparación es particularmente restringido: CCB2 y CCCNA. Por ello, quizá resulta más provechoso no tanto cotejar pormenorizadamente las disposiciones de ambas codificaciones contemporáneas, como revisar los niveles de incidencia de los principios sociables en el marco del derecho de contratos en Latinoamérica, ensanchando el espectro de análisis a otras legislaciones adicionales al CCB2 y CCCNA.

Esta estrategia es pertinente para enfrentar tres tipos de cuestiones. Por una parte, contribuye a disipar la fuerza de la objeción que inmediatamente puede esgrimirse, según la cual la reformulación trazada por el CCB2, respecto de los fundamentos individualistas del derecho contractual moderno, no ha tenido recepción comparada en Latinoamérica, ya que la codificación que le sucede –el CCCNA– no incorporó expresamente la noción de función social del contrato, y ella es indispensable si se busca releer los fundamentos del derecho contractual. Por otra, permite extender el ámbito de consideraciones a sistemas jurídicos privados en Latinoamérica que, si bien son anteriores al esquema instalado por el CCB2, pueden expresar dimensiones de influencia respecto de los principios, filosofía y propósitos que subyacen a la empresa de codificación en Brasil. Finalmente, y el asunto que tiene mayor relevancia para este trabajo, muestra que un problema crucial que deben encarar los esfuerzos de armonización del derecho de contratos en el ámbito latinoamericano, es la evaluación acerca de los compromisos y fundamentos del derecho de contratos que se pretende asentar. En otros términos, es preguntarse si acaso se conservará el derecho de contratos bajo el paradigma decimonónico individualista, o bien es urgente reinterpretarlo a la luz de las exigencias de la sociabilidad en clave brasilera o exacerbando los componentes altruistas que están también presentes en su estructura, funcionamiento y prácticas contractuales.⁴¹

Bajo estas directrices, conviene atender más a la justificación y compromisos sustantivos de las instituciones contractuales, que a su eventual consagración explícita o no en las respectivas legislaciones. De ahí que serán perfilados dos niveles de análisis: (i) incidencia directa de los principios sociales en Latinoamérica e (ii) incidencia indirecta de los principios sociales en este escenario jurídico. En relación con la *incidencia directa*, los fundamentos de la sociabilidad, naturalmente, solo están presentes –bajo el actual estado de cosas– en el CCB2. Más arriba fueron indicados los principios sociales del nuevo derecho de contratos en Brasil que son emparentados en la idea de función social del contrato, de modo que no es necesario regresar a

41 Este reto fue correctamente delineado por Rodrigo Momberg en los siguientes términos: “[n]o hay duda de que el CCB de 2002 constituye un modelo distinto al que predomina en las demás codificaciones latinoamericanas, ninguna de las cuales llega tan lejos en el reconocimiento y concreción de principios sociales en el derecho privado. La combinación de la función social del contrato (artículo 421), el principio de buena fe objetiva (artículo 422) y la sanción al abuso del derecho (artículo 187) aparece como muy vigorosa. *Habrà todavía que ver si esta nueva visión del derecho de obligaciones y contratos es capaz de influir en el resto del derecho privado latinoamericano*”. MOMBERG URIBE (2014), p. 171. Énfasis añadido. El lugar del altruismo en el derecho de contratos, de acuerdo con una versión moderada de este, puede revisarse en PEREIRA FREDES (2017). Para su lectura centrada en el actuar del agente que está motivado por la consideración del interés del otro, véase NAGEL (2004), p. 89.

esas consideraciones. La *incidencia indirecta*, en cambio, tiene para nuestros propósitos mayor rendimiento explicativo. Como fue advertido, únicamente el CCCNA sucede al CCB2 y el primero no dio acogida legal a la función social del contrato promovida por el segundo. No obstante, sí otorgó cabida a los restantes principios del CCB2, esto es, la buena fe objetiva y el equilibrio contractual.

La buena fe objetiva está ampliamente reconocida en el CCCNA. Ella está consagrada en términos generales que cubren todo el *iter* contractual en el artículo 961 y, además, se encuentra reforzada por aplicaciones específicas como el deber de buena fe de las partes en las tratativas preliminares (artículo 991), la exigencia de efectuar la interpretación de los contratos conforme a la intención de las partes y al principio de buena fe (artículo 1061) y la sanción del abuso del derecho, entendido como aquel que contraría los fines del ordenamiento jurídico o excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (artículo 10). Se trata, por tanto, de un ámbito de operatividad análogo al establecido por el CCB2.

El equilibrio contractual no posee en el CCCNA, al igual que en el contexto jurídico brasileiro, consagración explícita. Pero las manifestaciones que este principio tiene bajo el CCB2 son replicadas, con ciertas variantes en su formulación y extensión, por el CCCNA. De este modo, está presente la lesión (artículo 332), la excesiva onerosidad sobreviniente bajo la etiqueta de imprevisión (artículo 1091) y la cláusula penal enorme o desproporcionada (artículo 794). En tales instituciones es fortalecida la participación del juez en la relación contractual ya que, dependiendo del supuesto del cual se trate, podrá declarar la nulidad o modificación del contrato –lesión–, resolver total o parcialmente el contrato o bien atenuarlo –imprevisión–, o, finalmente, reducir las penas excesivas que han sido estipuladas –cláusula penal desproporcionada–. De la misma manera, todas estas expresiones del principio de equilibrio contractual suponen una atenuación de la fuerza obligatoria del contrato, al menos, en su comprensión como principio tradicional del derecho de contratos. La intangibilidad absoluta del *pacta sunt servanda* no se sigue en aquellas hipótesis en que es vulnerado el presupuesto de la simetría contractual e incluso, por el contrario, puede apreciarse un aprovechamiento de la posición privilegiada de uno de los contratantes en desmedro de la otra parte.⁴²

La continuidad que es posible detectar entre los principios de buena fe objetiva y equilibrio contractual entre el CCB2 y el CCCNA no constituye, lógicamente, una mera coincidencia. Más allá del hecho de que el artículo 421 del CCB2 no tiene actualmente un parangón en la legislación privada argentina, ambas codificaciones comulgan del mismo diagnóstico: la caída de los presupuestos decimonónicos del

42 El legislador argentino estableció, por ejemplo, a propósito de la cláusula penal enorme en el inciso 2° del artículo 794, que la reducción de las penas por parte de los jueces debe realizarse cuando su monto parezca desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, *configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor*. Esta última consideración es clave para constatar el distanciamiento del CCCNA respecto del paradigma decimonónico del derecho contractual, y autorizar la intervención judicial en la estipulación contractual de las partes frente a la frustración de su programa.

derecho de contratos demanda de la dogmática civil una reflexión crítica acerca de la vigencia de los principios básicos de la contratación, en los términos en que fueron tradicionalmente trazados. Ya que, al parecer, la necesidad de revisión del individualismo que caracterizó el derecho contractual moderno, acarrea desplegar un escrutinio crítico sobre los fundamentos, principios y finalidades del derecho de contratos. Ello puede dar o no lugar a modificaciones legislativas directas, como ocurrió en el CCB2, pero también a repercusiones indirectas en el plano legislativo, como es el caso del CCCNA. La discrepancia relativa a la función social del contrato no es sino un matiz sobre la agudización del diagnóstico que ambas legislaciones reflejan. Por eso, el CCB2 desafió de manera radical los fundamentos individualistas del derecho contractual en Latinoamérica y, a su vez, el CCCNA continuó por la misma senda de su antecesor, en que, pese a no consagrar la funcionalidad social de la relación contractual, asumió buena parte de las consecuencias que se siguen de este principio e incorporó los otros principios sociales que informaron el cambio legislativo en Brasil.

La variación acerca de la radicalización del diagnóstico crítico que el CCB2 y el CCCNA inicialmente comparten, queda en evidencia en la fuerza obligatoria del contrato. A diferencia del CCB2, el CCCNA consagra en el artículo 959 la intensidad de este principio fundamental de la contratación, en términos de su efecto vinculante, del siguiente modo: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”. Enseguida, el artículo 960 regula las facultades de los jueces en la relación contractual, estableciendo que “Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”. La conjugación de ambas reglas lleva a sostener que ahí no está presente la funcionalización de la obligatoriedad del contrato vigente en Brasil, según la cual el contrato es obligatorio *en tanto* cumpla su función social. Además, que aun cuando en Argentina está expresamente consagrada la fuerza obligatoria del contrato, y no solo presupuesta como en la legislación brasileña, esta se encuentra irremediabilmente debilitada. Por ello, los jueces están facultados para alterar la relación contractual y, en este sentido, apuntamos un conjunto de supuestos en que aquello podría ocurrir, pudiendo decretar inclusive la extinción del contrato.⁴³

43 El CCP, por su parte, resguarda de manera expresa la obligatoriedad de los contratos en el inciso 1° de su artículo 1361, estableciendo que “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”. A pesar de que existe consagración de este principio de la contratación, ella es claramente más atenuada, como queda de manifiesto en el hecho de que no se recurra a la idea de ‘ley del contrato’ para dar cuenta de su efecto vinculante. Por ello, no es de extrañar que la excesiva onerosidad sobreviniente, por ejemplo, esté regulada entre los artículos 1440 a 1446. Una situación distinta ocurre, en cambio, en el artículo 519 del CCBo, en que es conservada la referencia a la ley de la relación contractual, bajo los siguientes términos: “El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la ley”.

Un aspecto al cual se debe atender es que el artículo 960 del CCCNA autoriza la actuación de oficio del órgano judicial en la relación contractual, cuando esta afecte de modo manifiesto el “orden público”. No es descartable que dicha noción, que también es estratégicamente formulada en términos abiertos y abstractos para su adecuación jurisdiccional, acabe ejerciendo una tarea equivalente a la *función social del contrato*. Ya sabemos que el diagnóstico común suscrito por ambas legislaciones devela que la relación contractual no puede ser comprendida y justificada solo en términos de directivas individualistas, conforme a las cuales el contrato únicamente vela por los intereses particulares de los contratantes y procura maximizar los beneficios que el acuerdo les reporta. Si el contrato está sujeto a parámetros de orden público, cuya transgresión posibilita la intervención del juez, entonces, su justificación no solo descansa en postulados individualistas.⁴⁴ Y, de ahí, que pese a constituir una manifestación de la voluntad libre y honrar los objetivos de quienes contrataron, los jueces pueden afectar la relación contractual y su obligatoriedad, en tanto, ello *depende* de que no sea vulnerado el orden público bajo el cual también participa y obedece el contrato. Bajo el uso de expresiones como ‘función social’ y ‘orden público’ está en juego una determinada manera de redelinear el contrato, despojándolo de su comprensión y justificación tradicionalmente individualista.

La *incidencia indirecta* de los principios sociales en el derecho de contratos en Latinoamérica, también se puede articular en codificaciones decimonónicas, que permanecen actualmente vigentes, tal como la chilena, sin mayores reformas sustantivas. Por esta razón, ya fue adelantada la importancia del derecho contractual colombiano al momento de evaluar la complejidad del derecho de contratos y mostrar cómo es posible reinterpretarlo, desde el desarrollo dogmático y jurisprudencial, aun cuando rija la formulación original del Código Civil colombiano (en adelante, CCC). Una tendencia que ha tenido fuerte repercusión en el sistema jurídico privado de Colombia es la tesis del solidarismo contractual. La realidad bajo la cual se desenvuelven las prácticas contractuales y la manera en que han evolucionado, prontamente reflejaron profundas fisuras en los presupuestos del paradigma decimonónico del derecho contractual. El contrato, en tanto, se vio asociado a un instrumento de desigualdad entre los contratantes, admitiendo que una de ellas abuse de su posición contra la situación desfavorable de la otra. Bajo esta inspiración, surgió en Francia el solidarismo en el derecho de contratos y su aspiración radica en formular un nuevo orden contractual.

Tal prisma acerca del derecho de contratos ha recibido una significativa acogida en el sistema colombiano, sin que ello se haya aún traducido en reformas al CCC. De acuerdo con Mariana Bernal-Fandiño, “[e]l solidarismo busca adaptar las relaciones contractuales que no se encuentran en un pie de igualdad”.⁴⁵ Para ello, focaliza su atención en legisladores y jueces. Dado que el desequilibrio contractual

44 Sobre este punto conviene recordar el *parágrafo único* del CCB2, establece la indisponibilidad de las regulaciones de *orden público*, ejemplificándolas precisamente en aquellas que garantizan la función social de la propiedad y de los contratos.

45 BERNAL-FANDIÑO (2007), p. 18.

facilita la producción de condiciones contractuales desfavorables para una de las partes, así como la implementación de abusos por parte de los contratantes situados bajo una posición de privilegio, esta doctrina llama a ambos órganos a intervenir frente a ese estado de cosas, exigiendo la materialidad del discurso del derecho contractual clásico. Los jueces, en especial, deben interceder activamente para restablecer la simetría del contrato y precaver que los contratantes sufran abusos. Del mismo modo, el solidarismo incentiva a reinterpretar nociones básicas del derecho contractual y establecer nuevos deberes para las partes contratantes. En este sentido, se ha pensado que el solidarismo contractual está reflejado en tres órdenes de deberes contractuales.⁴⁶ Estos serán someramente revisados a continuación.

En primer lugar, el deber de cooperación supone que el contrato es un instrumento de confianza recíproca y, por ende, en el ejercicio de los derechos contractuales el acreedor no puede abusar en sus exigencias, debiendo deducir sus facultades con moderación y de forma razonable. El juez está autorizado para flexibilizar y atenuar el grado de compulsión en el cumplimiento y evitar los apremios del acreedor.⁴⁷ En segundo lugar, el deber contractual de coherencia obliga a las partes a mantener una consistencia en sus comportamientos contractuales, abandonando una racionalidad meramente estratégica que les importe obtener mayores ganancias y réditos del contrato. Si bien la voluntad de las partes es cambiante y dinámica, el juez debe velar para que los contratantes no efectúen comportamientos contradictorios que, en función de la satisfacción de sus intereses particulares, lesionen las expectativas de su contraparte. En tercer lugar, el deber de lealtad que está relacionado con la buena fe contractual, focaliza sus demandas en los deberes secundarios de conducta de las partes, como ocurre con algunos deberes de información que, pese a no estar expresamente estipulados en el contrato, rigen sus actuaciones contractuales y deben ser aplicados por los órganos jurisdiccionales.

Como es posible apreciar, estos deberes son especialmente cercanos a las demandas impuestas por los principios de buena fe objetiva y equilibrio contractual del CCB2, los cuales están directamente o indirectamente acogidos en la actual legislación argentina. Una arista interesante para tener en consideración es que el solidarismo propone entender la relación contractual como un fin común de los contratantes, fomentando el vínculo colaborativo entre las partes para la satisfacción de todos sus intereses y, por ende, debiendo descartar de ella “[...] esa concepción antagonista según la cual los intereses de las partes se oponen”.⁴⁸ Esta comprensión del

46 BERNAL-FANDIÑO (2007), pp. 19-21.

47 De igual modo, en el escenario jurídico brasilero, el Superior Tribunal de Justiça ha señalado que el derecho a la resolución del contrato no puede ser ejercido de manera desequilibrada por parte del acreedor, debiendo velar por la preservación del acuerdo, con miras a la realización de los principios de buena fe objetiva y función social del contrato. Al respecto, puede consultarse, *BBV Leasing Brasil S/A Arrendamento Mercantil con Mauro Eduardo de Almeida Silva* (2011). Bajo el contexto chileno, en tanto, el abuso del derecho de opción del acreedor y su relevancia para la configuración de un sistema de remedios contractuales frente al incumplimiento, que atienda equilibradamente los intereses del acreedor y el deudor, está analizado en LÓPEZ DÍAZ (2012), pp. 13-62.

48 BERNAL-FANDIÑO (2007), p. 22.

contrato no es, en rigor, exactamente equivalente con aquella que se desprende de la función social del contrato del CCB2, ya que bajo este contexto jurídico privado la relación contractual importa una evidente cuestión social. De ahí que en el contrato no solo están involucrados los intereses intersubjetivos de las partes, sino que este debe satisfacer expectativas, intereses y finalidades de la comunidad en su conjunto. Ello precisamente marca el tránsito desde la intersubjetividad a la ultrasubjetividad contractual.

El solidarismo en materia contractual, entonces, se ubica en un punto intermedio entre la comprensión clásica del contrato y el entendimiento delineado por el CCB2. Mientras el solidarismo aboga por terminar con las situaciones de abuso en el ámbito contractual que han derivado de la asunción de los dogmas del individualismo decimonónico, procurando corregir la asimetría existente entre los contratantes, la función social del contrato es más exigente: reclama un abandono del individualismo en el derecho de los contratos. Está situada al otro lado de la vereda y centra su atención en el fundamento, compromiso valorativo y propósitos del derecho contractual. El solidarismo busca atenuar las consecuencias nocivas del individualismo contractual y, en cambio, la función social del contrato persigue la reformulación del derecho de los contratos, desacoplándolo del prisma individualista. Es importante remarcar dicho contraste ya que el artículo 421 del CCB2 ha sido interpretado como una manifestación del solidarismo en el derecho contractual en Latinoamérica.⁴⁹

Pese a esta diferencia relativa a la exigencia de sus demandas, bajo la idea de solidarismo contractual han sido insertadas numerosas expresiones de los principios de sociabilidad del derecho contractual brasileiro. Ello se ha visto favorecido con la gran influencia del solidarismo en las distintas etapas del vínculo contractual, ya que su propuesta abarca tanto su formación como ejecución y terminación. En la fase de formación se han impuesto controles a la libertad de contratar y establecido deberes de información a las partes que niegan la idea de que cada contratante es el mejor guardián de sus intereses y que, por tanto, la otra parte tiene el derecho de aprovecharse de la ignorancia acerca de cuestiones del objeto del contrato o sus circunstancias esenciales. Bajo el marco de la ejecución, en tanto, se conciben obligaciones positivas y colaborativas para cristalizar los objetivos del contrato. Un ejemplo es la relativa acogida de la teoría de la imprevisión y las obligaciones de renegociación de las partes frente al cambio de circunstancias que supone, como ha sido sugerido, un debilitamiento del *pacta sunt servanda*.⁵⁰ Finalmente, en la ejecución del contrato es

49 De acuerdo con Wald, la función social del contrato prevista en el texto brasileiro estaría comprendida, junto a la teoría de la imprevisión y la buena fe objetiva, en la idea de solidarismo contractual. Estos tres nuevos principios, en su óptica, forman “[...] el trípode de la innovación que se puede llamar el solidarismo contractual”. Al respecto, véase, WALD (2010b), p. 559. La función social del contrato también es situada bajo el prisma del solidarismo en BERNAL-FANDIÑO (2013), pp. 56-57.

50 Este proceso fue agudamente constatado por Patrick Atiyah en términos del desplazamiento de las razones de forma a favor de las razones de sustancia en el derecho de contratos. De manera progresiva, los jueces se han mostrado dispuestos a *abrir* las estipulaciones contractuales formalmente suscritas, para evaluar consideraciones sustantivas que permanecen ahí ocultas, como muchas veces

alentado que los contratantes tengan en consideración los intereses del otro respecto de la legitimidad de los motivos que justifican poner fin a la relación contractual.

Quisiera detenerme en un punto en común entre el solidarismo en Colombia y la perspectiva del CCB2, según la cual no hay fronteras claras entre el derecho constitucional y el derecho civil, y la función social del contrato conjuga los principios constitucionales de dignidad y solidaridad. En el sistema jurídico privado colombiano también se ha admitido la distribución de competencias institucionales, fortaleciendo la posición del juez en el desarrollo del vínculo contractual. A su vez, se ha producido una constitucionalización del derecho de contratos, sin que en el CCC exista una cláusula similar a la *función social del contrato* introducida por el artículo 421 del CCB2. Tal fenómeno está ocasionado a partir de la aplicación directa del principio constitucional de solidaridad en las relaciones jurídicas privadas.⁵¹ Sobre este punto, es posible rastrear una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia en que es aplicado el principio de solidaridad en contratos de mutuo celebrados entre privados, evitando que entidades bancarias de ese país cobraren al mutuario el pago total de los créditos, junto a las cláusulas de aceleración pactadas y los intereses moratorios devengados hasta su cancelación. El mutuario fue secuestrado por las FARC y ello le impidió cumplir con sus obligaciones contractuales. Su alegación no fue la condonación de la deuda, sino que las instituciones bancarias otorgaren una fórmula de pago convenida por ambas partes, que estuviese de acuerdo a sus condiciones de viabilidad económica y financiera, ya que su familia debió desembolsar una cantidad significativa de dinero en su rescate.

La vulneración de derechos fundamentales del deudor fue confirmada por la Corte Constitucional y su acción de tutela acogida. En especial, a juicio de la Corte, la decisión de los bancos de negarse a refinanciar los créditos y, por el contrario, iniciar procedimientos de ejecución en su contra, implicó una transgresión del deber de solidaridad. De acuerdo con la Corte Constitucional, como principio fundamental,

[...] la solidaridad imprime ciertos parámetros de conducta social a los particulares, que pretenden racionalizar ciertos intercambios sociales. En el Estado Social de Derecho, el principio de solidaridad cumple la función de corregir sistemáticamente algunos de los efectos nocivos que tienen las estructuras sociales y económicas sobre la convivencia política a largo plazo.⁵²

ocurre con el efecto vinculante del contrato. Sobre este punto, véase, ATIYAH (1986), pp. 93-120. En el contexto colombiano, el deber de revisión del vínculo contractual ha sido articulado conforme al respeto a la buena fe, el equilibrio contractual y la cooperación entre las partes. Desde este punto de vista, CHAMIE (2008), pp. 113-138. Cabe destacar que, bajo el CCCh, el deber de renegociar los términos originales de la contratación frente a la excesiva onerosidad sobreviniente, se ha construido a partir de la buena fe contemplada en su artículo 1546. Así, MOMBERG URIBE (2010), pp. 43-72.

51 El principio de solidaridad está recogido en numerosas disposiciones de la Constitución Política de Colombia de 1991. Su artículo 1º, en este sentido, prescribe que Colombia es un Estado Social de Derecho que está fundado “en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

52 *Jürgen Huelsz con Banco de Bogotá, Banco BBVA–Ganadero y otros* (2003), M.P. Rodrigo Escobar Gil.

La actitud de las entidades bancarias, por su parte, constituyó un incumplimiento de este deber y, con ello, la vulneración del derecho constitucional a la igualdad (artículo 13) y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16) del deudor. Según el prisma jurisdiccional, la manera como el acreedor ejerce sus derechos derivados del contrato no es un asunto constitucionalmente irrelevante, si ello puede ocasionar una transgresión de derechos fundamentales del deudor. Por ello, interviene en estos contratos válidamente celebrados.

Pese a que el deudor, antes de su secuestro, suscribió libremente los contratos de mutuo y estipuló expresamente los términos y cláusulas en favor de sus acreedores, la Corte Constitucional mantuvo la suspensión de los procedimientos civiles de ejecución en su contra, ordenó la novación de los contratos, estableciendo que los créditos únicamente podrían hacerse exigibles un año después de que la persona secuestrada fuere liberada y, asimismo, que durante el tiempo del secuestro, y hasta un año siguiente, las deudas contraídas por el mutuario solo devengarían intereses remuneratorios. Negó, entonces, el derecho de los bancos a cobrar intereses moratorios por el incumplimiento. Y, por último, les prohibió exigir el pago anticipado de la deuda, excluyendo la operatividad de las cláusulas de aceleración pactadas en los préstamos. La Corte fortaleció su argumentación refiriéndose a distintas instituciones que jurídicamente protegen la posición del deudor, aun cuando su incorporación afecte a ciertos principios generales del derecho de contratos. Dichas instituciones “[...] imponen límites al principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, y específicamente, al principio de *pacta sunt servanda*, impidiéndole al acreedor exigir el cumplimiento de la obligación al deudor, difiriendo su exigibilidad, o cambiando las condiciones en que ésta había sido pactada inicialmente”.⁵³

Bajo estos términos, la fuerza obligatoria del contrato es ciertamente restringida en razón del principio de solidaridad constitucional. Los contratos, entonces, gozan de intangibilidad *en la medida* que sus estipulaciones y alcances respeten las exigencias de solidaridad que defiende la Corte Constitucional colombiana. De lo contrario, esa jurisdicción constitucional se considera plenamente competente para remediar la contradicción con la armonía, cooperación y solidaridad que debe mediar en una relación contractual, interviniendo en el contrato celebrado por particulares como una aplicación directa del orden constitucional. Su propósito es evitar la vulneración de derechos fundamentales de alguno de los contratantes por la infracción de este deber de solidaridad. Tal prisma de análisis es sugerente por el hecho de que el CCC, en su artículo 1602, resguarda la idea de que los contratos son ley para las partes contratantes, en términos tan categóricos como los asumidos por el artículo 1545 del CCCh.⁵⁴ Esta línea dogmática y jurisprudencial, por lo tanto, ha ganado progresivamente más terreno en este sistema contractual, *pese* al efecto obligatorio que allí es consagrado.⁵⁵

53 *Jurgen Huelsz con Banco de Bogotá, Banco BBVA–Ganadero y otros* (2003), M.P. Rodrigo Escobar Gil.

54 Según lo establece el artículo 1602 del CCC, “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

55 En otro momento, la Corte Constitucional de Colombia indicó que el principio de solidaridad inspira la conducta de los individuos para fundar la convivencia en la cooperación y no así en el egoísmo,

No es el objetivo de este trabajo evaluar críticamente la intervención de la Corte Constitucional colombiana en las relaciones contractuales, ni juzgar el mérito de sus razones para hacerlo, sino únicamente sugerir que el fenómeno del solidarismo contractual ha permeado el derecho de contratos colombiano y, en muchos de sus postulados, esta perspectiva coincide con las principales consideraciones del derecho contractual brasilero asentado sobre la base del CCB2.⁵⁶ La distinción entre *incidencia directa* e *incidencia indirecta* de los principios sociales en el derecho contractual en Latinoamérica ofrece pistas para ponderar la complejidad del derecho de contratos en este contexto jurídico y, a su vez, develar la evaluación crítica que actualmente existe acerca de los fundamentos individualistas de esta parcela del derecho privado.

No debemos perder de vista el hecho de que, si bien la *incidencia directa* está únicamente enmarcada en el CCB2, la *incidencia indirecta* de los parámetros sociales en el derecho contractual latinoamericano extiende considerablemente la vigencia de sus alegaciones y zonas de aplicación. Esta última manera de repercusión bordea, al menos en parte, el CCCNA y alcanza el sistema de contratos colombiano, a pesar de que el CCC continúa siendo –en términos sustantivos– el texto forjado durante la codificación decimonónica. Naturalmente, el impacto de los principios sociales junto al cuestionamiento crítico acerca de los presupuestos del derecho contractual del siglo XIX, y las tensiones con los principios fundamentales de la contratación, resultan más evidentes en el modelo contemporáneo de codificación civil que experimenta Latinoamérica. Pero, según hemos revisado, este proceso reflexivo se ha instalado indirectamente a partir del solidarismo contractual en el régimen contractual colombiano, sin que ello haya requerido una modificación de su legislación civil. Otros ordenamientos jurídicos privados decimonónicos de la región, como el chileno, se han mantenido al margen de estos procesos de escrutinio dogmático y jurisprudencial. Su característica central es la preservación de los presupuestos conceptuales y principios de la contratación que dieron vida al derecho de contratos moderno.

El estado de cosas antes descrito constituye, a mi modo de ver, un apremiante desafío para los esfuerzos de armonización que, en la actualidad, son llevados a cabo en el marco de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos.⁵⁷ La legítima expectativa de homogeneizar las distintas legislaciones contractuales del continente a partir de los aspectos y principios generales que las unen, debe necesari-

otorgando al principio tres acepciones: “[...] (i) como una pauta de comportamiento conforme con la cual deben obrar los individuos dadas ciertas situaciones; (ii) un criterio de interpretación en el análisis de acciones u omisiones de los particulares que amenacen o vulneren derechos fundamentales; y (iii) un límite a los derechos propios”. *Lizeth Paola Rueda Mejía con Home Care Hospital E.U. y Ecopetrol S.A.* (2014), M.P. María Victoria Calle Correa.

56 Un análisis crítico del solidarismo contractual y el fenómeno de constitucionalización del derecho contractual en Colombia, está disponible en MANTILLA ESPINOSA (2011), pp. 187-241.

57 En relación con esta valiosa empresa dogmática, puede revisarse el trabajo conjunto elaborado a través de informes de académicos de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Paraguay, Uruguay y Venezuela, que fue coordinado por Carlos Pizarro Wilson, en PIZARRO WILSON (2012).

riamente sortear una valla que progresivamente cobra mayor importancia: la preocupación acerca del *fundamento* del derecho de contratos vigente en Latinoamérica. Una cuestión sobre la cual es necesario prestar atención es que la *incidencia directa* de los principios sociales en materia de contratos, categóricamente enfatizada por la idea de función social del contrato, revela una oposición directa al individualismo con que fue organizado el derecho de contratos heredero de la codificación decimonónica. Y este enfoque crítico, aunque en una versión más atenuada, también es fuente de inspiración de las expresiones de *incidencia indirecta* de los postulados sociales en el derecho de contratos latinoamericano, ya sea mediante la acogida parcial de sus exigencias en el Código Civil vigente –caso argentino– o a través del desarrollo dogmático y jurisprudencial promovido por el solidarismo contractual –supuesto colombiano–.

De acuerdo con lo anterior, cuando se pretende armonizar el derecho de los contratos en Latinoamérica, debe previamente determinarse cuál es la identidad y fundamentación común en virtud de la cual es pertinente ese interesante propósito dogmático. Ello implica necesariamente encarar la pregunta sustantiva acerca de si el derecho de contratos en Latinoamérica permanecerá o no asentado sobre la base del individualismo decimonónico. Y, en el evento de que la conclusión sea la negativa, este derecho de contratos latinoamericano, ¿será informado por los principios del solidarismo contractual, de la sociabilidad más intensa cristalizada en la funcionalización social del contrato, o bien en otro tipo de ideal normativo como podría ser el altruismo?⁵⁸ Todos ellos suponen releer las coordenadas tradicionales del derecho de los contratos. Tanto los presupuestos conceptuales del derecho contractual decimonónico como los principios básicos de la contratación, son puestos a prueba por esta nueva manera de entender la institución contractual, sus fundamentos y finalidades.

La fuerza obligatoria del contrato, por ejemplo, pudiere estimarse como un terreno fértil para formular la armonización del derecho contractual latinoamericano. Sin embargo, y según se ha revisado, ¿es posible afirmar que el principio clásico del *pacta sunt servanda* constituye una imagen cristalina y uniforme del derecho de contratos actualmente vigente en Latinoamérica? Mientras el artículo 1545 del CCCh insta a certificar la incondicionalidad de este principio, el artículo 421 del CCB2 echa por la borda los términos categóricos bajo los cuales fue diseñada la fuerza obligatoria contractual.⁵⁹ Y la *incidencia indirecta* de los principios sociales, por su parte,

58 El rendimiento explicativo y justificativo del altruismo, como un fundamento alternativo al individualismo, que está también disponible en el derecho de los contratos, se encuentra desarrollado en PEREIRA FREDES (2017).

59 Pese a ello, una de las preguntas comunes que han debido responder quienes integran este proyecto de armonización, es la forma en que se encuentran recogidos en su respectiva legislación civil, los principios de: a) buena fe, b) autonomía de la voluntad, c) fuerza obligatoria, y d) efecto relativo de los contratos. Debiendo dar cuenta, a su vez, de la manera en que aquellos son entendidos y las instituciones contractuales que justifican. En el informe elaborado sobre la situación contractual en Brasil, paradójicamente, no se advierte una posible tensión entre el *pacta sunt servanda* y la función social del contrato vigente en dicho ordenamiento jurídico privado. Tampoco esta cláusula general es traída a colación a propósito del efecto relativo del contrato. El artículo 421 del CCB2 es única-

relativiza inevitablemente el efecto vinculante del contrato.⁶⁰ El mismo diagnóstico puede perfectamente traspalarse respecto de otros principios sobre los cuales se pretende construir la armonización, como son el principio de libertad contractual y el de efecto relativo de los contratos.

Por ello, el proyecto de armonización del derecho de contratos en Latinoamérica es una valiosa oportunidad para discutir acerca de *cuál es ese* derecho contractual, bajo el cual confluyen los distintos sistemas jurídicos privados del continente. La tensión entre el individualismo decimonónico y la sociabilidad que ha influido en las codificaciones más recientes, introduciéndose inclusive en ordenamientos contractuales perfilados desde la lógica del siglo XIX, vuelve indispensable realizar una reflexión de segundo orden, asociada a desentrañar *el* fundamento y *los* propósitos del derecho de contratos en Latinoamérica. Esta tarea constituye una cuestión en que la teoría del derecho contractual y filosofía del derecho privado tienen mucho que decir. Pero que la dogmática civil más refinada no podrá pasar precipitadamente por alto.

Pues si fuere de este modo, y es simplemente asumido que el derecho de contratos que se busca emparentar en el continente, está satisfactoriamente afianzado en los presupuestos y exigencias del individualismo conforme al cual tuvo lugar el grueso de las codificaciones vigentes, entonces, habría que irremediablemente renunciar a la empresa de armonización del derecho contractual en Latinoamérica. O, al menos, apartarse del sentido sustantivo que justifica el proyecto de articular un sistema jurídico común, otorgándole una identidad uniforme y características que recogen la totalidad de sus partes integrantes. Hoy en día, el derecho de los contratos en Latinoamérica es un conspicuo indicador de la alta complejidad del derecho contractual. Y la tensa convivencia que allí media entre, de un lado, la defensa irrestricta de la fuerza obligatoria del contrato y, de otro, su supresión o atenuación por la función social que aquel debe cumplir, no hace sino ratificar la validez de esa intuición y proponer un reto para la agenda armonizadora.

4. CONCLUSIONES

La dictación del CCB2 ha significado una profunda reformulación del derecho de contratos latinoamericano tradicionalmente fundado en el individualismo. La tensión existente entre la fuerza obligatoria y la función social del vínculo contractual arroja luces acerca la manera en que es comprendido el contrato y rede-

mente analizado en atención al principio de autonomía de la voluntad, que explícitamente limita en términos de la libertad de contratar. Véase, PIZARRO WILSON (2012), pp. 117-124.

60 Prueba de ello es que el legislador chileno no ha sido del todo indiferente con este proceso. Recientemente, se ha enviado al Congreso el proyecto de ley iniciado por moción del Ejecutivo que modifica el CCCh en lo relativo a la revisión judicial de contratos civiles y mercantiles en supuestos de imprevisión, incorporando al texto legal el artículo 1546 bis [Boletín N° 11.204-07]. Este proyecto fue críticamente informado por el Pleno de la Corte Suprema en el Oficio N° 94-2017, Informe Proyecto de Ley N° 13-2017, de 28 de junio de 2017.

finida su fundamentación y finalidades. Los principios sociales que informan esta reciente codificación han tenido influencia en otros sistemas jurídicos privados de la región, los cuales por vía legislativa o dogmática y jurisprudencial han continuado el camino crítico trazado por la legislación brasilera. Mientras que otros esquemas contractuales, como el chileno, han conservado inalterablemente sus coordenadas decimonónicas.

Al momento de centrar nuestra mirada en la fundamentación del derecho de contratos en Latinoamérica, es develada con fuerza la intensidad del desafío que enfrentan los esfuerzos de armonización que actualmente se realizan en nuestro contexto jurídico. El *nuevo* derecho de contratos que ha transitado desde el individualismo del paradigma decimonónico hasta su justificación en la sociabilidad o principios sociales sustantivos, ofrece dificultades para afianzar uniformemente el derecho contractual de la región en *un* determinado fundamento. Después de todo, ya no resulta pacífico sostener que el individualismo en el derecho de contratos latinoamericano sea una cuestión resuelta con una genuina *armonía*.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (2015). “La ‘teoría clásica’ del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, N° 1, pp. 35-56.
- ALMANZA TORRES, Dennis y PEREIRA RIBEIRO, Marcia (2014). “La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y la función social del contrato en el derecho brasileiro”, *Revista de Derecho Privado*, N° 26, pp. 267- 293.
- ATIYAH, Patrick (1986). “Form and Substance in Contract Law”, en su *Essays on Contract* (Clarendon Press) pp. 93-120.
- BENETTI TIMM, Luciano (2010). “La función social del derecho contractual en el Código Civil brasileño: justicia distributiva vs. eficiencia económica”, *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, N° 52, pp. 5-51.
- BERNAL-FANDIÑO, Mariana (2007). “El solidarismo contractual –especial referencia al derecho francés–”, *Vniversitas*, N° 114, pp. 15-30.
- BERNAL-FANDIÑO, Mariana (2013). *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos* (Editorial Pontificia Universidad Javeriana).
- BRANCO, Gerson (2011). “Libertad contractual y su funcionalización: orientación metodológica y lenguaje utilizados por la comisión elaboradora del Código Civil brasileño”, *Vniversitas*, N° 123, pp. 347-372.
- BRANCO, Gerson (2012). “Solidariedade social e socialidade na disciplina da liberdade contratual”, *RIDB*, N° 1, pp. 113-141.
- CHAMIE, José (2008). “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato”, *Revista de Derecho Privado*, N° 14, pp. 113-138.
- DE MARTINO, Francesco (2005). *Individualismo y derecho romano privado* (trad. Fernando Hinesrosa, Universidad Externado de Colombia).
- GORDLEY, James (1994). “Myths of the French Civil Code”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 42, N° 3, pp. 459-505.
- GRONDONA, Mauro (2012). “Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato”, *Revista de Derecho Privado*, N° 22, pp. 135-147.
- KENNEDY, Duncan (1976). “Form and Substance in Private Law Adjudication”, *Harvard Law Review*, Vol. 89, pp. 1685-1778.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2012). “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 19, pp. 13-62.

- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2015). “El principio de equilibrio contractual en el *Código Civil* chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25, pp. 115-181.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010). *Los Contratos. Parte General* (Legal Publishing, 5ta. edición actualizada por Fabián Elorriaga de Bonis).
- MARTINS-COSTA, Judith (2005). “Reflexões sobre o principio da função social do contrato”. *Revista Direito GV*, Vol. 1, N° 1, pp. 41-66.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (2011). “El *solidarismo* contractual en Francia y la *constitucionalización* de los contratos en Colombia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, pp. 187-241.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco (2010). “La teoría general del contrato en el derecho privado colombiano: entre el Código Civil de Bello y el Código de Comercio”, en MARTINIC, María Dora y TAPIA, Mauricio (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, Tomo I (Legal Publishing, 2da. edición) pp. 611-646.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2010). “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, N° 1, pp. 43-72.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2014). “El Código Civil brasileiro de 2002: nuevos principios para el derecho de contratos”, *Opinión Jurídica*, Vol. 13, N° 26, pp. 159-172.
- NAGEL, Thomas (2004). *La posibilidad del altruismo* (trad. Ariel Dillon, Fondo de Cultura Económica).
- PEREIRA FREDES, Esteban (2016). *¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual* (Thomson Reuters).
- PEREIRA FREDES, Esteban (2017). “Altruismo y derecho contractual”, en PAPAYANNIS, Diego M. y PEREIRA FREDES, Esteban (eds.), *Filosofía del derecho privado* (Marcial Pons) (en prensa).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2004). “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31, N° 2, pp. 225-237.
- PIZARRO WILSON, Carlos (coord.) (2012). *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de derecho de los contratos)* (Ediciones Fundación Fernando Fucyo).
- REALE, Miguel (1983) “Exposição de Motivos”, *Diário do Congresso Nacional, Seção I*, Suplemento, 14 de septiembre de 1983.
- REALE, Miguel (2003). “O processo de Reforma do Código Civil”, en: http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/07a11_04_03/1miguel_reale1.htm. Fecha de última consulta: 4 de julio de 2017.

- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2008). “Conmemoración del sesquicentenario del *Código Civil* de Andrés Bello: un análisis de las razones de su celebridad”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 20, pp. 237-248.
- TARELLO, Giovanni (1995). “Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación y estructura de los códigos”, en su *Cultura jurídica y política del derecho* (trad. Isidro Rosas Alvarado, Fondo de Cultura Económica) pp. 39-56.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2007). *Teoría general del acto jurídico* (Editorial Jurídica de Chile).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2000). “La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXI, pp. 209-227.
- WALD, Arnoldo (2010a). “El derecho brasileño y el Código Civil de 2002”, en MARTINIC, María Dora y TAPIA, Mauricio (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, Tomo II (Legal Publishing, 2da. edición) pp. 1023-1034.
- WALD, Arnoldo (2010b). “El nuevo Código Civil brasileño y el solidarismo contractual”, en MARTINIC, María Dora y TAPIA, Mauricio (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, Tomo I (Legal Publishing, 2da. edición) pp. 571-610.
- WEINRIB, Ernest J. (2012). *The Idea of Private Law*, (Oxford University Press, 2da. edición).

NORMAS CITADAS

Constitución de la República Federal de Brasil de 1988.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Código Civil de Bolivia de 1975.

Código Civil de Brasil de 1916.

Código Civil de Brasil de 2002.

Código Civil de Chile de 1855.

Código Civil de Colombia de 1873.

Código Civil de Francia de 1804.

Código Civil de Perú de 1984.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014.

JURISPRUDENCIA CITADA

Brasil:

Caixa Econômica Federal–CEF con Antônio Osmar Teles Monteiro y otros (2008). Superior Tribunal de Justiça, 11 de noviembre de 2008, REsp N° 468062/CE (recurso especial), en www.stj.jus.br/SCON/.

BBV Leasing Brasil S/A Arrendamento Mercantil con Mauro Eduardo de Almeida Silva (2011). Superior Tribunal de Justiça, 4 de agosto de 2011, REsp N° 1.051.270/RS (recurso especial), en www.stj.jus.br/SCON/.

Crystal Administradora de Shopping Centers Ltda. con F1 Comércio de Roupas e Artigos de Couro Ltda. y otros (2016). Superior Tribunal de Justiça, 26 de abril de 2016, REsp N° 1.409.849/PR (recurso especial), en www.stj.jus.br/SCON/.

Chile:

Comercializadora Trade Logic Ltda. con Empresa Kraft Foods Chile (2011). Corte Suprema, 21 de junio de 2011, Rol N° 4260-2011 (resolución de contrato e indemnización de perjuicios), *Legal Publishing: 50104*.

Sociedad de Profesionales Harasic y López Limitada con Sociedad Concesionaria del Elqui S.A. (2016). Corte Suprema, 7 de julio de 2016, Rol N° 2851-2015 (cobro de honorarios profesionales), *Thomson Reuters: CL/JUR/4892/2016*.

Colombia:

Jurgen Huelsz con Banco de Bogotá, Banco BBVA–Ganadero y otros (2003). Corte Constitucional, 26 de junio de 2003, T-520-03 (acción de tutela), M.P. Rodrigo Escobar Gil, en www.corteconstitucional.gov.co/.

Lizeth Paola Rueda Mejía con Home Care Hospital E.U. y Ecopetrol S.A. (2014). Corte Constitucional, 20 de noviembre de 2014, T-889-14 (acción de tutela), M.P. María Victoria Calle Correa, en www.corteconstitucional.gov.co/.