

## *El Código Civil brasileiro de 2002: nuevos principios para el derecho de contratos\**

Rodrigo Momberg U.\*\*

Recibido: febrero 4 de 2014 - Aprobado: junio 4 de 2014

### **Resumen**

El Código Civil brasileiro de 2002 constituye la más reciente codificación de derecho privado en Latinoamérica, siendo su sentido social su característica principal y distintiva, en contraposición al sentido individualista que informaba el Código de 1916. Ello ha dado lugar a que en materia de contratos y obligaciones prevalezcan los denominados principios sociales: la función social del contrato, la buena fe objetiva y el equilibrio contractual. El presente trabajo tiene el propósito de analizar tales principios, para luego exponer como ellos se reflejan en los principales casos de revisión judicial del contrato.

**Palabras clave:** Código Civil Brasil 2002, derecho de contratos, función social del contrato

---

\* Este trabajo forma parte del proyecto FONDECYT regular N.º 1120611, titulado "La revisión judicial del contrato. Análisis histórico, dogmático y de derecho comparado, con perspectivas para el derecho nacional", del cual el autor es investigador principal.

\*\* PhD, Universidad de Utrecht. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte, Chile. Instituto de Derecho Europeo y Comparado, Universidad de Oxford. [rodrigo.momberguribe@law.ox.ac.uk](mailto:rodrigo.momberguribe@law.ox.ac.uk); [rmomberg@uach.cl](mailto:rmomberg@uach.cl)

## ***2002 Brazilian Civil Code: New Principles for the Contract Law***

### ***Abstract***

The 2002 Brazilian Civil Code constitutes the most growing encoding of private law in Latin America, being the social nature its principal and distinctive characteristic, in contrast with the individual sense reported in the Code of 1916. This has resulted in the fact that, concerning contracts and obligations, the so called social principles prevail: social function of the contract, objective good faith, and contractual balance. This article is intended to analyze such principals and then expose the way they are reflected on the main cases of judicial revision of the contract.

***Key words:*** 2002 Brazilian Civil Code; contract law; social function of the contract.

## Introducción

El Código Civil brasileiro de 2002 (CCB) constituye la más reciente codificación de derecho privado en Latinoamérica<sup>1</sup>. Se trata de un texto novedoso, que reconoce influencias del derecho alemán e italiano, además de tener una marcada orientación social, a diferencia del individualismo liberal que predomina en las codificaciones del siglo XIX. El presente trabajo tiene el propósito de analizar los nuevos principios que en materia de obligaciones y contratos consagra el CCB (apartado 1), para luego exponer cómo dichos principios se reflejan en los principales casos de revisión judicial del contrato (apartado 2).

Con el análisis efectuado en este artículo, se pretende demostrar que debido al predominio de los denominados principios sociales, esto es, la función social del contrato, la buena fe objetiva y el equilibrio contractual, el CCB representa un modelo diverso y original del que predomina en las demás codificaciones de derecho privado en Latinoamérica, incluso, en aquellas promulgadas en el siglo XX. Las ideas reflejadas en su texto representan una manera distinta de entender la propiedad y el contrato, los cuales bajo esta perspectiva no solo deben satisfacer intereses individuales sino también los de la sociedad en su conjunto. En particular, en materia de contratos, ello implica el reconocimiento amplio de instituciones que permiten la adaptación del acuerdo, con el objeto de preservar su equilibrio económico.

Este estudio, además, pretende aportar, mediante el análisis del Código Civil brasileiro, elementos e ideas para ser debatidos en el contexto de proyectos de reforma y modernización del derecho de obligaciones en Latinoamérica, tanto del orden nacional como regional<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Sin perjuicio del proyecto de nuevo Código Civil argentino, cuya aprobación se encuentra pendiente.

<sup>2</sup> Como iniciativa de armonización del derecho de contratos en el nivel latinoamericano, puede citarse el proyecto para

## 1. Los principios generales del Código Civil brasileiro en materia de contratos

### 1.1 La referencia a principios constitucionales. Los principios de la dignidad de la persona y de solidaridad (artículo 3 CFB)

El derecho brasileño ha tenido una interesante evolución en las últimas décadas, pues ha experimentado lo que se ha llamado "un cambio en su escala de valores", en particular vinculado con el reconocimiento de la función social de la propiedad y la empresa, que ha inspirado primero a la Constitución Federal de 1988 (en adelante CFB) para luego extenderse a la normativa inferior, incluyendo el CCB (Wald, 2004, p. 126).

La doctrina brasileña ha insistido en que el derecho civil debe ser entendido e interpretado de acuerdo con los principios constitucionales. En este sentido, el Código Civil sería el vehículo para la concreción de las normas constitucionales en las relaciones jurídicas privadas (Silveira, 2005, p. 67). Por ello se sostiene que la regulación de la actividad privada debe ser expresión de las opciones tomadas por el constituyente, no pudiendo el derecho de contratos quedar ajeno al proyecto de estado social formulado por la CFB (Neves, 2006, p. 138). Así, se ha dicho que

[...] familia, propiedad, empresa, sindicato, universidad, como cualquier otro microcosmos contractual, deben permitir una realización existencial igualitaria. De este modo, no pueden constituir espacios no susceptibles de control social, como plantea el voluntarismo, justamente porque integran un orden constitucional que se aplica tanto a las relaciones de derecho público como a las de derecho privado (Tepedino, 2005, p. 156).

la redacción de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, patrocinado por la Fondation pour le Droit Continental (Francia) y la Fundación Fernando Fueyo (Chile). Al efecto, véase Pizarro (2012).

En particular, respecto de la libertad contractual, consagrada en la CFB en relación con los derechos a la libre iniciativa y a la libertad de acción (artículo 1, inciso 4; artículo 5 inciso 2, y artículo 170 y siguientes),<sup>3</sup> se ha dicho que encuentra sus límites en la dignidad de la persona humana y en el principio de solidaridad (artículos 1 N.º 3, y 3 N.º 1)<sup>4</sup>. El artículo 421 del CCB, que establece la función social del contrato, y que se analiza más adelante, sería entonces la consagración legal de estas ideas. En este sentido, la libertad contractual debe ejercerse de acuerdo con los principios de dignidad y solidaridad establecidos en la Constitución, que servirán de molde para la construcción de una relación contractual justa (Silveira, 2005, p. 69).

La principal consecuencia de la influencia de los principios constitucionales sobre el derecho de obligaciones es que el contrato, desde esta perspectiva, pierde su carácter de instrumento exclusivamente destinado a la satisfacción de los intereses particulares de las partes (o de una de ellas), para pasar a ser también un instrumento por el cual se protegen y promueven los intereses de la colectividad. Entonces, si bien el contrato sigue siendo el elemento esencial de la actividad económica, debe alinearse con los valores constitucionales de justicia social (art. 170 CFB), pasando la función social del contrato a ser un criterio de orientación del mercado, que direcciona las conductas de los contratantes en el sentido de generar deberes de solidaridad y cooperación (Neves, 2006, p. 196). De este modo, la función económica del contrato y su función social, se complementan,

debiendo coexistir de manera armónica, sin que una anule a la otra.

## 1.2 *El nuevo CCB de 2002 y sus principios informadores*

El CCB fue promulgado el año 2002 después de más de 25 años de tramitación legislativa.<sup>5</sup> La reforma no sólo fue impulsada por motivos técnico-jurídicos relativos a la modernización y actualización del Código de 1916, sino principalmente por un cambio en la orientación filosófica e ideológica del derecho brasileiro, vinculada entre otras a la obra de Miguel Reale, quien fue el gestor de la reforma y supervisor de la Comisión Revisora y Redactora. Es por ello que la característica principal y distintiva del CCB de 2002 es su sentido social, en contraposición al sentido individualista que informaba el Código de 1916 (Reale, 1998).

El Código unifica el derecho civil y comercial, pero deja fuera la regulación del derecho del trabajo y de las sociedades anónimas, temas que se mantienen regulados por legislación especial. En su forma se inspira en los Códigos: italiano de 1942 y portugués de 1966, así como en el BGB alemán, y se divide en una Parte General y otra Especial. La parte especial se divide en tres libros: Personas, Bienes y hechos, y Negocios jurídicos. La parte general se compone de cinco libros: Obligaciones, Derecho de la empresa, Derechos reales, Familia y sucesiones. Se ha dicho que en su espíritu, el CCB "se acerca a una parte de la doctrina y de la jurisprudencia francesas, teniendo concepciones modernas y sociales en lo que concierne a la familia, la propiedad, el contrato y la responsabilidad civil" (Wald, 2004, p. 130). En materia sustantiva, el CCB reconoce influencias de los principales códigos del siglo XX, como los códigos civiles de Alemania, Italia, Portugal, Países Bajos y Quebec.

<sup>3</sup> El art. 170 señala en su primera parte que "El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios...".

<sup>4</sup> El artículo 1, N.º 3 dispone que "La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: 3. la dignidad de la persona humana"; y el artículo 3. N.º 1 "Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil: 1. construir una sociedad libre, justa y solidaria".

<sup>5</sup> El proyecto fue ingresado a la Cámara de Diputados de Brasil el año 1975. Una de las razones que dilató su aprobación, fue la tramitación de la nueva Constitución Federal de Brasil, que fue aprobada el año 1988.

Una de las características sobresalientes del CCB es que en su formulación técnica se han utilizado principios y cláusulas generales, de tal manera que se provea un texto flexible que permita que su aplicación e interpretación se adecuen constantemente a las circunstancias y necesidades sociales y económicas (Turczyn, 2001, p. 25). Estas cláusulas generales (o normas abiertas, como también se les ha denominado) son formulaciones genéricas y abstractas, muchas veces reflejo o aplicación de principios generales del derecho (explícitos o implícitos), cuya concretización deberá ser efectuada por el juez en el caso particular (Turczyn, p. 29). En materia de contratos, son ejemplos de estas cláusulas generales: la función social del contrato y la buena fe objetiva, consagradas en los arts. 421 y 422 del CCB. Más específicamente, las referencias a la equidad en materias como la excesiva onerosidad (art. 479) o la lesión (art. 413), son también ejemplos del uso de cláusulas generales.

La exposición de motivos del CCB indica tres principios informadores, que se dice reflejan la teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale: ética, sociabilidad y operatividad (Silveira, 2005, p. 67-69). Estos principios, que fueron los que guiaron el trabajo de la comisión redactora, deben necesariamente orientar la interpretación y aplicación de su normativa (Turczyn, 2001, p. 48).

#### **a) Ética (eticidade)**

En virtud de este principio, en la aplicación de la norma jurídica deberá otorgarse mayor valor a los principios ético-jurídicos que a los procesos lógico-formales. La existencia de cláusulas generales y principios jurídicos en la normativa del CCB permitiría al juez mayor libertad para la concreción de este principio al caso particular, a través de decisiones más justas o equitativas, a través de la aplicación de principios ético-jurídicos, como la buena fe objetiva, la lealtad y la cooperación entre los contratantes, y el

respeto a la dignidad humana (De Paiva Leao, 2010, p. 31).

En el derecho de obligaciones, este principio encuentra su manifestación positiva en la consagración del principio de buena fe objetiva (artículo 422) y la sanción del abuso del derecho (artículo 187). Así, la base ética al derecho de las obligaciones está dada por el fomento y protección del equilibrio económico de los contratos, lo cual se refleja, por ejemplo, en la sanción de la lesión (artículo 157), la resolución por excesiva onerosidad (artículos 478-480) y la nulidad de las cláusulas abusivas (artículo 424). Respecto a las partes, un comportamiento ético implica que deben actuar de buena fe, conduciéndose de manera leal y correcta durante todo el iter contractual.

#### **b) Sociabilidad (socialidade)**

Es la idea o principio central del nuevo código que implica la prevalencia de los valores e intereses colectivos por sobre los individuales, así como atender a los fines sociales y a las exigencias del bien común para la aplicación de la ley. Sin duda, se trata del principio que más representa el cambio en la filosofía del CCB de 2002 respecto de su antecesor, que tenía (como la mayoría de los códigos decimonónicos) un evidente corte individualista. Los principios de ética y sociabilidad están estrechamente relacionados, ya que las reglas con contenido social son esencialmente éticas (De Paiva Leao, 2010, p. 34). Este principio se encuentra consagrado expresamente en el art. 421 del CCB, que reconoce a la función social del contrato como el límite para el ejercicio de la libertad contractual.

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, este principio implica en materia de obligaciones, que las relaciones contractuales no deben ser vistas exclusivamente como un asunto privado y privativo de los individuos vinculados por la relación contractual, sino que también deben examinarse con base en bien común y los inte-

reses de la sociedad en general, configurándose lo que se ha denominado una naturaleza ultra-subjetiva de las relaciones privadas. Esta connotación social supone reconocer la posibilidad de la intervención estatal (judicial o administrativa) en las relaciones contractuales, si con ellos se lesiona el interés social, por ejemplo, a través de contratos lesionarios o cláusulas abusivas.

### **c) Operatividad (operabilidad)**

Se traduce, por una parte, en que formalmente el nuevo CCB pretende ser un instrumento accesible en cuanto a su estructura y lenguaje y, por otra, en que sus normas puedan ser aplicadas por los tribunales a la luz de los principios mencionados anteriormente, permitiendo que el Código se aplique efectivamente en la práctica. Este principio justifica que en la redacción del Código se hayan utilizado, como se refirió anteriormente, normas generales o cláusulas abiertas, lo que permite su adaptación por el juez a la situación concreta, sin que pueda excusarse de dar una solución justa al caso, basado en tecnicismos legales o formalistas.

## **1.3 Los principios del CCB en materia de contratos**

Examinados los principios que informan al CCB de 2002, corresponde analizar cuáles son sus principios generales en materia de contratos. La doctrina brasilera ha señalado que el CCB reconoce seis principios generales en esta materia, los cuales pueden agruparse en tradicionales y sociales (Junqueira de Azevedo, 2008, p. 465-467).

### **a) Principios tradicionales**

Se trata de los reconocidos en general por la tradición romanista-francesa y germánica, presentes en el antiguo código de 1916<sup>6</sup>:

<sup>6</sup> Los principios tradicionales han sido objeto de innumerables estudios doctrinales, de manera que en este trabajo sólo se hará una referencia general a los mismos.

### **a.1) Libertad contractual:**

Se encuentra reconocido en el artículo 421 que señala "La libertad de contratar será ejercida en razón de los límites de la función social del contrato". Así, la libertad contractual es restringida de inmediato en virtud de la función social del contrato. Asimismo, el art. 425 también lo consagra al reconocer el derecho de las partes a celebrar contratos atípicos.

### **a.2) Fuerza obligatoria del contrato**

El principio de la fuerza obligatoria del contrato es reconocido en general con mucho énfasis tanto por los códigos decimonónicos, como también por legislaciones modernas. Sin embargo, el CCB de 2002 no hace referencia expresa a este principio, aunque no existe duda entre la doctrina que sigue teniendo vigencia, sin perjuicio de las excepciones que el mismo código contempla, a las que se hará referencia más adelante.

### **a.3) Efecto relativo del contrato**

Tampoco este principio clásico se encuentra expresamente consagrado en el CCB, y aunque no existe discusión respecto a que es reconocido por el derecho contractual brasilero, lo dispuesto en el art. 421 respecto a la función social del contrato hace que deba entenderse de manera distinta a la tradicional. Así, el contrato deja de ser un asunto exclusivo de las partes, aislado de su contexto y consecuencias sociales, para pasar a constituir un instrumento de desarrollo social que afecta e interesa a la comunidad toda y que, por tanto, como se dijo, debe también responder a los intereses de dicha comunidad. En este sentido, se ha sostenido que los terceros dejan de ser absolutamente ajenos al acuerdo (Junqueira de Azevedo, 2008, p. 466).

### **b) Principios sociales**

Además de los principios tradicionales mencionados precedentemente, el CCB reconoce un nuevo grupo de principios, que la doctrina

ha denominado como "sociales", los cuales encuentran su fuente última en los principios constitucionales de dignidad de la persona y de solidaridad, y en los ya mencionados principios informadores (ética, sociabilidad y operatividad)

### **b.1) Función social del contrato**

El principio de función social del contrato puede considerarse como la principal innovación del CCB en materia de derecho de obligaciones. Se encuentra consagrado en el art. 421, ya citado. Si bien es difícil encontrar en la doctrina brasileña un concepto preciso para este principio, se ha señalado que la función social del contrato es un nuevo principio que informado por los valores constitucionales de dignidad de la persona humana, solidaridad y libre iniciativa, impone deberes a los contratantes en vista de intereses socialmente relevantes (Tepedino, citado por Potter, 2009, p. 24). En el mismo sentido, se ha indicado que posee una eficacia intersubjetiva, por medio de la cual se establecen deberes positivos de conducta que complementan las prestaciones originalmente acordadas por las partes (Martins-Costa, 2005, p. 50).

El tenor del artículo 421 permite concluir que implica una limitación a la libertad contractual, ya que atenúa o reduce su alcance, operando tanto en un sentido interno de la relación, de manera que esta refleje una adecuada justicia y equilibrio, como en un sentido externo, evitando que el contrato perjudique intereses socialmente valiosos (Marinho, 2007, p. 80-81). De esta manera, se trata de una manifestación de la socialización del derecho privado, coherente con otros principios constitucionales como el de la función social de la propiedad (artículo 5 XXIII de la Constitución), el cual se extiende a los contratos, en el sentido de entender que su celebración y ejecución no interesa exclusivamente a las partes, sino a toda la colectividad. (Potter, 2009, p. 25). Se habla así de una "autonomía solidaria" (Martins-Costa, 2005, p. 42).

Sin embargo, la función social del contrato debe compatibilizarse con el derecho a la libre iniciativa (art. 1 IV de la Constitución), de manera que también debe resguardarse la función económica del contrato como instrumento para la circulación de la riqueza (Potter, 2009, p. 27). Así, se sostiene que el contrato constituye un área primordial para el desenvolvimiento de la libertad y de la autonomía individual por un lado, y por otro, para el desarrollo social (Neves, 2006, p. 199). De esta manera, la función social del contrato no elimina el principio de la libertad contractual, pero atenúa o reduce su alcance ante otros como el de dignidad de la persona o de legítimos intereses supraindividuales (Neves, p. 198).

Asimismo, tal como se indicó, la función social del contrato implica también, al menos en teoría, una reformulación de la concepción tradicional del efecto relativo de los contratos (Marinho, 2007, p. 80; De Mello, 2011, p. 108). Se trata de una eficacia transubjetiva, por la cual los derechos y obligaciones generados por el contrato deberán considerar también los intereses de la comunidad a la que podrían afectar (Martins-Costa, 2005, p. 54).

En definitiva, lo que debe buscarse es evitar que el contrato se transforme en un instrumento de abuso, de manera que su finalidad económica no se distorsione en beneficio exclusivo de una de las partes (De Mello, 2011, p. 69). Así, se genera una tensión con el principio de libertad contractual, la cual, sin embargo, se ha dicho que es más bien aparente, ya que en definitiva son los contratos que no generen un efecto económico que beneficie, de manera directa o indirecta a la sociedad en su conjunto, los que no cumplen con una función social (Potter, 2009, p. 29).

### **b.2) Buena fe objetiva**

El CCB de 1916 no contemplaba una norma general que expresara el principio de buena fe ni

el deber de los contratantes de actuar conforme a él. Al contrario, el CCB de 2002 ha reconocido dicho deber de manera expresa y general en diversas normas. Así, el art. 113 dispone que "Los negocios jurídicos deben ser interpretados conforme a la buena fe y a los usos del lugar de su celebración"; y el art. 422 señala 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 doctrina está de acuerdo en que la buena fe que a que se refiere el CCB es la denominada buena fe objetiva, en el sentido de que se trata de un standard o parámetro objetivo, que no depende del ánimo o posición subjetiva de las partes, sino de criterios objetivos de comportamiento que pueden exigirse a un contratante medio y razonable, en la situación particular de que se trate (Lima Marques, 2011, p. 215)<sup>7</sup>. En este sentido, la buena fe objetiva se traduce en deberes positivos de conducta: cada parte debe adoptar actitudes de cooperación y lealtad para con la otra, en pro de la finalidad del negocio, generando en la contraparte la confianza en que sus legítimas expectativas serán atendidas (Marinho, 2007, p. 84, 85).

Como principio, la buena fe objetiva actúa en el CCB en tres dimensiones: en primer lugar, el citado art. 113 le confiere una función interpretativa; lo que se ha dicho exige para el intérprete dejar de lado el raciocinio meramente formal y adoptar una interpretación finalista del negocio jurídico, privilegiando aquella que esté de acuerdo con lo que normalmente puede esperarse en negocios similares y que responda a las expectativas legítimas de las partes (De Medeiros, 2012, p. 49).

<sup>7</sup> Así se ha dicho que la buena fe implica también que los contratantes deban ajustar su conducta durante todo el iter contractual a un modelo de hombre recto, honesto, leal (Marinho, 2007, p. 91).

En segundo lugar, la obligación de actuar de buena fe consagrada en el mencionado artículo 422, otorga a este principio una función creadora de deberes específicos de conducta, como, por ejemplo deberes de información, de cuidado y de cooperación. Estos deberes, denominados anexos o secundarios, permiten la ejecución satisfactoria de la obligación principal, según los intereses y expectativas legítimas de las partes. En este sentido, la buena fe opera también como un mecanismo de integración de la voluntad de las partes (Marinho, 2007, p. 89).

La tercera dimensión en que se manifiesta el principio de buena fe se relaciona con lo establecido en el artículo 187 que sanciona el abuso del derecho. Dicha norma dispone que "También comete un 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". A través de esta figura, la buena fe actúa entonces como límite al ejercicio de un derecho, cuando este se realiza en contravención a ella.

Por último, cabe destacar que también el principio de buena fe objetiva ha sido expresamente consagrado en el Código de Defensa del Consumidor (en adelante CDC). El art. 4.III señala que la política nacional de relaciones de consumo deberá atender al principio de la armonización de los intereses de las partes y compatibilizar la protección del consumidor con los principios en que se funda el orden económico, siempre con base en la buena fe y el equilibrio en las relaciones entre consumidores y proveedores. Por su parte, el 51.IV CDC dispone que son abusivas las cláusulas incompatibles con la buena fe o la equidad. Al efecto, se ha señalado que esta es una cláusula general aplicable a cualquier contrato de consumo, que por tanto permite al intérprete determinar su contenido según cada caso concreto, y que otorga un amplio margen de aplicación más allá de los casos de cláusulas abusivas expresamente enumeradas por la ley (De Medeiros, 2012, p. 370-371).



### b.3) Equilibrio contractual

Este principio implica entender que la justicia en materia de contratos exige para su concreción que las prestaciones convenidas no impliquen una ventaja desproporcionada para el acreedor ni una carga excesiva para el deudor. El equilibrio contractual reconoce la ética como fundamento general, ya mencionada como principio informador, en el sentido de que una situación de desequilibrio económico generada por el aprovechamiento de una parte respecto de la otra, contraviene el mencionado principio y debe ser evitada o corregida si es necesario.

Si bien este principio no está expresamente consagrado en el CCB, se refleja en diversas instituciones como la lesión (artículo 157), la excesiva onerosidad sobrevinida (artículos 317, 478 a 480) y la cláusula penal enorme (artículo 413), las cuales se examinan a continuación, además de otras normas específicas, como por ejemplo, los artículos 616 y 620 (modificación del precio en contratos de obra material por cambios sobrevinientes en los costos), y 770 parte final (modificación de la prima en el contrato de seguro por reducción sobreviniente del riesgo).

## 2. Los principales casos de revisión judicial del contrato

A continuación se expondrán los principales casos en que el CCB faculta al juez para intervenir en el contrato<sup>8</sup>. Excede en mucho el objeto de este trabajo efectuar un análisis detallado de cada uno de ellos, por lo que el propósito es destacar la influencia que en materia de derecho de obligaciones y contratos han tenido los principios e ideas expuestos en los párrafos anteriores. Para efectos comparativos y por su relevancia práctica, se incluyen referencias al CDC cuando corresponda.

<sup>8</sup> Además de los que a continuación se examinan, existen otras normas particulares que autorizan la intervención judicial en los contratos, como por ejemplo los artículos 572 (reducción de la indemnización en el arrendamiento), 581 (reducción del plazo del comodato) y 473 (suspensión de la resolución unilateral).

### 2.1 La lesión

El CCB de 1916 no contemplaba una regulación expresa de la lesión contractual, al contrario, el CCB de 2002 la establece expresamente en su artículo 157. Dicha norma define a la lesión señalando que "Hay lesión cuando una persona, bajo necesidad imperiosa o por inexperiencia, se obliga a una prestación manifiestamente desproporcional a la prestación opuesta". La lesión se encuentra incluida en el título sobre los "Defectos del acto jurídico", que incluye supuestos de vicios del consentimiento.

La opción del legislador brasileiro ha sido criticada, ya que puede interpretarse como otorgando prevalencia al elemento subjetivo (necesidad imperiosa o inexperiencia de la parte afectada) por sobre el objetivo (manifiesta desproporción entre las contraprestaciones). Ello atentaría contra el fundamento último de la institución, que sería resguardar la justicia contractual (De Moura, 2009, p. 234). En todo caso, hay acuerdo en la doctrina en que no es necesario que la parte aventajada haya tenido intención de aprovecharse de la situación necesidad o inexperiencia de la otra. Basta que dicha situación de inferioridad exista y que se produzca la manifiesta desproporción entre las contraprestaciones (Marinho, 2007, pp. 161-162).

Sin embargo, la mayor crítica está dada por el remedio asociado a la lesión, cual es la nulidad del contrato. La adaptación del contrato es solo admitida en principio si la parte beneficiada así lo ofrece. En este sentido, el parágrafo 2 del art. 157 dispone que "No se decretará la nulidad del negocio, si se ofrece por la parte favorecida suplemento suficiente o una reducción del provecho".

La doctrina ha planteado que sin perjuicio del tenor literal de la norma, debe concederse al juez la posibilidad de revisar el acuerdo con

el objeto de restaurar en lo posible el equilibrio entre las contraprestaciones. Se señala al respecto que la lesión encuentra su fundamento en la justicia contractual, que implica resguardar una adecuada equivalencia entre las prestaciones. Además, sería incoherente privar a la parte afectada del derecho a solicitar la revisión judicial del acuerdo, si la otra parte puede ofrecer la readecuación del mismo. Esta solución estaría respaldada por la interpretación de la norma a la luz de los principios de conservación del contrato y buena fe objetiva, y en último término, por la función social que deben cumplir los contratos según el art. 421 del CCB (Marinho, 2007, pp. 165-67; De Moura, 2009, pp. 236-238).

La lesión también está regulada expresamente en el CDC, el cual ha optado por dotarla exclusivamente de naturaleza objetiva, de manera que lo único relevante es el desequilibrio objetivo de las prestaciones del contrato. Así se desprende de los artículos 6. V primera parte, 39 IV y 51 IV §1-III. El primer artículo citado indica la norma general al respecto, al establecer como derecho básico del consumidor "la modificación de las cláusulas contractuales que establezcan prestaciones desproporcionadas...".

En relación con la falta del elemento subjetivo para calificar un contrato de consumo como lesionario, se ha dicho que dicho elemento subjetivo se encuentra implícito en la consideración del consumidor como parte vulnerable de la relación jurídica, expresamente reconocida en el art. 4.I del CDC (Marinho, 2007, pp. 172-173). En otras palabras, la calidad del consumidor como parte débil o en desventaja se presume de derecho en los contratos o relaciones de consumo, por lo que no era necesario incluir un elemento subjetivo en las normas sobre lesión del CDC. Asimismo, al contrario del citado art. 157 del CCB, la norma expresamente admite el derecho del consumidor a solicitar la modificación del contrato en caso de lesión.

## 2.2 *Modificación por circunstancias sobrevinientes*

El CCB reconoce expresamente la posibilidad de que la ejecución del contrato sea afectada por circunstancias sobrevinientes. Para ello distingue dos situaciones: la modificación de la prestación afectada por una desproporción en su valor (artículo 317) y la resolución por excesiva onerosidad sobrevinida (artículos 478 a 480).

Para el primer caso, el art. 317 dispone que "Cuando por motivos imprevisibles, sobreviene una desproporción manifiesta entre el valor de la prestación debida y el momento de su ejecución, podrá el juez corregirla, a petición de parte, de modo que asegure, en cuanto sea posible, el valor real de la prestación". La norma se encuentra en el Título que regula el objeto del pago y su prueba, a continuación de la norma que establece el principio nominalista (art. 315), del cual constituye una excepción.

Reconociendo como fuente el CC italiano de 1942, el CCB regula como segunda hipótesis en esta materia a la excesiva onerosidad sobrevinida (arts. 478 a 480, en el Título sobre extinción de los contratos). La primera norma citada establece que "En los contratos de ejecución continuada o diferida, si la prestación de una de las partes se torna excesivamente onerosa, con extrema ventaja para la otra, en virtud de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, podrá el deudor pedir la resolución del contrato. Los efectos de la sentencia que la decreta se retrotraerán a la fecha de la notificación." El art. 479 agrega que "La resolución podrá ser evitada, ofreciendo el demandado modificar equitativamente las condiciones del contrato". Por último, el art. 480 señala que "Si un contrato generase obligaciones para solo una de las partes, podrá esta solicitar que esta sea reducida, o que se modifique su modo de ejecución, con el fin de evitar la onerosidad excesiva".

Si bien las citadas reglamentaciones presentan algunas diferencias, se ha sostenido por la

doctrina brasilera que responden al mismo fin, cual es el de mantener el equilibrio contractual, evitando que una parte obtenga ventajas injustificadas y excesivas a costa de la otra. Nuevamente, el fundamento de la institución se encuentra en la función social del contrato y la protección de la buena fe objetiva (Marinho, 2007, pp. 199-203).

En particular, respecto de la posibilidad del juez de adaptar el contrato, el art. 317 lo autoriza expresamente, con el objeto de que se restaure el valor real de la prestación que se ha tornado desproporcionada. Al contrario, las normas que regulan la excesiva onerosidad sobrevenida solo admiten que la parte afectada solicite la resolución del contrato, pudiendo el demandado evitarla si ofrece una modificación equitativa de las condiciones del contrato. Sin perjuicio de ello, la doctrina, por razones similares a las expresadas para el caso de la lesión, ha entendido que el contratante afectado por la excesiva onerosidad se encuentra facultado no solo para pedir la resolución del contrato, sino también su adaptación a las nuevas circunstancias (Marinho, 2007, pp. 218-222).

En materia de derecho del consumidor, el CDC también ha regulado expresamente la excesiva onerosidad sobrevenida, en su artículo 6.º V segunda parte: "Son derechos básicos del consumidor: la modificación de las cláusulas contractuales que establezcan prestaciones desproporcionadas, o su revisión en razón de hechos sobrevenientes que las tornen excesivamente onerosas". La doctrina brasilera señala que la norma reconoce la denominada teoría de la base objetiva del negocio, prescindiendo completamente de la imprevisibilidad del hecho sobreveniente (De Medeiros, 2012, pp. 70-71). De este modo, basta que se produzca la excesiva onerosidad sobrevenida para que el consumidor pueda invocar la norma. Al contrario de las normas del CCB, el artículo citado autoriza expresamente al juez a modificar el contrato, sin perjuicio de que pueda decretar su resolución

cuando no sea posible la subsistencia del negocio. Al efecto, se ha dicho que en las relaciones de consumo, la revisión contractual es un instrumento relevante de intervención judicial, que tiene el objeto de evitar que situaciones de crisis económica sobrevenientes puedan llevar al incumplimiento o insolvencia del consumidor (Tepedino, 2001, p. 108).

### 2.3 Cláusulas abusivas. Artículos 423-424

El CCB no regula las cláusulas abusivas, pero sí se refiere en general a los contratos de adhesión en los artículos 423 y 424. El artículo 423 consagra el principio de interpretación *contra proferentem*, y el artículo 424 dispone que "En los contratos de adhesión, son nulas las cláusulas que estipulen la renuncia anticipada del adherente a un derecho resultante de la naturaleza del negocio". La doctrina señala también como un caso de cláusula abusiva a las denominadas cláusulas potestativas, esto es, aquellas que dependen del puro arbitrio de una de las partes, reguladas en el artículo 122 a propósito de las condiciones, las cuales también carecerían de valor. Por último, el artículo 184 admite expresamente, y en general, la nulidad parcial, sanción que sería la aplicable en la mayoría de estos casos, donde solo se anularía la cláusula abusiva, subsistiendo en lo demás el contrato.

Aun cuando el CCB no efectúa una regulación exhaustiva ni orgánica de las cláusulas abusivas, es destacable que reconozca excepcionalmente la existencia de los contratos de adhesión, protegiendo de manera general al adherente en cuanto a la renuncia anticipada de derechos.

En principio, las cláusulas declaradas nulas deberán ser sustituidas por el derecho dispositivo aplicable, de manera que la intervención del juez será muy limitada. Sin embargo, puede ocurrir que la materia no se encuentre regulada por las normas dispositivas, caso en el cual el juez deberá recurrir a otros criterios para la

integración del contrato, lo cual implica necesariamente reconocerle mayores facultades para la adaptación del mismo.

El CDC por su parte, siguiendo la tendencia contemporánea, regula extensamente las cláusulas abusivas. El artículo 51 establece una lista no exhaustiva de cláusulas abusivas en contratos de consumo, las cuales se consideran nulas de pleno derecho. Respecto a las sanciones, el párrafo segundo de la misma norma establece que "La nulidad de una cláusula abusiva no invalida el contrato, excepto cuando su ausencia, a pesar de los esfuerzos de integración, impone una carga excesiva a cualquiera de las partes". La norma consagra la nulidad parcial como la regla general. Además, la doctrina ha indicado que ella debe complementarse con lo dispuesto en el citado artículo 6.º V, que señala como uno de los derechos básicos del consumidor "la modificación de las cláusulas contractuales que establezcan prestaciones desproporcionadas", lo cual, unido a la referencia a la integración del contrato que efectúa el art. 51 §2, implicaría que el juez tiene facultades para adaptar el contrato con el fin de establecer un adecuado equilibrio entre las prestaciones de las partes (De Medeiros, 2012, p. 380).

### 2.4 Cláusula penal. Artículo 413

En relación con la cláusula penal, el art. 413 dispone que "La pena debe ser reducida equitativamente por el juez si la obligación principal ha sido cumplida en parte, o si el monto de la pena es manifiestamente excesivo, teniendo en vista la naturaleza y finalidad del negocio".

La doctrina ha señalado que la norma es una manifestación del principio de equilibrio contractual, ya que se trata de evitar que el acreedor obtenga una ventaja desproporcionada en caso de incumplimiento. En este sentido, también puede considerarse un caso especialmente regulado de cláusula abusiva (De Moura, 2009, p. 245).

Es interesante destacar que la norma está redactada en términos imperativos para el juez ("La pena *debe* ser reducida...), otorgándole aparentemente la facultad de actuar de oficio. Sin embargo, la doctrina brasilera no está conforme en este punto, principalmente porque se trataría de un derecho de naturaleza disponible para la parte afectada, y porque en otros casos similares, como el de lesión del art. 157, el juez solo puede actuar a petición de parte (Di Cola, 2008, p. 106).

Las hipótesis que contempla la norma son dos: cumplimiento parcial de la obligación principal y monto manifiestamente excesivo de la pena (cláusula penal enorme). Las facultades del juez son amplias en los dos casos. Así, en el caso de cumplimiento parcial, el juez tiene la facultad de reducir *equitativamente* la pena, cuestión que ha sido destacada por la doctrina, ya que implica no solo una reducción *proporcional* al cumplimiento parcial, sino que también deberán tomarse en cuenta otros criterios como la intencionalidad del incumplimiento o la naturaleza del contrato (por ejemplo, si es uno de libre discusión o de adhesión). Por otra parte, si el monto de la pena es manifiestamente excesivo, la norma entrega como parámetros generales al juez la naturaleza y finalidad del negocio para determinar la reducción, lo cual sin duda le permite un gran nivel de discreción.

### 3. Conclusiones

El análisis de los principios en que se basa el CCB de 2002 demuestra que dicho código no constituye solo una modernización o actualización respecto del CCB de 1916, sino un cambio en su filosofía inspiradora, con una fuerte relación y coherencia con principios constitucionales como el de la dignidad de la persona y el de solidaridad. Así, el CCB de 2002 puede considerarse construido expresamente como una superación del individualismo que predominaba en el código anterior, sustituyéndolo

por un ordenamiento orientado a promover los intereses de la sociedad en su conjunto, para lo cual conceptos como el de propiedad o contrato sufren una reformulación importante.

Lo anterior ha llevado al surgimiento de nuevos principios para el derecho de obligaciones y contratos, entre los cuales el más destacado y original es el de la función social del contrato, el cual podría sintetizarse como la exigencia que los intereses individuales de las partes sean ejercidos de conformidad con los intereses sociales (Marinho, 2007, p. 77). Ello no implica necesariamente eliminar el fin primero del contrato, que es servir de vehículo para el intercambio económico, sino tener en consideración, durante todo el iter contractual, los intereses de la sociedad en la cual el contrato va a surtir efectos. En concreto, además de los límites tradicionales impuestos por el orden público, la moral y las buenas costumbres; ello significa que el contrato no puede transformarse en un medio de abuso de una parte hacia la otra, originando situaciones de desequilibrio que beneficien excesiva e injustificadamente a uno de los contratantes en desmedro del otro.

Con base en estas ideas, puede señalarse que el CCB reconoce como base ética del derecho de obligaciones el principio de equilibrio económico de los contratos (De Moura, 2009, p. 244). Ello trae como consecuencia, por ejemplo, la sanción al abuso del derecho y de las cláusulas penales excesivas, así como el reconocimiento de la lesión y de la excesiva onerosidad sobrevenida.

La revisión del contrato se fundamenta por dos vías: como una concreción de los principios constitucionales, rediseñando el contrato a la luz de los valores consagrados en la Constitución; y por la aplicación e interpretación de las cláusulas generales contenidas en el CCB, que propugnan la preservación del contrato y su función social (De Moura, 2009, p. 232). En este

sentido, debe ampliarse el principio de seguridad jurídica, el cual se traduce no solamente en la idea tradicional de invariabilidad del contrato, sino también en la certeza para todas las partes de que el contrato efectivamente cumplirá con los fines que se tuvieron en vista al contratar, sin que se transforme en un instrumento de abuso.

No 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. Habrá todavía que ver si esta nueva visión del derecho de obligaciones y contratos es capaz de influir en el resto del derecho privado latinoamericano.

### Referencias bibliográficas

- De Medeiros, L. (2012). *Direito do Consumidor*. Sao Paulo: Impetus.
- De Mello, V. (2011). *Teoria Geral do Contrato*. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- De Moura, E. (2009). *Da Revisão dos Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- De Paiva Leao, L. (2010). *A quebra da base objetiva dos contratos*. Trabajo de grado no publicado. Pontificia Universidade Católica de Sao Paulo.
- Di Cola, L., (2008). *Cláusula penal e o Código Civil 2002*. Tesis. Pontificia Universidade Católica de Sao Paulo.
- Junqueira de Azevedo, A. (2008). Rapport Brésilien. La révision du contrat. En: *Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Brésiliennes, Tome LV, 2005* (pp. 465-481). Paris: Société de législation comparée.
- Lima Marques, C. (2011). *Contratos no Código de Defesa do Consumidor (6ª Ed.)*, Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

- Marinho, W. (2007). *Revisão judicial dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. Sao Paulo: Editora Método.
- Martins-Costa, J. (2005). Reflexões sobre o princípio da função social do contrato. *Revista Direito GV*, V.1, No. 1, pp. 41-66.
- Neves, J. (2006). *A nova dimensão dos contratos no caminho da pos-modernidade*. Tesis Doctoral no publicada. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre
- Pizarro, C. (Ed.). (2012). *El derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de derecho de los contratos*. Santiago: Ediciones Fundación Fernando Fueyo.
- Potter, N. (2009). *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Reale, M. (1998). Visão Geral do Projeto do Código Civil. *Revista Literária de Direito*, V. 4, No. 23, pp. 5-27.
- Silveira, C., (2005). *Função social do contrato: um limite imposto a la liberdade contratual*. Trabajo de grado nopublicado. Pontificia Universidade Catolica. Sao Paulo.
- Tepedino, G. (2001). *Temas de direito civil*, (2 Ed). Rio de Janeiro: Renovar.
- Tepedino, G. (2005). A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficacia nas relações jurídicas privadas. *Revista Jurídica*, V. 100, dic. 2005, No. 341, pp. 11-26.
- Turczynd, C. (2001). *A intervenção do juz nos contratos*. Sao Paulo: Quartier Latin.
- Wald, A. (2004). Les nouveaux codes de l'Amérique latine: le code brésilien. En: C. Larroumet (Dir.), M. Tapia (Coord.). *L'avenir de la codification en France et en Amérique latine - El futuro de la codificación en Francia y en América Latina / actes éd* (pp. 125-138). Paris: Association Andrés Bello des Juristes franco-latino-américains.