

**LIBERTAD CONTRACTUAL Y SU
FUNCIONALIZACIÓN: ORIENTACIÓN
METODOLÓGICA Y LENGUAJE UTILIZADOS
POR LA COMISIÓN ELABORADORA
DEL CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO***

**CONTRACTUAL FREEDOM AND ITS
FUNCTIONALIZATION: METHODOLOGY
AND LANGUAGE USED BY THE BRAZILIAN
CIVIL CODE DRAFTING COMMISSION**

*Gerson Luiz Carlos Branco***

*Fecha de recepción: 30 de junio de 2011
Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2011*

* Las primeras ideas sobre la cuestión presentada con novedad en este artículo fueron inicialmente investigadas para elaboración del libro de Gerson Luiz Carlos Branco, *Função Social dos Contratos* (São Paulo, 2009).

** Magister y Doctor en Derecho Privado (UFRGS). Profesor de Derecho Civil y Empresarial en la PUC.RS y UNOESC. Abogado en Porto Alegre, Brasil.
Dirección electrónica: gerson@gersonbranco.com.br

RESUMEN

La crisis del concepto de contrato ha ocasionado debates acerca de la nueva conformación de la libertad contractual y de los límites de su funcionalización, en particular en el derecho europeo y en los países de Latinoamérica. Por esta razón, este artículo trata de la libertad contractual y su funcionalización en una perspectiva histórica, mediante el estudio de los trabajos de la comisión que elaboró el Código Civil brasileño y que instituyó una disposición expresa acerca de la función social del contrato. Este artículo es una reflexión que trata de analizar las ideas y principios adoptados por el reconocimiento de la función social como cláusula general del derecho contractual, así como las consecuencias de esa norma a la libertad de contratar. La metodología utilizada fue pesquisa bibliográfica y análisis del Código en sí. En conclusión, se encontró que esa cláusula general pone el contrato a servicio de la realización del principio de la socialidad, que, a su vez, orienta los modelos jurídicos del contrato. Además, la función social del contrato también está colocada en el Código Civil en posición complementaria, y no antagónica, a la libertad de contratar, y esta se encuentra integrada a la actividad empresarial.

Palabras clave autor: Libertad de contratar, función social del contrato, autonomía privada.

ABSTRACT

The crisis in contract's concept has caused debate on the new conformation of contractual freedom and the limits of its functionalization, particularly in european law and latin american countries. Therefore, this article addresses the contractual freedom and its functionalization from a historical perspective, through the studies produced by the Commission that has elaborated brazilian Civil Code and that has introduced in it an express provision on the contract's social function. This article is a reflection that seeks to analyze the ideas and principles adopted from the recognition of social function as a general clause in contract law, as well as the consequences of this rule on contractual freedom. The methodology used was bibliographic research and analysis of the Code itself. In conclusion, it was found that this general clause places the contract at the service of the sociality principle, that, in turn, guides the contract's legal models. Furthermore, the social function of the contract is also placed in Civil Code in a complementary, not antagonistic, position towards the freedom of contract, which is integrated into business activity.

Keywords author: Contractual freedom, social function of the contract, private autonomy.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. METODOLOGÍA DE LA COMISIÓN APLICADA AL RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES.- II. EL LENGUAJE DEL CÓDIGO CIVIL: LA TÉCNICA DE LAS CLÁUSULAS GENERALES COMO INSTRUMENTO DE FUNCIONALIZACIÓN Y REALIZACIÓN DE LA SOCIALIDAD Y ETICIDAD.- CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

Las cláusulas generales de los artículos 50, 187, 421 y 1258 del Código Civil brasileño son fruto de la adopción de una orientación metodológica específica, que privilegió la utilización de cláusulas generales, de acuerdo a la concepción de que el Código Civil es un verdadero “*eje del derecho privado*”¹.

La disciplina de la libertad contractual², la personalidad jurídica, la responsabilidad civil y el derecho de propiedad obedecieron la directriz de que la actividad judicial debe ser más creadora, destinada a complementar el *corpus juris* vigente, con nuevos principios y reglas. El juez debe ser un legislador para el caso concreto. En ese sentido, el Código Civil adquiere, progresivamente, mayores dimensiones que los códigos que tienen la pretensión, siempre imposible de ser lograda, de encerrar en su disposición el universo del derecho.

La orientación metodológica de los trabajos de la Comisión Elaboradora del Código Civil es punto de partida para la comprensión del lenguaje del Código, pues, a pesar de que el anteproyecto haya sido elaborado por una comisión, la “ordenación sistemática” y estructuración del lenguaje fueron tarea de Miguel Reale.

Luego de la elaboración individual de cada parte del trabajo, cupo a Miguel Reale la tarea de efectuar tal ordenación, que consistió en una especie de unificación de lenguaje. Tal tarea fue considerada por Reale un “*proceso hasta cierto punto inédito, marcado por la adherencia a los problemas concretos de la sociedad brasileña, según un plan preestablecido de sucesivos pronunciamientos por parte de las personas y categorías sociales a que la nueva ley se destina*”³.

La llamada “*adherencia a los problemas concretos de la sociedad brasileña*” fue lo que determinó el “*sentido de socialidad y concre-*

1 Expresión originalmente concebida por Clóvis do Couto e Silva, en el clásico texto *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*, Revista *Ajuris*, vol. 40 (1987).

2 Sobre la materia, ver Manuel de La Puente y Lavalle, *El Contrato en general*, vol. XI, Tomo II (Pontificia Universidad Católica del Perú–Fondo Editorial, Lima, 1998); Manuel de La Puente y Lavalle, *Nuevas tendencias en la contratación moderna*, Revista *peruana de derecho de la empresa, contratos y empresa*, 30 (1988); Manuel de La Puente y Lavalle, *Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor*, *Contratación privada* (Jurista Editores, Lima, 2002).

3 Miguel Reale, *Exposição de Motivos*, Diário do Congresso Nacional (Seção I), Suplemento, 14 de septiembre de 1983, 115.

ción, *los dos principios que fundamentalmente informan y legitiman la obra programada*⁴.

A partir de esos dos principios, Reale propuso que se abriera espacio a las “*abstractas reglas de derecho*” para la “*acción constructiva de la jurisprudencia*” y para la aplicación de “*valores éticos, como los de buena fe y equidad*”⁵.

Llevando en consideración esos aspectos, este artículo trata del análisis de los orígenes doctrinarios de la función social de los contratos, para comprender cómo las ideas presentadas en el proyecto de Código Civil fueron recibidas en las dos Casas Legislativas que aprobaron el proyecto. El objetivo es cuestionar el grado de veracidad de la “*adherencia*” del proyecto, y por lo tanto de la cláusula general en comento, a la realidad social brasileña.

Esa proposición adquiere importancia si tomamos en cuenta que una de las directrices más importantes consideradas por Reale en la Exposición de Motivos fue “*la de aliar las enseñanzas de doctrina y de la jurisprudencia al derecho vivido por las diversas categorías profesionales*”⁶.

4 Ib., 115.

5 Reale afirma que, luego de la realización de su revisión, uno a uno los artículos fueron leídos, examinados y muchas veces modificados en reunión en que estuvo presente toda la Comisión, realizada a fines de diciembre de 1970 en la ciudad de Campos do Jordão, oportunidad en que la Comisión acogió las alteraciones insertadas por Reale. Miguel Reale, op. cit., 114.

La afirmación de que el Código Civil fue elaborado de manera “*adherente*” a la realidad es una cuestión que puede ser objeto de controversia, principalmente considerando que el proyecto fue presentado en una época de fuerte represión política, razón por la cual recibió el veto de ser inconstitucional (José de Farias Tavares, *Projeto de Código Civil inviável, Revista de Informação Legislativa*, 115, 527 [1992]) y de haber sido aprobado en el apagar de las luces de la dictadura militar (Orlando Gomes, *Código Civil: Projeto Orlando Gomes* [Forense, Rio de Janeiro, 1985]), según lo referido.

El argumento presentado por la Comisión para sustentar el carácter “*democrático*” y “*plural*” del proyecto fue su publicación en dos oportunidades (1972 y 1974) antes de la presentación como Anteproyecto 634-B, así como en razón del aprovechamiento de los proyectos anteriores, sumado a la participación de inúmeros juristas, profesores, abogados, empresarios, órganos públicos y otros muchos que eventualmente permanecieron anónimos, pero que enviaron sugerencias para la Comisión.

6 Miguel Reale, op. cit., 116. La tentativa de demostración del acogimiento de las diferentes manifestaciones sociales fue la elaboración de más de 300 enmiendas por la propia comisión, luego de las dos publicaciones, lo que fue resultado de congresos, sugerencias y discusiones ocurridas en la sociedad brasileña. Hechas tales enmiendas, el anteproyecto fue enviado a la Cámara de Diputados. Al respecto, Reale afirma que “*si el Derecho es, antes de todo, fruto de la experiencia, bien se puede afirmar que nuestro trabajo trae la marca de esa orientación metodológica esencial*”.

I. METODOLOGÍA DE LA COMISIÓN APLICADA AL RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

En la fijación de las directrices del derecho de las obligaciones, Reale afirma que fue preservada la estructura elaborada por Agostinho Alvim, habiendo efectuado modificaciones para acentuar las “*exigencias de socialidad y concreción, en consonancia con el imperativo de la función social del contrato, ad instar de lo que se da con el derecho de propiedad*”⁷.

De manera general, en el ámbito del derecho de las obligaciones, las grandes directrices fueron las siguientes:

a) mantener la sistemática y organización de las reglas del Código Civil de 1916;

b) armonizar las reglas del incumplimiento con los artículos que tratan de las directrices ético-sociales en materia de responsabilidad civil;

c) “*tornar explícito, como principio condicionante de todo el proceso hermenéutico, 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. Se trata de precepto fundamental, dispensable tal vez bajo el enfoque de una estrecha comprensión positivista del derecho, pero esencial a la adecuación de las normas particulares a la construcción ética de la experiencia jurídica*”⁸;

d) actualizar las reglas relativas a la compra y venta, manteniendo rigurosa distinción entre validez y eficacia;

e) crear nuevos tipos contractuales ya consagrados por la jurisprudencia y doctrina⁹;

7 Miguel Reale, op. cit., 122 y 123.

8 Ib., 123.

9 Ib., 124-125. En relación a los contratos en especie, Reale llama la atención para algunos contratos específicos, que fueron objeto de atención mayor por parte de la Comisión, entre ellos afirmando que las reglas de la agencia y distribución sirven para atender la propia ley especial “*que disciplina la materia bajo el título impropio de representación comercial*”. En lo que atañe al mandato y al depósito, se optó por tratar de sus formas onerosas y gratuitas, oportunidad en que las reglas del Código Comercial de 1850 se revelaron “*de plena actualidad*”. Según Caio Mario da Silva Pereira, la nueva tipología del derecho contractual deriva del proyecto de Código de Obligaciones, del cual fue coordinador, base para la inserción de los nuevos contratos del Código Civil vigente. El autor afirma que tal tipología fue constituida a partir de los hechos sociales y de la premisa de Ascareli, de que “*es el comerciante y no el jurista quien crea el Derecho Comercial*” (Caio Mário da Silva Pereira, *A nova tipologia contratual no direito civil brasileiro*, 281 *Revista Forense*, 107-132).

f) aportar al juez “poder moderador” para reducción de penas que transcurran del incumplimiento contractual;

g) aceptar la “revalorización de la moneda” en las deudas de valor, pero prohibir la corrección monetaria, siendo posible solamente en los casos de aumento progresivo de prestaciones sucesivas¹⁰;

h) limitar los efectos de la denuncia (párrafo único del artículo 473), en razón de la preocupación contra los “abusos del poder económico”¹¹;

i) desplegar el régimen de las obligaciones en la disciplina de la actividad negocial: mientras que en el derecho de las obligaciones se rigen los negocios jurídicos, en el derecho empresarial “*se ordena la actividad mientras se estructura para ejercicio habitual de negocios. Una de las formas de esa organización es representada por la empresa, cuando tiene por objeto la producción o la circulación de bienes o servicios*”¹²;

j) reducir los plazos de prescripción y clarificar la distinción entre prescripción y decadencia.

Tomando como ejemplo la prescripción, materia de extrema importancia para el derecho contractual, queda evidente la metodología de la comisión y su preocupación sistemática.

Se optó por decir que lo que prescribe es la pretensión y no la acción, teniendo en vista ser una solución “*más condeciente con el derecho procesal contemporáneo, que hace mucho superó la teoría de la acción como simple proyección de derechos subjetivos*”¹³.

Aunque Reale diga que reconoce poder tal materia ser cuestionada, afirma que la comisión efectuó una elección que abarcara todo el proyecto y, a partir de entonces, se tornó esencial la manutención del sentido técnico unívoco que fue atribuido a la palabra.

En lo que concierne a la reducción de los plazos, llama la atención la reflexión de Sérgio Porto, que cuestiona la reducción de plazos bajo el punto de vista de un regreso moral de la sociedad¹⁴.

10 Miguel Reale, op. cit., 124.

11 Ib., A propósito, ver Manuel de La Puente y Lavalle, *Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor*, Themis, 31, segunda época (Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995).

12 Miguel Reale, op. cit., 125.

13 Ib., 122.

14 Sérgio José Porto, *O projeto de Código Civil e o direito das coisas*, 794 *Revista dos Tribunais*, 42-43 (diciembre de 2001): “*La reducción de los plazos de prescripción (...) suscita una observación y una reflexión: la primera reside en la circunstancia de que, efectivamente, la tendencia*”

Tal reflexión necesita ser analizada en el contexto del Código Civil, pues se reviste de seriedad que justifica la contraposición entre lo que fue discutido por la comisión y los órganos del Congreso y tiene relación directa con la afirmación de “*adherencia del Código a la realidad*”.

La afirmación tiene sentido dentro del análisis culturalista, ya que la *ratio* de la ley es esencial para la comprensión de sus efectos, y en casos como el de la prescripción, es esencial para la interpretación. Aunque sea razonable afirmar que la reducción de los plazos de prescripción revela cierta relajación moral, esta no la establece el Código pero la sociedad, que por demás considera la seguridad jurídica un valor cuya importancia crece cada día que pasa.

Tal cuestionamiento no puede ser comprendido como una crítica dirigida a la ley, pues esta es simple reflejo de las transformaciones sociales y de la mayor necesidad de certeza que la sociedad moderna exige en comparación con la de la época de la aprobación del Código Civil de 1916.

Eso tiene relación directa con las constantes referencias a la “*adherencia a la realidad*” y a la concretización de la socialidad, pues las reglas respecto de la prescripción, así como las demás directrices dirigidas al derecho de las obligaciones, fueron moldeadas según la naturaleza de la sociedad que las moldeó.

La adherencia revela el sentido de socialidad, distinto de la idea de socialización. Reale afirma que la socialización provoca la “*pérdida de los valores particulares de los individuos y de los grupos*”, mientras la falta de concreción reside en la abstracción y en el abandono de “*características transpersonales o comunes a los actos humanos, siendo indispensable, al contrario, que lo individual o lo concreto se balancee y se dinamice con lo serial o lo colectivo, en una unidad superior de sentido ético*”¹⁵.

del Derecho Civil moderno parece estar al lado de la reducción de los plazos de prescripción; la segunda es de orden moral. Sobre el aspecto moral se utiliza de la autoridad del Prof. Ruy Cirne Lima, que sustentaba que el progreso moral es acompañado de la dilatación de los plazos de prescripción: ‘Es de ponerse en relieve que los plazos generales de prescripción tienden, con el progreso moral, a dilatarse, y no a disminuir’. ¿no sería lo opuesto? los plazos generales de prescripción, con el regreso moral, tienden a disminuir, sino a dilatarse”.

15 Miguel Reale, op. cit., 118.

Tal concepción reproduce la idea de eticidad, en razón del hecho de que la concepción de “socialidad” que fue positivada posea vínculo con el concepto de ética de la situación¹⁶.

Reale propone en la exposición de motivos que el Código tiene naturaleza operativa y “dinámica”. La dinámica deriva justamente de su flexibilidad conceptual, que permite que los modelos jurídicos se adapten a las transformaciones sociales mediante incorporación del trabajo de la hermenéutica: “De ahí el cuidado en salvaguardar, en las distintas partes del Código, el sentido plástico y operativo de las normas”¹⁷.

En otras palabras, la “estructura normativa concreta” del Código Civil no se vincula a “valores formales abstractos”, pero a valores que son identificados por el juez por detrás de la buena fe, de la equidad, de la probidad, de la finalidad social del derecho, de la equivalencia de las prestaciones etc., en un proceso “de permanente adecuación de los modelos jurídicos a los hechos sociales in fieri”¹⁸.

Es importante destacar que la expresión “estructura del Código”, cuando es usada por Reale, no significa el conjunto extrínseco de las normas, lo que fue llamado por P. Heck sistema externo, sino las “propias normas en su íntima y complementaria unidad”¹⁹, lo que caracteriza más el concepto de sistema interno²⁰.

II. EL LENGUAJE DEL CÓDIGO CIVIL: LA TÉCNICA DE LAS CLÁUSULAS GENERALES COMO INSTRUMENTO DE FUNCIONALIZACIÓN Y REALIZACIÓN DE LA SOCIALIDAD Y ETICIDAD

El 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.

16 Respecto al tema, ver Gerson Branco & Judith Martins-Costa, *Diretrizes Teóricas do Código Civil* (Saraiva, São Paulo, 2003).

17 Miguel Reale, op. cit., 119.

18 Ib.

19 Ib.

20 Un análisis del pensamiento de Philip Heck y su concepto de sistema externo es presentado por Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 55 y ss. (3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002).

El lenguaje fue una preocupación de la comisión, que no quería repetir lo que ha ocurrido en el Código Civil de 1916, en el cual hubo “*preferencia por la forma, en detrimento de la materia jurídica*”²¹.

La razón de la opción transcurrió de la imposibilidad de siempre alcanzar “*la composición de los valores formales con los de la técnica jurídica*”, ya que esta prima por la preservación de la “*certeza y seguridad*”²². Los límites impuestos por la estructura del lenguaje del Código de 1916 y su insuficiencia como instrumento normativo para solución de los conflictos típicos de la sociedad moderna fueron determinantes para la elección²³.

La comisión intentó preservar dentro de lo posible la contribución del propio Ruy Barbosa, en razón de la “*impeccable estructura idiomática*” del Código Civil de 1916, pero al mismo tiempo cambió ciertos preciosismos de lenguaje, ya que esta es dirigida a los “*protagonistas probables de la conducta regulada. Como el comportamiento de ellas implicará sanciones premiales o punitivas, mister es que la belleza formal de los preceptos no comprometa la clareza y precisión de aquello que se enuncia y se exige*”²⁴.

La correlación entre artículos mediante remisiones fue utilizada en situaciones especialísimas, para evitar una inducción hermenéutica específica cuando determinada disposición depende de la

21 Miguel Reale, op. cit., 119.

22 Ib. Respecto de la intención de preservación de la técnica jurídica y de la importancia del lenguaje para tal fin, es interesante la sintética crítica de Sérgio Porto respecto de la opción legislativa que orientó el lenguaje del nuevo Código Civil: “*El Proyecto de Código Civil, en lo que se refiere al derecho de las cosas, peca en los aspectos técnicos. (...) La mayoría de las imperfecciones apuntadas tal vez encuentre explicación en las palabras del eminente Prof. Miguel Reale, según las cuales el Código Civil, mientras Constitución del hombre común, debe ser redactado en el lenguaje del hombre común. Así por ejemplo, cónyuge supérstite pasa a ser cónyuge sobreviviente, invención, descubierta (mejor sería, entonces, encontrado), y así por delante*”. Sérgio José Porto, op. cit., 55.

23 Respecto de la problemática actual de la codificación y su relación entre seguridad jurídica, Antonio Hespanha presenta posición que en parte coincide con el intento de construcción de un lenguaje más pragmático para el Código Civil. En primer lugar afirma que aquellos que reclaman de la seguridad en la disciplina de los negocios son los mismos que proponen flexibilidad en la disciplina de las relaciones laborales y, por lo tanto, inseguridad, en el respectivo régimen jurídico. En segundo lugar, afirma que en el plano pragmático uno de los objetivos actuales es recuperar la “*intención democrática originaria del código, como derecho que habla a todos. Hablar, de nuevo, a todos, comporta, desde luego, cuestiones de mero lenguaje, como el de utilizar formas de expresión accesibles, no demasiado cargadas de un lastre técnico-jurídico frecuentemente sin otro sentido que el de seleccionar los locutores*”. Antonio Manuel Hespanha, *Código y complejidad*, 8. Disponible en: <http://www.hespanha.net> (25 de diciembre de 2003).

24 Miguel Reale, op. cit., 119.

totalidad del ordenamiento. El papel de vincular los artículos cabe más a la doctrina y jurisprudencia que al propio legislador.

No obstante la directriz de mantener el lenguaje en la medida de lo posible, la comisión se apropió de innovaciones de técnica terminológica de la teoría general del derecho, haciendo mejor distinción entre validez y eficacia, resolución y rescisión, ratificación y confirmación, entre otras.

A pesar de eso, la introducción de tales modificaciones no se dio en todos los puntos del Código Civil. Miguel Reale afirma que cupo a Moreira Alves la revisión final de la unidad de sentido de las expresiones utilizadas en el este²⁵. No obstante la afirmación de que en la Parte General “*se puede notar el celo y rigor con que se procuró determinar la materia relativa a la validez y eficacia de los actos y negocios jurídicos*”²⁶, no se puede dejar de identificar ciertas incongruencias, en especial en lo que atañe a la eficacia del pago²⁷.

Reale afirma que recurrió a las ideas de Kelsen para alejar la “*sinonimia entre juridicidad y licitud*”, teniendo en vista que aún los actos ilícitos son actos jurídicos, pues producen efectos jurídicos²⁸. Eso tuvo reflejo en las disposiciones de los artículos 186 y 187 del Código Civil, ya que se optó por la denominación “acto ilícito” en vez de “acto antijurídico”, pues la juridicidad regula las conductas que deben ser seguidas, así como la consecuencia de las conductas desconformes a las normas jurídicas. El concepto de licitud no

25 Miguel Reale, op. cit., 120.

26 Ib.

27 Los artículos 308, 309 y 310 tratan de la “*validez*” del pago, mientras el caso evidentemente es de eficacia. Sin embargo, la misma cuestión fue objeto de gran controversia en torno del artículo 307, que trata de la misma materia, habiendo sido, incluso, utilizadas las liciones de Ruy Barbosa respecto de la naturaleza transitiva, transitiva relativa o intransitiva del verbo importar. Agostinho Alvim, analizando el parecer de Ruy Barbosa respecto de la redacción del artículo 933 del Código Civil de 1916, afirma que “*Como se sabe, antes que el Proyecto fuera remitido a Ruy, él fue, primeramente, enviado a Carneiro Ribeiro, en nuestra opinión el mayor gramático que Brasil ya tuvo. Y este sensor conservó la redacción tal cual estaba*”. Sin embargo, la discusión respecto del lenguaje motivó una adecuación técnica que fue la sustitución de la expresión “*solo valdrá el pago*” por “*solo tendrá eficacia el pago*”, en razón de enmienda substitutiva del Relator General, acogiendo parecer de Miguel Reale para uniformización de la redacción con los demás artículos del Código. Ibrahim Abi-Ackel & Miguel Reale, *Emendas ao projeto de Código Civil – Pareceres da Comissão Elaboradora e revisora*, 61 (Reale), 78 (Agostinho Alvim) (Ministério da Justiça, Brasília, 1984). José Bonifácio Neto, *Justificação da emenda N° 316*, Diário do Congresso Nacional (Seção I), Suplemento, 14 de septiembre de 1983, 236.

28 Miguel Reale, op. cit., 121.

coincide con el de legalidad, pero con el de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Una de las consecuencias de la modificación en el lenguaje del proyecto fue la edición de normas abiertas, cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados y conceptos normativos localizados estratégicamente²⁹.

Aunque el significado de *función social, buena fe, naturaleza y bulto de las inversiones* tenga un núcleo sólido, que puede ser conocido abstractamente, hay un área periférica del significado de tales expresiones que solamente puede ser conocida en el análisis del caso concreto.

La característica de las cláusulas generales es su movilidad y capacidad de adaptarse a las transformaciones sociales, permitiendo que hechos no previstos por el legislador sean objeto de

29 La diferencia entre cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados y conceptos puramente normativos no es tarea fácil, pues hay límites tenues entre unos y otros. Sobre la materia ver Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico* (6ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988), así como Judith Martins-Costa, *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*, *Revista de Informação Legislativa*, 112, 13-32.

Las cláusulas generales describen hechos de manera genérica que no permiten la construcción de un silogismo perfecto con subsunción automática de los hechos del mundo con los hechos descritos en abstracto en la norma. Para su aplicación es preciso que el juez construya la regla del caso concreto tomando en consideración las peculiaridades del caso y el principio que se quiere realizar a través de la cláusula general, dentro de los límites dictados por el legislador. Ejemplo clásico de cláusula general está en el artículo 159 del Código Civil de 1916: "*aquel que por acción u omisión provocare daño a tercero (...)*". ¿Qué significa provocar daño a tercero? Se trata de cláusula general cuyo significado precisa ser completado en el caso concreto. Se utiliza el ejemplo del artículo 159 teniendo en vista la importancia que tal artículo tuvo para la evolución de la responsabilidad civil en el derecho brasileño. El hecho de ser una cláusula general permitió avances importantes en el curso del siglo XX, mediante la ampliación del concepto de daño, con el consecuente ensanchamiento del espectro de la responsabilidad civil y adecuación a los tiempos modernos, no obstante la regla haya permanecido sin modificaciones por casi un siglo.

Los conceptos jurídicos indeterminados son expresiones cuyo significado también requiere especificaciones según las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto, pero a diferencia de las cláusulas generales no se trata de un conjunto de hechos sino de expresiones que pueden estar presentes en cualquier parte de la norma, sea en la descripción de parte de los hechos en abstracto, sea en las consecuencias jurídicas. Ejemplo de concepto jurídico indeterminado es el de "*interesado*" de que trata el artículo 304 del Código Civil. Aunque la doctrina moderna ya haya fijado quién es o no interesado, deberá el juez, en el análisis del caso concreto, identificar si el concepto de interesado es o no adecuado a la situación que es puesta en juzgamiento.

Los conceptos puramente normativos son aquellos que no tienen referencia directa y concreta a situaciones fácticas sino a situaciones jurídicas y a conceptos eminentemente jurídicos. Ejemplo de eso es la referencia a "*contrato conmutativo*" del artículo 441, o la "*resolución*" de que trata el artículo 478 etc. A diferencia de los conceptos jurídicos indeterminados y de las cláusulas generales, los conceptos puramente normativos son definidos a partir de elementos dados por la ciencia jurídica y no a partir de hechos o de la parte de la ley en que es enunciado.

disciplina en el caso concreto. Los cambios sociales ocurridos con posterioridad a la edición de ley conteniendo cláusulas generales provocan alteraciones en la manera como la cláusula general debe ser rellenada, pues necesita estar conforme a la realidad puesta en litigio. Esa característica torna el texto legal elástico y abierto a las transformaciones sociales que puedan a ocurrir.

A largo plazo, la transformación de los patrones éticos vigentes en determinada realidad puede cambiar el propio núcleo de la cláusula general, sin rupturas y por medio de la definición gradual y de la distinción de lo que es “blanco” o “negro”, siempre con pasaje por el “gris”.

Sin embargo, no basta el simple texto legal para que una norma se torne realidad: es necesario que doctrina y jurisprudencia reconozcan las potencialidades de las cláusulas generales, “*no tomándolas como fórmulas vacías, preceptos destituidos de valor vinculante o meros consejos al intérprete, como podrían parecer a un pensamiento exegético*”³⁰.

Es bueno observar, a este respecto, que una concepción tradicional, una mentalidad estrecha y conservadora, elimina toda y cualquier posibilidad de utilización de cláusulas generales, que pueden ser transformadas en reglas de estricta casuística. Basta con ver en el derecho brasileño el caso del abuso del derecho, que ya estaba previsto en el artículo 160, I, del Código Civil, que considera ilícito el “*uso irregular del derecho*”, y en el artículo 1.531 del mismo Código³¹, ambos interpretados por la jurisprudencia como casos en que se exige dolo para caracterización del acto ilícito³².

O sea, no basta con que la ley disponga de determinada forma; es también necesario que los juristas tengan consciencia de su papel en la construcción de la normatividad.

Según ya se ha mencionado, las cláusulas generales fueron insertadas en el texto del Código de manera estratégica, para disciplinar

30 Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado, Sistema e tópica no processo obrigacional*, 350 (Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000).

31 “*Artigo 1.531. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o que equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação*”.

32 El Supremo Tribunal Federal interpretó el artículo de forma restrictiva, exigiendo dolo para su caracterización, al editar la Súmula 159 del Supremo Tribunal Federal. *Súmula 159. Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do artigo 1.531 do Código Civil*.

las materias más importantes y generales. De ahí, también, la importancia de una parte general, no solo del Código sino también de las obligaciones. La distribución de las cláusulas generales, sin embargo, no es uniforme, pues están puestas en las partes que exigen mayor “*ductilidad*”³³.

Eso provoca gran cambio en el método de aplicación judicial del derecho, pues el juez precisará comprender la composición del sistema para aplicarlo. El hecho de que el artículo 421 haya sido insertado en la apertura de todo el derecho contractual representa su importancia sistemática, tanto como representaba en el Código Civil de 1916 la ausencia de explicitación de los principios³⁴.

La cláusula general del artículo 421 tiene un papel que, primordialmente, consiste en regir todas las demás reglas del derecho contractual, estén ellas en el cuerpo del Código Civil o no, lo que le atribuyó un importante papel sistemático en el proceso de construcción de nuevas reglas a partir de los principios puestos en la ley, disminuyendo con eso el relativismo y la incerteza derivada de la ausencia de principios expresos³⁵.

Esa disposición contribuyó significativamente a cambiar el lenguaje del Código vigente en relación al Código de 1916, caracterizando un modelo jurídico que representa un nuevo lenguaje, representativo del contenido normativo de las fuentes del derecho. Los modelos son estructuras puestas en razón de los fines que deben ser realizados, por eso cada dispositivo legal que estructuró el proyecto tuvo papel similar al que tradicionalmente es atribuido a las cláusulas generales.

Así, los modelos como las cláusulas generales se desvinculan de la persona del legislador, de sus motivos iniciales, para que “*puedan*

33 Judith Martins-Costa, *O direito privado como um “sistema em construção”*, *As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*, *Revista de Informação Legislativa*, 139, 12, (2008).

34 Judith Martins-Costa, *Notas sobre el principio de la función social de los contratos*, *Revista Literária de Direito*, 17 (agosto-septiembre de 2004): “*La ausencia de explicitación de los principios, en el Código de 1916 era una ausencia elocuente: indicaba un cierto papel atribuido a los principios en la comprensión, construcción y en la aplicación del derecho. Estos no eran tenidos como verdaderas normas jurídicas, tenían papel apenas supletorio o argumentativo, siendo llamados a actuar apenas en el caso de lagunas, o para confirmar la razón de ser de determinada regla*”.

35 Judith Martins-Costa, op. cit. 17. Según la autora, la circunstancia de que el artículo 421 esté en la apertura del libro de los contratos “*evidencia el valor simbólico, operativo, de performance y prospectivo que adviene de la fijación, en la ley, de principios que ya fueron apuntados por la doctrina y expresados por la jurisprudencia*”.

atender, prospectivamente, a hechos y valores supervenientes susceptibles de situarse en el ámbito de validez de las reglas en vigor tan-solamente mediante su nuevo entendimiento hermenéutico (...) *La ley es más sabia que el legislador*³⁶.

Según Miguel Reale, la propuesta de la comisión fue la de sustituir un normativismo jurídico lógico-formal por un normativismo jurídico concreto, mediante la utilización de modelos jurídicos que comprenden en cada uno de sus dispositivos normativos un papel significativo para la hermenéutica jurídica, dirigida a la concreción. Además, el modelo no resulta solamente de formas prospectivas sino también de su situación dentro del ordenamiento jurídico, que es unitario y coherente.

Las cláusulas generales son nada más y nada menos que normas cuya vaguedad de sentido asume la función de integrar y sistematizar las demás normas del sistema, pues estas son “*una estructura integrante de hechos según valores*”³⁷, según la línea de la teoría tridimensional del coordinador del proyecto.

Las cláusulas generales que se destacan en el Código Civil como modificativas de la forma del tratamiento de la materia que regulan pueden ser identificadas, pero sin posibilidad de agotar una lista, ya que solamente la aplicación por la jurisprudencia indicará cuáles serán las cláusulas a utilizarse con las características y función para las cuales fueron creadas.

A modo de ejemplo, la referencia a la función social aparece en los artículos 186, 420, 1227, §§ 1, 2 y 4, 1238, 1241 y 2049, párrafo único; la referencia a la buena fe objetiva está en los artículos 112, 127, 163, 186, 421 y 764; las buenas costumbres, en los artículos 13, 121 y 186; la utilización de usos en los artículos 112, 428 y 431; la costumbre o costumbre del lugar es referida en los artículos 595, 614, 694, 700 y 871.

Además de las cláusulas generales, que son puntos de movilidad y de apertura del sistema para las modificaciones de la realidad, hay otras disposiciones legales que también tienen el sentido de ampliar su incidencia para hechos no previstos expresamente y cuya

36 Miguel Reale, *Fontes e modelos do direito - para um novo paradigma hermenéutico*, 31 (Saraiva, São Paulo, 1994).

37 Miguel Reale, op. cit., 35, observa que es concepto elaborado en 1940 en sus fundamentos del derecho y sustentado hasta hoy.

previsión no podría ser hecha por el legislador. En ese sentido, se debe subrayar que las cláusulas generales no constituyen el único método para la flexibilización y apertura del sistema, pues el empleo de términos indeterminados que no constituyen cláusulas generales también auxilia el proceso de funcionalización.

La consecuencia de eso es la apertura y la plasticidad de las normas legales que posibilitan una mejor aplicación judicial del derecho, apertura que también valoriza lo que Natalino Irti llamó “*reducción cuantitativa y exaltación cualitativa*” del contenido del Código Civil, como uno de los medios de defensa del Código Civil frente al fenómeno histórico de los microsistemas³⁸.

Por otro lado, las cláusulas generales en el contexto del Código Civil representan el agotamiento del modelo legislativo tradicional en razón de las tensiones insoportables provocadas por la avalancha de transformaciones sociales que continuamente modifican la base sobre la cual la ley incide³⁹.

Ejemplos de ese método vinculados a la funcionalización de los contratos son la atribución de la invalidez como sanción, en los términos del artículo 166, VI y VII, del Código Civil, y la desconsideración de la personalidad jurídica por el abuso de esta, según el artículo 50.

En el primer caso, el Código Civil superó la vieja regla del 145 del Código de 1916, que consagra la máxima “*pas de nulité sans règle*”, heredada del Código de Napoleón, para considerar, en el artículo 165, VI y VII, que es nulo el negocio jurídico que “*tenga*

38 Natalino Irti, *Letà della decodificazione*, 8 (4ª ed., Giuffrè, Milano, 1999). Irti afirma, en el capítulo nominado “*Come salvare il condice civile?*”, que “*la proposta di clausole generali, che, inserite nel codice civile, valgono a ristabilire unità di trattamento al sopra delle leggi particolari, affida al giudice la soluzione di un problema storico-politico. Si tratta, invero, non già della consueta dialettica di legge e giudizio, di regola generale e caso concreto, quanto del più profondo rapporto tra potere dello Stato e poteri dei gruppi: di quei gruppi — intendiamo — che ciedono ed ottengono statuti o tavole di prerogative. (...) Al di fuori del controllo di legittimità costituzionale, non c'è altro modo di ristabilire l'unità di trattamento giuridico, e così di tutelare la concreta eguaglianza dei cittadini, che un rigoroso sistema di rapporti tra potere dello Stato e potere dei gruppi*” (44). De cualquier manera, Irti, 20 años después de la primera edición de la obra supracitada, continúa atribuyendo al Código Civil un papel “*residual*” y no central en el ordenamiento privado.

39 Hespanha afirma que, aunque las cláusulas generales sean aperturas que particularizan, el lenguaje que generalizan del Código no contribuye para la reducción de la complejidad social, teniendo en vista que esta generalidad es insensible al cambio. Las cláusulas generales simplemente permiten soluciones más adecuadas a las situaciones concretas y particulares. Antonio Manuel Hespanha, op. cit., 3.

por objetivo fraudar ley imperativa” y cuando la ley “(...) prohíba la práctica, sin imponer sanción”.

El acto no necesita tener objeto ilícito, pero debe volcarse a realizar fin ilícito, o sea, ejercer una función considerada ilícita por el ordenamiento. A diferencia del régimen anterior, los fines no son exteriores al negocio jurídico sino elementos constitutivos de este. De la misma forma, la ley consideró la nulidad una sanción (en el sentido de consecuencia jurídica) general a todo y cualquier negocio jurídico, siendo prohibida su aplicación sin que haya previsión específica de efectos⁴⁰. Durante los trabajos legislativos, el relator general del proyecto en la Cámara observa que, por la estructura redaccional del inciso, la afirmación de que, prohibida la práctica, la ley lo declara nulo, “*la nulidad es la sanción*”⁴¹.

Consecuencia de eso es la instauración de una norma de carácter funcional que deja el sistema más completo y abierto. Completo, porque las conductas que sean vedadas por algún “*suporte fático*

40 La redacción del inciso VII del artículo 166 fue objeto de tres enmiendas de autoría del diputado Tancredo Neves, con el objetivo de modificar el dispositivo, a fin de suprimirlo y modificar el sentido de su texto. El objetivo principal fue el de disminuir la apertura de su redacción, para dejar más estricto su sentido. La crítica más contundente al artículo consiste en la enmienda 211, cuya redacción es la siguiente: “*En vista de lo expuesto, debe ser EMINENTEMENTE IMPUGNADO el dispositivo del Proyecto que, en su artículo 164, dice ser nulo el negocio jurídico ‘cuando la ley le prohíbe la práctica, sin imponer sanción’. Esa fórmula es doblemente contraria a la verdad jurídica: a) en primer lugar, porque, si se trata de una ley de carácter meramente declaratorio, puede ser impunemente derogada por las partes en sus contratos, poco importando estar escrita o no en forma prohibitiva. Su violación no importaría en penalidad alguna; b) en segundo lugar, el hecho de haber alguna pena contra una prohibición legal no significa que TAMBIÉN se sea impuesta la de nulidad, según la naturaleza del dispositivo violado*”. Tancredo Neves, *Justificação da emenda N° 211*, Diário do Congresso Nacional (Seção I), Suplemento, 14 de septiembre de 1983, 203. Redacción del comentario efectuada por el Desembargador Francisco Pereira de Bulhões Carvalho.

Además de tal enmienda, hubo otras, todas en el sentido de que tal disposición, en su parte final, era impropia, sea por las razones mencionadas arriba, sea porque “*los actos que la ley prohíbe sin la imposición de nulidad son válidos y producen todos sus normales efectos, pudiendo, sin embargo, sujetar al infractor a sanciones que transcurran de la inobservancia de la ley, sanciones esas que la propia ley puede prever. Y aún más, si la norma jurídica se limita a prohibir la práctica de un acto, sin imponer cualquier sanción por su violación, ese precepto no tiene carácter imperativo, constituyendo mera norma programática, con el mero efecto de exhortación o recomendación*”. Luiz Braz, *Justificação da emenda N° 214*, Diário do Congresso Nacional (Seção I), Suplemento, 14 de septiembre de 1983, 205.

Moreira Alves, al comentar la enmienda transcrita, menciona que en el ámbito del derecho privado no existe “*norma prohibitiva programática; tratándose de prohibición a la práctica de negocio jurídico, es evidente que la prohibición no se cierra en simples recomendación*”. Ibrahim Abi-Ackel & Miguel Reale, *Emendas ao projeto de Código Civil, Pareceres da Comissão Elaboradora e revisora*, 41 (Moreira Alves) (Ministério da Justiça, Brasília, 1984).

41 Ernani Satyro, *Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados*, Diário do Congresso Nacional (Seção I), Suplemento, 14 de septiembre de 1983, 549.

en abstracto” o por algún comando que no contenga previsión de consecuencia jurídica expresa, encuentran como resultado primero la nulidad del negocio jurídico, con todos los posibles efectos que las nulidades provocan.

Por otro lado, el sistema queda abierto para regular conductas que no fueron y no podían ser previstas en cualquier dispositivo legal. Si el negocio jurídico tiene por fin fraudar imperativo de ley, aunque el objeto sea lícito y no haya cualquier ilicitud, tal acto será nulo⁴².

El dispositivo del artículo 50 del Código Civil⁴³, que trata de la desconsideración de la personalidad jurídica, hace referencia a “*abuso de la personalidad jurídica*” en razón de “*desvío de finalidad*” y “*confusión patrimonial*”, expresiones cuyo significado exacto depende del conocimiento del caso concreto y de una actividad valorativa por parte del juez, sin que haya posibilidad de aplicación automática del dispositivo.

Tal dispositivo no es adecuado a la tradición del derecho estricto, pues establece límites a los casos en que el juez podrá desconsiderar la personalidad jurídica, pero exige que en el examen del caso concreto el juzgador establezca el sentido exacto de “*desvío de finalidad*” y “*confusión patrimonial*”.

Según será tratado adelante, la cláusula general de la función social produce efectos sobre la clásica afirmación según la cual la voluntad es criterio único para la definición del concepto de parte. En el caso del artículo 50, se tiene la imputación de la cualidad de parte, independiente del acto de voluntad, siempre que la personalidad jurídica sea utilizada para fines distintos de sus fines sociales. El abuso de la personalidad jurídica caracterizado por el desvío de

42 A modo de ejemplo, se pueden encuadrar aquí los casos de facturación de títulos con obligación de recompra o el pacto de retroventa, casos típicos de negocios fiduciarios, que tienen por fin esconder un mutuo con intereses arriba del porcentual legal o con garantía excesiva, negocios que evidentemente no cumplen su función social típica y, por lo tanto, con la cláusula general del artículo 421 del Código Civil.

No hay que hablar entonces de incidencia del artículo 187 del Código Civil, pues la falta de correspondencia entre el tipo social y el contrato lleva a la invalidez de la cláusula contractual. No se trata de ejercicio abusivo o disconforme con la finalidad, pues el pacto es inválido.

43 “*Artigo 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica*”.

las finalidades sociales deviene en que terceros se transformen en partes y asuman derechos y obligaciones⁴⁴.

El artículo 50 del Código Civil tuvo su redacción definitiva en el Senado, mediante la adecuación de la desconsideración de la personalidad jurídica a los parámetros construidos históricamente por la doctrina⁴⁵.

Entre los requisitos para la caracterización fue alejada como requisito único la funcionalización del derecho (“*sospecha de desvío*”

44 Reale afirma que la experiencia jurídica norteamericana creó la “disregard of legal personality, or legal entity, a fin de corregir abusos generados a la sombra de extremado apego a la autonomía de la voluntad”, lo que está previsto, en términos, en el artículo 50 del proyecto. La persona jurídica como realidad institucional, a la semejanza de la persona natural, acabó por ser transformada en medio de enriquecimiento ilícito por algunos individuos que la instrumentalizan en beneficio propio y perjuicio de terceros.

La opción por la verdad real, por el valor real, que se visó proteger mediante el modelo de la personalidad de la persona jurídica tuvo de ser rescatada. En tal rescate, se tuvo que convertir el modelo de la persona jurídica, sin ser necesario cambiar la ley,

45 Texto del anteproyecto: “*A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinaram a sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que caberá ao juiz, a requerimento do lesado ou do Ministério Público, decretar-lhe a dissolução.*”

Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente como os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração. Anteproyecto, Senado, 42.

La desconsideración de la personalidad jurídica en el anteproyecto y en la Cámara era caracterizada como una forma de disolución, como si fuera una penalidad para el desvío de finalidad de la personalidad jurídica, lo que no fue aceptado por el Senado, que optó por la desconsideración sin que sea operada la disolución de la sociedad, circunstancia que remite el estudio de la materia para el ámbito de la eficacia de las relaciones contractuales, no obstante pueda “*cierta relación*” nacer hipotéticamente de otra fuente que no sea un contrato.

La justificación para tal tratamiento fue, en primer lugar, la necesidad de preservación de la sistemática, ya que los dispositivos en que el proyecto trataba de la disolución no incluían el abuso de la personalidad, y, en segundo lugar, en razón de la necesidad de que la preservación de “*criterios éticos en el conjunto de las relaciones asociadas recomiendan esa caracterización en un Código Civil nuevo*” (Josaphat Marinho, *Parecer Final do Relator e da Comissão Especial sobre o Novo Código Civil no Senado Federal, Emenda do Relator N° 375-R* [1987]).

El relator invocó la doctrina de Rubens Requião para afirmar que la desconsideración de la personalidad jurídica no involucra “*la anulación de la personalidad jurídica en toda su extensión, pero apenas la declaración de su ineficacia para determinado efecto en caso concreto*”. Por eso, “*es preciso dejar bien caracterizado el hecho de que los efectos de la desconsideración de la personalidad jurídica son meramente patrimoniales y siempre relativos a obligaciones determinadas, pues la persona no entra en liquidación. La mención genérica a relaciones de obligación se justifica por el hecho de que el derecho del demandante puede ser fundado en un delito civil y no en contrato*”. Josaphat Marinho, *Parecer Final do Relator e da Comissão Especial sobre o Novo Código Civil no Senado Federal, Emenda do Relator N° 375-R*. (1987). Citación de Rubens Requião, *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*, 410 *Revista dos Tribunais*, 17 (1969).

El relator utilizó también las lecciones de Fábio Konder Comparato para justificar que en el caso no se estaría consagrando la despersonalización sino la desconsideración de la personalidad jurídica (Fábio Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, 283 [3ª ed., Forense, 1983]).

de función”), como en el caso de la función social de los contratos, teniendo en vista la gravedad del instituto. Se acogió la sugerencia de Fábio Konder Comparato, a quien cupo la redacción final del dispositivo, habiendo justificado el aumento de los requisitos de la personalidad: “*el abuso puede también consistir en la confusión entre el patrimonio social y el de los socios o administradores, aunque mantenida la misma actividad prevista, estatutaria o contractualmente*”.

En lo que atañe al alcance del dispositivo, la redacción fue hecha de manera que respetara la “*extensión de los efectos*”, para dejar claro que la persona pasa a responder juntamente con los socios o administradores, aunque “*en la práctica, como es obvio, se recurra a la superación de la personalidad porque los bienes de la persona jurídica no bastan para satisfacer la obligación*”⁴⁶.

La concepción de desconsideración de la personalidad jurídica adoptada tiene relación directa con la “*función social*”, ya que la idea de “*desvío de finalidad*” está relacionada a la razón de ser de las personas jurídicas: la separación patrimonial entre los bienes de la persona jurídica y de sus socios, cuotistas o accionistas⁴⁷.

Entre otras consecuencias, en el plano del derecho contractual, el principal efecto es la imposibilidad de que los administradores y/o socios y cuotistas de la persona jurídica invoquen el principio de la relatividad de los efectos de los contratos, para alejar de sí

46 Josaphat Marinho, *Parecer Final do Relator e da Comissão Especial sobre o Novo Código Civil no Senado Federal, Emenda do Relator N° 375-R*. (1987). Citación de Fábio Konder Comparato en la justificación de la redacción del actual artículo 50 del Código Civil.

47 La disposición legal posee dos partes. La primera estableciendo cuáles son las condiciones para que el juez desconsidere la personalidad jurídica y la segunda estableciendo los efectos de la desconsideración. Las condiciones para la desconsideración son simples: “*desvío de finalidad, o por la confusión patrimonial*”. Ambos casos tratan de una sola condición: desvío de finalidad de la persona jurídica, pues la confusión patrimonial es una de las formas de desvío de la finalidad de la persona jurídica. Independientemente de la naturaleza empresarial o civil, y aun de la forma adoptada por la persona jurídica, su finalidad primera es la separación patrimonial entre los bienes de la persona jurídica, de sus socios o asociados. La desobediencia a los fines específicos para los cuales la persona jurídica fue constituida no justifica la desconsideración de la personalidad jurídica. Esos fines son esenciales para la constitución e interesan a los participantes de esa sociedad y también a las autoridades públicas que pueden controlar el ejercicio de determinadas actividades, sean profesionales o no.

El desvío de finalidad de que trata el artículo es el desvío de la “*finalidad de la persona jurídica*” de manera general, que es la separación patrimonial para determinados fines. Esta es la finalidad social de la persona jurídica, e irrespetarla podrá dar lugar a su desconsideración. Habiendo desconsideración de la personalidad jurídica, la consecuencia no es el fin de la personalidad, tampoco la disolución de la sociedad sino la ineficacia de la personalidad jurídica como instrumento de “*separación patrimonial*”.

obligaciones que contractualmente solamente caben a la persona jurídica.

Pasan los socios, cuotistas y administradores a ser considerados partes de las relaciones contractuales, quedando obligados al cumplimiento de todos los deberes y obligaciones que de ellas deriven⁴⁸.

Ese ejemplo es revelador de la metodología de la estructuración sistemática del Código Civil y de la forma como fue enfrentada la cuestión de la funcionalización de los modelos jurídicos por el uso de cláusulas generales, que exigen del juzgador una actividad que no es meramente la de interpretar sino también de integrar el derecho, creando un enunciado de adecuación en el caso concreto.

Es en la elaboración de la premisa menor, para verificar la incidencia de la premisa mayor (disposición legal), que ocurre el proceso de valoración y cognición compleja de hechos valiosos que permiten afirmar el papel creador del juez en la aplicación de la ley. Además de interpretar, es necesario crear una serie de enunciados conjugados y complejos para que el juzgador establezca los hechos necesarios para caracterizar *abuso de la personalidad* y para que, en caso de que se configure este, cuáles serán los efectos que alcanzarán los bienes de los socios o administradores de la persona jurídica⁴⁹.

El tratamiento jurídico de la persona no aleja la atribución de valor fuente de todo el sistema de derecho privado. La persona fue disciplinada como “*invariante axiológica*” en la terminología de Miguel Reale, cuyas ideas, en especial las que tratan del culturalismo, son fundamentales para comprender cómo es posible el

48 Aunque el Código Civil no la mencione expresamente, la desconsideración de la personalidad jurídica no implica solidaridad sino obligación subsidiaria, derivada del artículo 50, que establece una formalidad para que haya desconsideración de la personalidad, que es una declaración judicial.

Por eso, no es posible que las obligaciones sean exigidas indistintamente de la parte o de la sociedad, sino que ha de apelarse a un juez que desconsidere la personalidad para que los socios o cuotistas sean obligados subsidiariamente a responder por las obligaciones de la persona jurídica. Queda en vigencia la regla, en ese particular, de que no hay solidaridad sin disposición legal o contractual expresa.

Ese, sin embargo, es el régimen general de la desconsideración de la personalidad jurídica, que evidentemente no es el mismo que está puesto en el Código de Defensa del Consumidor, tampoco en el derecho del trabajo y en el derecho tributario, que siguen principios y reglas distintas.

49 Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 75 y ss. (6ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988).

funcionamiento de modelos jurídicos que tienen carácter fundante, como son la persona y la propia libertad de contratar, temas indisociables en la concepción culturalista adoptada por el actual Código Civil brasileño.

CONCLUSIÓN

Las consecuencias del acogimiento de tal método de trabajo por la comisión elaboradora del Código Civil brasileño resultó en la estructuración de los artículos de la ley, incluso el artículo 421 del Código Civil, de manera abierta y flexible, cláusula general cuya función sistemática es múltiple, así como:

a) funcionalización de modelos jurídicos que son orientados por valores: la cláusula general de la función social de los contratos pone el contrato a servicio de la realización del principio de la socialidad;

b) el principio de la socialidad es rector de los principales modelos jurídicos conexos al contrato: personalidad jurídica; empresa y propiedad;

c) acogimiento de la ética de la situación, como mecanismo de aplicación de las cláusulas generales y del criterio para aplicación judicial del derecho, mediante la reiterada referencia a “usos del lugar”, “naturaleza de la operación económica” etc.;

d) estructuración de la cláusula general de la función social de los contratos a partir de la concepción de la dialéctica de complementariedad, que permite la convivencia entre “función social del contrato” y “libertad de contratar” en un mismo dispositivo legal, como síntesis valorativo de sentido; e

e) integración de la función social de los contratos con la actividad empresarial, pues el empresario es persona que tiene por profesión celebrar contratos, ya que la “actividad” que caracteriza la empresa es instrumentalizada, principalmente, por la contratación de manera profesional y habitual.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Abi-Ackel, Ibrahim & Reale, Miguel, *Emendas ao projeto de Código Civil – Pareceres da Comissão Elaboradora e revisora* (Ministério da Justiça, Brasília, 1984).
- Branco, Gerson & Martins-Costa, Judith, *Diretrizes Teóricas do Código Civil* (Saraiva, São Paulo, 2003).
- Canaris, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* (3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002).
- Comparato, Fábio Konder, *O poder de controle na sociedade anônima* (3ª ed., Forense, 1983).
- Engisch, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico* (6ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988).
- Gomes, Orlando, *Código Civil: Projeto Orlando Gomes* (Forense, Rio de Janeiro, 1985).
- Hespanha, Antonio Manuel, *Código y complejidad*. Disponible en: <http://www.hespanha.net> (25 de diciembre de 2003).
- Irti, Natalino, *L'età della decodificazione* (4ª ed., Giuffrè, Milano, 1999).
- De La Puente y Lavalle, Manuel *El contrato en general*, vol. XI, Tomo II (Pontificia Universidad Católica del Perú–Fondo Editorial, Lima, 1998).
- Martins-Costa, Judith, *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópicos no processo obrigacional* (Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000).
- Reale, Miguel, *Fontes e modelos do direito - para um novo paradigma hermenêutico* (Saraiva, São Paulo, 1994).

Contribuciones en obras colectivas

- De La Puente y Lavalle, Manuel *Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor*, en *Contratación Privada* (Jurista Editores, Lima, 2002).

Revistas

- Da Silva Pereira, Caio Mário, *A nova tipologia contratual no direito civil brasileiro*, 281 *Revista Forense* (1983).
- De La Puente & Lavalle, Manuel, *Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor*, 31 *Themis*, segunda época. Revista editada por estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (1995).
- _____, *Nuevas tendencias en la contratación moderna*, 30 *Revista peruana de derecho de la empresa, contratos y empresa*, (1988).
- Do Couto & Silva, Clóvis, *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*, 40 *Revista Ajuris* (1987).
- Martins-Costa, Judith, *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*, 112 *Revista de Informação Legislativa* (1991).

- _____, *O direito privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*, 139 *Revista de Informação Legislativa* (2008).
- _____, *Notas sobre el principio de la función social de los contratos*, *Revista Literária de Direito* (agosto-septiembre de 2004).
- Porto, Sérgio José, *O projeto de Código Civil e o direito das coisas*, 794 *Revista dos Tribunais* (diciembre de 2001).
- Tavares, José de Farias, *Projeto de Código Civil inviável*, 115 *Revista de Informação Legislativa* (1992).

Normatividade internacional

- Bonifácio Neto, José, *Justificação da emenda N° 316*, *Diário do Congresso Nacional (Seção I)*, Suplemento, 14 de septiembre de 1983.
- Braz, Luiz, *Justificação da emenda N° 214*, *Diário do Congresso Nacional (Seção I)*, Suplemento, 14 de septiembre de 1983.
- Marinho, Josaphat, *Parecer Final do Relator e da Comissão Especial sobre o Novo Código Civil no Senado Federal*, Emenda do Relator N° 375-R. (1987).
- _____, *Parecer Final do Relator e da Comissão Especial sobre o Novo Código Civil no Senado Federal*, Emenda do Relator N° 375-R. (1987). Citación de Rubens Requião, *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*, 410 *Revista dos Tribunais*.
- _____, *Parecer Final do Relator e da Comissão Especial sobre o Novo Código Civil no Senado Federal*, Emenda do Relator N° 375-R. (1987). Citación de Fábio Konder Comparato en la justificación de la redacción del actual artículo 50 del Código Civil.
- Neves, Tancredo, *Justificação da emenda N° 211*, *Diário do Congresso Nacional (Seção I)*, Suplemento, 14 de septiembre de 1983. Redacción del comentario efectuada por el Desembargador Francisco Pereira de Bulhões Carvalho.
- Reale, Miguel, *Exposição de Motivos*, *Diário do Congresso Nacional (Seção I)*, Suplemento, 14 de septiembre de 1983.
- Satyro, Ernani, *Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados*, *Diário do Congresso Nacional (Seção I)*, Suplemento, 14 de septiembre de 1983.