



Marcos Catalan^(*) y Suzana Rahde Gerchmann^(**)

Un contrato: Doscientos años de **historicidad**^(***)

A contract: two-hundred years of historicity

*Compositor de destinos,
Tambor de todos los ritmos,
Tiempo, tiempo, tiempo, tiempo⁽¹⁾.*

Resumen: Teniendo en cuenta que el paso del tiempo se refleja en cada existir, impidiendo su estancamiento, y además, que toda interpretación debe ser contextualizada en el tiempo y en el espacio, el contrato es estudiado aquí observando las transformaciones que este ha sufrido en los últimos dos siglos. El presente estudio trata de conocer los cambios ocurridos por la transición del Estado Liberal al Estado Social y, más tarde, por la sustitución de este por el Estado Democrático.

Palabras clave: Historicidad - Contrato - Estado Liberal - Estado Social - Estado Democrático de Derecho.

Abstract: Assuming that the passing of time is reflected in each individual, preventing its stagnation, and that all interpretations must be temporally and spatially contextualized, the contract is studied here according to its changes in the last two centuries, changes that were propelled, at first, by the transition from the Liberal State to the Welfare State and, later on, by its replacement for the Democratic State of Law.

Keywords: Historicity - Contract - Liberal State - Social State - Democratic Constitutional State.

1. Introducción

Todo artista parece tener la habilidad de captar y (más allá de simplemente explicar) comprender⁽²⁾ el mundo del cual forma parte⁽³⁾,

(*) Doctor *summa cum laude* en Derecho Civil por la Facultad de Largo de San Francisco, Universidad de Sao Paulo. Magister en Derecho por la Universidad Estadual de Londrina. Profesor de la Maestría en Derecho y Sociedad de Unilasalle, en el curso de Derecho de Unisinos y en diversos cursos de especialización en Brasil.

(**) Abogada por la Universidad de Vale do Rio dos Sinos de Brasil. Experta en Derecho Civil y Derecho Constitucional.

(***) Nota del Editor: el presente artículo fue recibido el 27 de enero del 2015 y aprobada su publicación el 1 de febrero del mismo año.

(1) VELOSO, Caetano. *Oración al tiempo*. Traducción propia.

(2) MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Traducción de Eloá Jacobina. 8va. edición. Rio de Janeiro: Bertrand, 2003; p. 93.

(3) *Ídem.*; p. 91. Prueba de ello es que, en el “siglo XIX, mientras el individuo, el singular, el concreto y el histórico eran ignorados por la ciencia, la literatura y, particularmente, el romance –de Balzac a Dostoievski y a Proust– restituyeron y revelaron la complejidad humana”.

Un contrato: Doscientos años de historicidad
A contract: two-hundred years of historicity

reproduciéndolo a través de su arte. Es en esta senda que Caetano Veloso absorbe y traduce, bajo la forma de poesía, el importante papel que desempeña el tiempo en la comprensión de los problemas existentes en la cotidianidad: el tiempo que, en el mismo instante en que estimula la memoria, reproduciendo ritmos que pueden ser traducidos por los oídos humanos (actuando, así, como un importante mecanismo en la sustentación de la vida en sociedad) refleja cada existir, impidiendo el advenimiento de un tiempo de estancamiento que llevaría fatalmente a la humanidad, a un trágico fin.

Tal percepción motiva las reflexiones esbozadas a lo largo de este estudio. Ellas parten de la premisa de que, mientras la labor del tiempo fluye inexorablemente en búsqueda de los enigmas contenidos en el futuro, este, al convertirse en presente, hace que el significado del contrato –figura que es aquí concebida como una herramienta desprovista de cualquier esencia– sea continuamente reconstituido⁽⁴⁾, aunque este fenómeno no siempre sea percibido, dado que hay relojes cuyas manecillas se mueven a distintos ritmos⁽⁵⁾, y hay ojos que se contentan con la vida en las sombras y que no consiguen ver que toda interpretación⁽⁶⁾ tiene que ser contextualizada en el tiempo y en el espacio.

Basado en estas premisas, y teniendo por hipótesis la transformación de la idea de *contrato* gracias a la labor incansable de *Chronos* en los últimos dos siglos (a pesar de que el sentido común imaginario de los juristas no siempre lo percibe), este estudio tiene por objetivo comprobar la afirmación formulada, mediante la adopción de una postura *metodológica crítica*, alineada a las corrientes post positivistas del Derecho, por medio del análisis de los cambios provocados a causa de la transición del Estado Liberal, al Estado Social y, poco tiempo después, por la sustitución de éste por el Estado Democrático de Derecho.

2. El Estado Liberal y la legitimación de los pactos fáusticos

Si fuese posible retratar y capturar las imágenes de un tiempo pasado no muy distante (un tiempo, para muchos, aún presente), evidenciaríamos, probablemente, que la difusión del *individualismo*, pilar sobre el cual fue erigida la Modernidad, causó la atomización del ser⁽⁷⁾.

Se vislumbraría, además, por lo menos a quien así lo desee, que el *Racionalismo*, otro de los pilares de la Modernidad, afirmó que era inaceptable que un ser humano, racional por excelencia, se vinculase, voluntariamente, a una prestación que le pudiese ser perjudicial. Ello excepto, es claro, aquellas indeseadas ocasiones marcadas por (i) la más pura inocencia, (ii) la inmadurez o (iii) la demencia, (iv) momentos en los cuales el pensamiento transformado en vínculo jurídico fue conducido por la maldad ajena o, quizás, (v) por demonios personales.

Además, entre otras incontables posibilidades, aquella fotografía registraría que la igualdad formal –un pilar más de la *Era de las Codificaciones*–, al difundir la inexistencia de diferencias entre los hombres⁽⁸⁾, obnubiló la comprensión de incontables realidades jurídicas⁽⁹⁾.

(4) MARTINS-COSTA, Judith. *Contratos: conceito e evolução*. En: LOTUFO, Renan y Giovanni Ettore NANNI (coordinadores). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011; p. 26.

(5) OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2005; pp. 379 y 380.

(6) GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2003; p. 59.

(7) AMARAL, Francisco. *Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro: permanência ou superação de paradigmas romanos?*. En: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Volumen 19. No. 71. São Paulo: enero/marzo 1995; p. 73.

(8) CAFFERA, Gerardo. *Autonomía privada: los cambios y las tensiones del presente*. En: FERNÁNDEZ, Carlos López; CAUMONT, Arturo y Gerardo CAFFERA (coordinadores). *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Jorge Gamarra*. Montevideo: FCU, 2001; pp. 88 y 89.

(9) FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica*. En: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*.



Marcos Catalan y Suzana Rahde Gerchmann

La luz que incide en esa imagen captada en el pasado revelaría, también, a quien dirigiese la mirada, que aquella era la atmósfera en la cual el Código de Napoleón fue gestado: una codificación que se autoproclamó el centro de un sistema jurídico que, además de proteger los intereses propietarios, facultó a quien ocupara esa situación jurídica con el poder de contratar sólo si así lo quisiese y, en dichos casos, con quien deseara y cuando pretendiese hacerlo, atribuyéndole la facultad de elegir, siempre que se respetaran los límites estructurales y dogmáticos impuestos por el orden público, por la moral y por las costumbres vigentes en la época, cláusulas contractuales con cualquier contenido⁽¹⁰⁾. Una codificación que ignoraba que la mayoría sólo poseía su propio cuerpo como moneda de intercambio.

También es importante identificar que el inconmensurable prestigio otorgado al contrato, que a estas alturas había traspasado las fronteras francesas, en aquel entonces, puede deberse a (i) haberle otorgado a la burguesía la posibilidad de adquirir todos los bienes de una aristocracia decadente y a (ii) atribuirle a aquél sector social en ascenso, el poder de comercializarlos con un nivel de libertad casi absoluto, lo cual disparó un proceso de acumulación de riqueza en proporciones otrora inimaginables⁽¹¹⁾, pero también y, paradójicamente, (iii) por tranquilizar a los aristócratas, pues, al emanar *el contrato* de la libre manifestación de voluntad de quien pretendía auto vincularse, garantizaba que los bienes que componían el acervo patrimonial de quien quiera que sea, no serían expropiados⁽¹²⁾, importando poco la funcionalidad atribuida (o no) a ellos.

Así, el hecho de que el principio otrora intitulado, autonomía de la voluntad, tuviera cimientos frágiles⁽¹³⁾, no impidió que el sentido común imaginario de libertad, existente en el siglo XIX, proyectase en cada relación contractual la impresión de la más legítima justicia, al punto de tratar como *justo* todo contrato⁽¹⁴⁾ existente y válido, tan sólo por surgir de un *acuerdo de voluntades*, importando muy poco, siempre que fueran satisfechas tales premisas, su contenido y sus proyecciones sociales.

El discurso difundido en la Modernidad, impidió que nos percatásemos de que la libertad de contratar se agotaba en incontables ocasiones en la emisión de las declaraciones de voluntad conformadoras del negocio jurídico. Y ello porque, de conformidad con el *Código*, las “convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquellas que las hicieron”⁽¹⁵⁾, regla aparentemente incorporada gracias a influencias filosóficas, cultivadas por la metafísica canónica: “al pecador le está reservado el fuego del infierno”⁽¹⁶⁾.

Además, aquella parece ser una de las grandes responsabilidades que se tienen que asumir para hacer intangible cualquier contrato proveniente de la conjunción de dos (o más)

2da. edición Porto Alegre: LAEL, 2006; p. 97. “El sujeto, así, sólo tiene relevancia como elemento de la relación jurídica. Se trata de un hábil instrumento ideológico que atiende al mantenimiento de una dimensión patrimonialista del Derecho Civil: si el sujeto, aún abstracto, es el elemento unificador del sistema, tarde o temprano, su abstracción implicaría una crisis de legitimación de un derecho, que aunque discursivamente centrado en el sujeto, se aleja de la realidad concreta, sin tener ojos para las desigualdades concretas y para la exclusión de aquellos que no se insertan en el modelo jurídico propietario”.

(10) GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 6.

(11) HOBBSAWM, Eric. *A era do capital: 1848-1875*. 15ava edición. Traducción de Luciano Costa Neto. São Paulo: Paz e Terra, 2011; pp. 59-85.

(12) ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009; pp. 45 y 46.

(13) CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; p. 53.

(14) GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983; p. 6.

(15) NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2da edición. Curitiba: Juruá, 2008; p. 112.

(16) DUPICHOT, Jacques. *Derecho de las obligaciones*. Traducción de Rosangela Calle. Bogotá: Temis, 1984; p. 16.

Un contrato: Doscientos años de historicidad *A contract: two-hundred years of historicity*

declaraciones *libremente* producidas, simplemente porque así fueron emitidas.

Al someterse cada una de las partes, al contrato (visto, aquí, como estructura conformadora de una relación jurídica), la seguridad de que las promesas serían cumplidas fue maximizada⁽¹⁷⁾, lo que puede ser visto, mayormente, cuando se identifica, hoy, que aquel derecho despreciaba aspectos como los acontecimientos ocurridos entre la formación del pacto y el cumplimiento de las prestaciones en él gestadas, las funciones que un contrato debería cumplir y su repercusión social.

El contrato, en su versión clásica, es un *pacto fáustico*⁽¹⁸⁾.

Ocurre que aquella misma libertad, tan valorada entre los revolucionarios franceses, se sublimaba en el mismísimo instante en que el aceptante concordaba con el contenido de la oferta⁽¹⁹⁾, permitiendo trazar, en muchos cuadros, el esbozo de alguien *suje*to a los términos del contrato y que, así como Fausto, personaje mitológico retratado, entre otros, por Goethe, debía cumplir el pacto con el Diablo, importando poco el(los) costo(s) y la(s) consecuencia(s) originada(s) de él⁽²⁰⁾.

Un poco más tarde, aquellos mismos vientos cruzaron el Atlántico, influenciando la redacción del Código Beviláqua en Brasil, instrumento elaborado con el objetivo de satisfacer los intereses de los hacendados, que deseaban el mantenimiento de la propiedad y la conservación, tal como hubiesen sido convenidos, de los contratos pactados con aquellos que trabajaban en ella⁽²¹⁾.

Tal código sirvió –por largas décadas– casi exclusivamente a los intereses de un diminuto contingente de brasileños⁽²²⁾. Y en Brasil, tal como ocurrió en Francia, la preocupación por los intereses patrimoniales, fue el hilo conductor de la codificación que rigió entre 1917 y 2003, tejiendo una estructura pensada para asegurar el mantenimiento de la riqueza de aquellos que ya eran afortunados⁽²³⁾ y que ignoraba los anhelos de la mayor parte de los brasileiros. Fruto de la recepción tardía latinoamericana⁽²⁴⁾, ni el hecho de haber sido

(17) BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente à contratação positivada no Código do Consumidor, sob a perspectiva civil constitucional*. En: TEPEDINO, Gustavo (coordinador). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; p. 286.

(18) OST, François. *Tiempo y contrato: crítica del pacto fáustico*. En: *Doxa*. No. 25. Alicante, 2002; p. 597-626.

(19) Las diferencias (entre oferta y propuesta) esbozadas por la dogmática, no serán desarrolladas en este estudio.

(20) RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2da edición. São Paulo: Atlas, 2006; p. 25. El ejemplo que refleja, de forma bastante clara, el apego de la sociedad liberal a ese “dogma”, es el caso del Canal de Craponne, juzgado el seis de marzo de 1876 por la Corte de Casación francesa. El hecho, en líneas generales, se dio de la siguiente forma: en el año 1567, el ingeniero Adam de Craponne se comprometió a construir y a conservar un canal destinado a irrigar las tierras de la población de la región de Péligssonne, en Francia. El valor, los plazos y las condiciones de los pagos, a ser realizados en prestaciones, fueron preestablecidos. Cerca de 300 años después de la formación del vínculo contractual, el Marqués de Galliffet, propietario del canal en la época, entendió que el costo pactado era insuficiente para mantener la construcción, de modo que exigió un aumento en la cuantía a ser pagada. A pesar de que el Tribunal d’Aix y de la Corte de Apelación habían reconocido el pedido del Marqués de Galliffet, en la Corte de Casación, los usuarios del Canal de Craponne garantizaron la reforma de la decisión con base en el artículo 1334 del *Code Napoléon*, o sea, el principio de la fuerza obligatoria de los contratos. El entendimiento de los juzgadores fue en el sentido de que, cualquiera que fuera la decisión, ella no podía substituir una convención libremente pactada, porque ella reflejaba lo que las partes entendieron por equilibrado. Es por ello que, en vez de postular la revisión del contrato, los contratantes deberían haber previsto el paso del tiempo cuando formalizaron el acuerdo.

(21) GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; pp. 24-31.

(22) MAGALHÃES, Joseli Lima. *Da recodificação do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; p. 72.

(23) BARROSO, Lucas Abreu. *A realização do direito civil*. Curitiba: Juruá, 2011; p. 14.

(24) MEDINA, Diego Eduardo López. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2005; pp. 22-69.



Marcos Catalan y Suzana Rahde Gerchmann

promulgado en un momento en que Europa era bañada en sangre impidió que el primer Código Civil brasileño fuera construido sobre los mismos principios liberales⁽²⁵⁾ que, en alguna medida, provocaron ese trágico pasaje en la historia de la humanidad.

Tal vez por eso, por ejemplo, la “cláusula” *rebus sic stantibus* no haya sido mencionada en las codificaciones civiles del siglo XIX y de comienzos del siglo XX, o en las construcciones doctrinarias tanto exegéticas como pandectísticas⁽²⁶⁾ porque permitir la modificación del contrato, implicaba autorizar la injerencia del Estado en un territorio que le era prohibido: el de las relaciones privadas.

El código, pensado como estructura sistemáticamente coherente y completa, no podría acoger una regla contraria a valores tan afines al liberalismo. Tal vez, por esa razón, es importante repetir, aún hoy, que el contrato es considerado como el resultado de la fusión de dos o más voluntades.

Sin embargo, la crisis del Estado Liberal demostró que los códigos como los contratos, no eran intangibles⁽²⁷⁾. Las estatuas del liberalismo se desmoronaron, arrastradas en gran parte por la sangre derramada en la Primera Guerra Mundial y en la Revolución Rusa, aunque muchos todavía nieguen tal hecho.

Todo esto hace repensar el contrato.

3. El Estado Social: entre incluidos y olvidados

La ruina del modelo Liberal de Estado exigió que, sobre sus escombros, se erigiese una estructura que, al menos como promesa, lo hiciera cada vez más presente: el Estado (ahora *Social o Intervencionista*) debía buscar promover la salvaguarda de algunos estratos vulnerables de la sociedad⁽²⁸⁾, y, no más, como su antecesor, limitarse a mantenerse ajeno a las relaciones jurídicas privadas.

Y esta no es la única transformación provocada por el advenimiento de este modelo de Estado. El derecho público se sobrepuso al privado⁽²⁹⁾, imponiendo la sumisión de lo individual a lo social al disparar un proceso de transformaciones impregnado de la restricción de los poderes contenidos en las titularidades y en la libertad de contratar⁽³⁰⁾, y esto por más que fenómenos como (i) la comprensión del Código Civil como *constitución de los privados*, (ii) la ausencia de percepción de la fuerza normativa de los principios, (iii) la comprensión de los textos constitucionales como directrices políticas y (iv) el culto a la autonomía de la voluntad, hayan dificultado esta metamorfosis.

(25) CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007; pp. 27 y 28.

(26) AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. “Os contratos nos códigos civis francês e brasileiro”. En: *Revista CEJ*. No. 28. Volumen 9. Brasília: enero/marzo 2005; p. 6.

(27) Es importante resaltar que, en el Estado Liberal, los códigos –tal como soñó Napoleón Bonaparte– eran vistos como inmutables y eternos. Debían ser completos, conteniendo todas las reglas de derecho, aptos para resolver todas las situaciones imaginables, mediante la subsunción, la aplicación directa de la ley al caso concreto. Es correcto destacar que Napoleón quería ser recordado por su código, y no por las batallas que venciera. Sobre el horror de las guerras napoleónicas, el *code* y su relación con el derecho: TEPEDINO, Gustavo; Luiz Edson FACHIN. *Mais Goya, menos Napoleão: contribuições para o pensamento crítico do direito civil*. En: TEPEDINO, Gustavo y Luiz Edson FACHIN (organizadores). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011; p. 9.

(28) FARIA, José Eduardo. *Globalização econômica e reforma constitucional*. En: *Revista dos Tribunais*. No. 736. Volumen 86. São Paulo: febrero 1997; p. 13.

(29) FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. En: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2da. edición. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; pp. 21 y 22.

(30) GOMES, Orlando. *Ensaio de direito civil e de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986; p. 15.

Un contrato: Doscientos años de historicidad
A contract: two-hundred years of historicity

El dirigismo contractual⁽³¹⁾ conduce a la aprobación de reglas de conducta (i) limitando la elección del otro contratante, (ii) creando modelos específicos para algunos negocios, (iii) eligiendo el contenido de ciertos contratos a partir de reglas meditadas⁽³²⁾, evidentemente, y en algunas circunstancias hasta (iv) imponiendo el deber de contratar.

Como pautas constantes en el día a día del Estado Social, las intervenciones *en la voluntad* de aquel que contrata, permiten entender parte del fenómeno señalado: la autonomía de la voluntad se transformó en autonomía privada⁽³³⁾, probando el equívoco de una de las tesis de Immanuel Kant⁽³⁴⁾.

De esta forma, mientras la industrialización y el éxodo rural ampliaban las necesidades de los económicamente más débiles, que necesitan de vivienda, de alimento y de la salud perdida desde que abdicaron a la vida en el campo, en búsqueda de un futuro mejor, el Estado buscaba promover la protección de algunos de aquellos estratos sociales con la elaboración de estatutos que, como fue indicado, repletos de orden público, se alejaban, al menos teóricamente, de los ideales individualistas y retiraban del Código Civil la

exclusividad de tratamiento de determinados temas de la vida privada⁽³⁵⁾.

Se modificó la percepción del contrato⁽³⁶⁾ y de sus funciones.

Así, el Estado Social, además de (i) destruir la fantasía⁽³⁷⁾ contenida en la significación de la autonomía de la voluntad y (ii) reducir las cercanías –otrora casi invisibles– que delineaban la libertad de contratar, (iii) presencié algo inimaginable hasta entonces: el escenario socio-económico ya no tenía fuerzas para asegurar la fuerza obligatoria de los contratos⁽³⁸⁾. Se vislumbra el despertar de una regla que hibernaba hacia más de un siglo: *contractus qui habent tractum successium et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intellinguntur*⁽³⁹⁾.

Y así, al percatarse de (i) que por más perfecto que un contrato pueda ser, nunca

(31) CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Óp. cit.*; pp. 48 y 49.

(32) LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Contrato e mudança social*. En: *Revista dos Tribunais*. No. 722. Volumen 84. São Paulo: diciembre 1995; p. 43. En el mismo sentido: GIORGIANNI, Michele. *O direito privado e suas atuais fronteiras*. En: *Revista dos Tribunais*. No. 747. Volumen 87. São Paulo: enero 1998; p. 49.

(33) RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2da edición. São Paulo: Atlas, 200; pp. 27 y 28.

(34) La autonomía de la voluntad era una de las bases de la teoría de Immanuel Kant, la cual es comprendida como “[...] la capacidad de saber lo que la moralidad exige de nosotros, y no funciona como la libertad de intentar alcanzar nuestros fines, sino como el poder de un agente para actuar según reglas de conducta universalmente válidas y objetivas, avaladas sólo por la razón”. KANT, Immanuel. En: BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997; pp. 31 y 32.

(35) IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. En: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. No. 10. Volumen 3. São Paulo: octubre/diciembre 1979; pp. 15-33.

(36) “Por su parte, el negocio jurídico [y, como especie de él, el contrato], cuyo fundamento radicaba para la doctrina civilista moderna en el principio de la soberanía del individuo, en la década del treinta [del siglo XX] comenzó a reconstruirse como autorregulación de intereses socialmente relevantes. Lo que se hizo delante de la invocación a la solidaridad social y teniendo en cuenta que los actos que surgen de la autonomía privada no se agotan en la conducta gestada por la psiquis humana [...]”. GROSSI, Paolo. *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*. Madrid: Marcial Pons, 2011; p. 39.

(37) BARRETO, Cunha. *O dirigismo na vida dos contratos*. En: *Revista dos Tribunais*. No. 117. Volumen 28. São Paulo: enero, 1939; p. 460.

(38) MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações – do adimplemento e da extinção das obrigações*. Volumen 5. Tomo 1. 2da edición. Rio de Janeiro: Forense, 2005; p. 287. Véase también: CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Óp. cit.*; p. 49.

(39) DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. 2da. edición. São Paulo: Saraiva, 2001; pp. 20 y 21.



Marcos Catalan y Suzana Rahde Gerchmann

podrá aprisionar el tiempo⁽⁴⁰⁾ –las incertezas son todas indestructibles⁽⁴¹⁾–, que (ii) un contrato, contrariamente a lo que se pensaba hasta entonces, no surge de un acto consciente de voluntad, y que (iii) la intangibilidad, en lugar de promover cada ser humano, en muchas ocasiones, disemina la injusticia social; es posible repensar la idea de contrato y de los principios que orientan su comprensión concreta.

En el intento de iluminar el escenario aludido, vale la pena recordar que, mientras el caso del Canal de Craponne demuestra cuán intangibles eran los pactos en el Estado Liberal, el litigio que envolvía a la *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux* y la ciudad francesa de Burdeos, evidencia el cambio de posicionamiento en el resonar de las primeras décadas del siglo XX⁽⁴²⁾; a pesar de que el proceso, la decisión que lo solucionó y los efectos proyectados por ambos, puedan ser calificados, contemporáneamente, como excesivamente conservadores⁽⁴³⁾. Además, dicha postura no era una idiosincrasia de la sociedad francesa.

En Brasil, es ilustrativa la situación en la cual una sentencia pronunciada en 1930, para resolver un contrato de ejecución futura fundada en la cláusula *rebus sic stantibus*, fue reformada poco tiempo después por la Corte del Distrito Federal, que consideró que su empleo violaba la fuerza obligatoria de los contratos y que la ley no contemplaba dicha posibilidad⁽⁴⁴⁾.

Así, a pesar de los méritos contenidos en la política intervencionista y en el proceso de decodificación del derecho civil, la abstracción y la pureza científica, entre otros problemas⁽⁴⁵⁾, que marcaban el Código fueron mantenidas.

Además, aún frente a la evidente agonía vivida por el Código Civil, disparada por la dispersión de sus fundamentos y por la

pérdida de espacio y sentido de un conjunto de reglas que tenían por premisa la coherencia sistémica y la aptitud para la solución de cualquier problema, no hubo un cambio fundamental para el éxito del Estado Social: la modificación del sentido común vigente entre los juristas.

4. El Estado Democrático de Derecho: existe alguien además de mí

Las crisis del petróleo ocurridas en 1973 y 1979 alteraron el costo de la energía, desestructurando el modelo económico existente, llevando a la recesión a los países desarrollados y desestabilizando el comercio internacional⁽⁴⁶⁾. Paralelamente, se ampliaron las demandas sociales, las cuales, incluso antes del advenimiento de otras crisis económicas, eran cumplidas con bastante precariedad por los Estados. La preocupación sectorizada dirigida a los estratos más necesitados de la población ya no era suficiente⁽⁴⁷⁾, si es que algún día lo fue.

El Estado Social falló, dejando sin solución problemas que debía minimizar.

Este fue sustituido por el Estado Democrático de Derecho, un modelo fundado (i) en la ciudadanía, (ii) en la promoción de la dignidad de la persona humana, (iii) en los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa⁽⁴⁸⁾.

(40) OST, François. *Tiempo y contrato: crítica del pacto fáustico*. En: *Doxa*. No. 25. Alicante. 2002; pp. 597-626; p. 606.

(41) MORIN, Edgar. *Óp. cit.*; p. 55.

(42) BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002; pp. 115-117.

(43) RENNERT, Rafael. *Novo direito contratual: a tutela do equilíbrio contratual no código civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007; pp. 254 y 255.

(44) FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2da. edición. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943; pp. 298-300.

(45) Entre ellos, la elephantiasis normativa, la deformación de la realidad provocada por la comprensión microsistémica del Derecho y la sedimentación inorgánica de la legislación especial. GROSSI, Paolo. *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*; p. 53.

(46) FARIA, José Eduardo. *Óp. cit.*; pp. 13 y 14.

(47) LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Prefácio*. En: CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. *Óp. cit.*; p. 10.

(48) Previstos en los incisos II, III y IV, del artículo 1 de la Constitución Federal. Los incisos I y V se refieren a la soberanía y al pluralismo jurídico, respectivamente.

Un contrato: Doscientos años de historicidad
A contract: two-hundred years of historicity

Este, además de tener como deber, promover la inclusión y la emancipación del ciudadano⁽⁴⁹⁾, asume una serie de tareas distintas. Ubicados, en su mayoría, en el artículo tercero de la Constitución Federal⁽⁵⁰⁾, dichos compromisos incluyen: (i) la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, (ii) la garantía de desarrollo nacional, (iii) la erradicación de la pobreza y de la marginación, además de la reducción de las desigualdades sociales y regionales y (iv) la promoción del bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otra forma de discriminación.

Al institucionalizar los derechos fundamentales, la Constitución Federal de 1988 se convirtió en el eje hermenéutico de todo el sistema jurídico, lo que ocurrió también gracias al reconocimiento de que los derechos fundamentales deben limitar no sólo las cuestiones que implican al ente estatal, sino también, y de forma directa⁽⁵¹⁾, las relaciones privadas. La Constitución no sólo es una carta política, es un elemento integrador de todo el sistema jurídico⁽⁵²⁾.

El derecho civil fue constitucionalizado⁽⁵³⁾.

De esta forma, los principios y valores constitucionales guiarán el proceso de construcción de las respuestas que deben ser

dadas para cada problema originado en la multifacética existencia privada de la vida humana. Pero, además: los institutos jurídicos civiles, atravesando los muros erigidos por la dogmática clásica, servirán como puentes de acceso a las promesas constitucionales y a la ciudadanía material.

Desde este punto de vista, no hay espacio para las ideas liberales conformadoras de las codificaciones, en las cuales el individuo se realizaba por medio del patrimonio⁽⁵⁴⁾. En este, el propietario es substituido por la persona humana⁽⁵⁵⁾, pensada ahora, no más como una abstracción con potencial libertad para contratar, sino por su existencia⁽⁵⁶⁾ concreta.

Además, en el ámbito de los contratos, las implicaciones de la constitucionalización del Derecho Civil son bastante significativas, imponiendo a los contratantes el deber de considerar, a todo tiempo y el tiempo todo, los intereses del(los) otro(s)⁽⁵⁷⁾ y no sólo los suyos.

-
- (49) SOARES, Mário Lúcio Quintão y Lucas Abreu BARROSO. *A dimensão dialética do novo código civil em uma perspectiva principiológica*. En: BARROSO, Lucas Abreu (organizador). *Introdução crítica ao código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006; p. 1.
- (50) "Otras condicionantes" del Estado Democrático del Derecho pueden ser encontradas a lo largo del texto constitucional. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Contrato: do clássico ao contemporâneo – a reconstrução do conceito*. En: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. Volumen 13. Salvador, 2006; p. 34.
- (51) Aunque hayan controversias, las mismas no serán tratadas en esta sede por exceder el límite metodológico formulado para los fines de la investigación.
- (52) FACHIN, Luiz Edson. *Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporáneo brasileño a partir del derecho civil-constitucional*. En: *Revista de Derecho Comparado*. No. 15. Santa Fe, 2009; p. 263.
- (53) "La publicización debe ser entendida como el proceso de intervención legislativa infraconstitucional, mientras que la constitucionalización tiene por objetivo someter el derecho positivo a los fundamentos de validez constitucionalmente establecidos. Mientras que el primer fenómeno es de indiscutible pertinencia, el segundo es imprescindible para la comprensión del derecho civil moderno". LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. En: *Revista de Informação Legislativa*. No. 141. Volumen 36. Brasília: enero/marzo 1999; p. 101.
- (54) XAVIER, Marília Pedrosa y Pablo Malheiros da Cunha FROTA. *A repersonalização das relações contratuais civis e de consumo a partir da obra de Paulo Luiz Netto Lôbo*. En: TEPEDINO, Gustavo y Luiz Edson FACHIN (organizadores). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011; pp. 106 y 107.
- (55) LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. *Op. cit.*; p. 108.
- (56) MARTINS-COSTA, Judith. "Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil". En: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2da edición. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; p. 72.



Marcos Catalan y Suzana Rahde Gerchmann

Sin tales premisas, no hay contrato que merezca protección por parte del Derecho: el contrato debe servir a la persona y no al contrario. Y cada persona debe preocuparse por el otro, porque es en él que se reconoce como humano y porque necesita del otro para sobrevivir. Es por ello que, a pesar de que aún hoy muchos continúan con este pensamiento, es imperioso que el lector atento perciba que, como un *símbolo de la más legítima libertad*, el contrato en la Modernidad es, en realidad, un poderoso *instrumento de opresión*⁽⁵⁷⁾.

Desde otra perspectiva, parece ser posible defender que la igualdad formal, transformada, modernamente, en sustancial, tampoco tiene lugar en un contexto social marcado por inmensas desigualdades.

Además, es necesario observar que aún en el auge del liberalismo, la idea que equiparaba a todos, no pasaba de ser un discurso ideológico utilizado para enmascarar una realidad en la cual, la clase económica dominante determinaba los parámetros de las relaciones contractuales y, paralelamente, en la cual, sin fuerza para negociar, una enorme parte de la población aceptaba (y a ellas se sujetaba) las condiciones generales de contratación elaboradas unilateralmente, sin poder satisfacer cada una de sus necesidades de orden existencial.

Lejos de continuar enunciando notas tan irritantes y crueles a los oídos sensibles a la(s) necesidad(es) de lo(s) otro(s), contemporáneamente, las influencias que emanan del principio de igualdad sustancial imponen que, en cada situación que se presente ante el Derecho, éste (i) investigue quiénes son las personas implicadas en la situación jurídica

concretamente establecida y (ii) que promueva la aproximación de situaciones evidentemente semejantes, por ejemplo, tratando como contrato la *relación contractual de hecho*, sancionando a uno u otro sólo cuando sea realmente necesario prohibir para proteger.

La relatividad de los efectos del contrato es otro elemento que adquirirá nuevo sentido en el Estado Democrático de Derecho. La noción según la cual los contratos vinculan y producen efectos sólo entre las partes, alcanzando, ciertamente, a sus sucesores o cesionarios, deja de ser la única realidad en una sociedad marcada por la contratación en masa y por la vinculación de aquellos contratos⁽⁵⁹⁾, así como por la inspiración buscada en el vector constitucional de la solidaridad social. Ahora, los efectos del pacto interesan, y a veces alcanzan, a otras personas y a otros contratos, disparando la necesidad de reflexiones y de preocupaciones sobre los efectos que cada contrato produce en el medio en que se encuentra inmerso⁽⁶⁰⁾.

El ocaso del individualismo también permitió el cuestionamiento de la idea de justicia contractual. Como fue resaltado en este estudio, hace no mucho tiempo, se consideraba justo el contrato gestado en la libre manifestación de voluntad. Modernamente, esta noción es insuficiente en el proceso de significación de

(57) NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2da edición. Curitiba: Juruá, 2008; p. 82.

(58) BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual*. En: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes y Flávio TARTUCE (coordinadores). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007; p. 29.

(59) "En una sociedad económicamente masificada, la vinculación de los contratos celebrados entre los diferentes eslabones de la cadena de circulación de la riqueza hace que cada contrato individual ejerza una influencia y tenga importancia en todos los demás contratos que puedan estar relacionados. Así, el incumplimiento de un grupo de consumidores [...] acarreará el incumplimiento del comerciante con su proveedor que, a su vez, podrá repercutir en la relación de este con aquel, quien le provee la materia prima, y a éste, a su vez, con quien lo financia, y así sucesivamente". SILVA, Luís Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social*. En: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *O novo código civil e a constituição*. 2da edición. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; p. 152.

(60) NALIN, Paulo. *A função social do contrato no futuro código civil brasileiro*. En: *Revista de Direito Privado*. Volumen 3. No. 12. São Paulo, octubre/diciembre 2002; pp. 54-56.

Un contrato: Doscientos años de historicidad
A contract: two-hundred years of historicity

aquella, imponiéndose rescatar la normatividad contenida en el principio del equilibrio material de los contratos (o equivalencia de las prestaciones) y la preocupación por el constante mantenimiento de la equitativa proporción entre las prestaciones pactadas⁽⁶¹⁾, pues, incluso un contrato libremente pactado puede estar cargado de injusticia⁽⁶²⁾. Se evidencia nuevamente que en un sistema capitalista será mediante el contrato que se facilitará el acceso a los bienes sin los cuales no es posible vivir dignamente.

A pesar de la transparencia de dichas constataciones, es posible identificar críticas señalando que la función social del contrato no debe significar la relativización de su fuerza obligatoria, pero sí, la instrumentalización de los intercambios⁽⁶³⁾, y afirmando que el movimiento reformista debe ser frenado, pues, sin seguridad jurídica no hay libertad, igualdad o legalidad, no hay solidaridad social ni tampoco respeto a la dignidad humana⁽⁶⁴⁾.

¡Terrible!

El contrato también necesita ser comprendido como una relación guiada por la observación de –y, la mayoría de las veces, desconocidos– deberes, gestados en la buena fe, entre ellos, el de cooperación y el de descubrir y perseguir la funcionalidad en el ejercicio de cualquier posición jurídica, premisas que, si son fielmente seguidas, satisfacen la necesidad de tutela de un deudor otrora obligado a someterse a los caprichos del titular del derecho a la prestación.

En fin, como se trató de demostrar a lo largo de cada una de las líneas recorridas en este estudio, el contrato en el derecho brasileño contemporáneo debe ser leído como una relación equilibrada, leal y solidaria, destinada a la producción de efectos jurídicos existenciales y patrimoniales que repercuten, no sólo en la esfera de actuación de cada contratante o de sus sucesores, sino que alcanzan, también, a terceros directamente implicados (o no) en la relación jurídica negocial, sin lo cual no será merecedor de aplausos de los que vivencian, largamente, la *historia de la vida privada* representada incesantemente en el palco de la ciudadanía. 

(61) BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material: o equilíbrio do contrato como um dos princípios contratuais*. En: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes y Flávio TARTUCE (coordinadores). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007; p. 175.

(62) NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2da edición. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; p. 160.

(63) Ello porque, como señala el autor, la sociedad gana cuando el contrato es cumplido, de manera que se deben disminuir los costos del incumplimiento que son distribuidos en forma de intereses. TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; pp. 90-92.

(64) THEODORO JUNIOR, Humberto. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. En: *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Volumen 1. No. 1. Brasília: abril 2006; pp. 115-117. Según el autor, cuando se restringe la libertad de contratar, dentro de los límites de la función social sin tener cuidado de relacionar parámetros perceptibles en los casos concretos, se implanta en el orden jurídico obligacional, un factor de gran inseguridad.