

LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO: JUSTICIA DISTRIBUTIVA VS. EFICIENCIA ECONÓMICA*

*Luciano Benetti Timm***

Resumen: Este artículo analiza el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia del Brasil sobre la interpretación del art. 421 del Código Civil, que transmite la idea de la función social de los contratos. La doctrina generalmente asocia este concepto al modelo paternalista del Derecho Contractual y a la justicia distributiva, inherentes al Estado Social. Procuero una lectura crítica del incipiente consenso acerca del significado de dicha función social, desde el punto de vista del análisis económico del derecho y su énfasis en la eficiencia y las consecuencias negativas del modelo paternalista.

Abstract: This paper deals with the current status in Brazilian legal scholarship in regard to the interpretation of Section 421 of the new Civil Code that provides for the social function of contracts. This provision is normally identified with the paternalist model of contract law and its idea of distributive justice, typical of the Welfare State legislation and policies. I suggest a critical

* Agradezco a ULBRA el apoyo financiero para la realización de mi Postdoctorado en la UC Berkeley. Agradezco asimismo al Prof. Dr. Robert Cooter por su orientación en mi investigación efectuada en el *Center of Law, Business and the Economy* de esa Universidad, así como a los allí Profesores, Melvin Eisenberg, Gillian Lester y Rachel Moran, por los comentarios a la primera versión en inglés; y a los Profesores Ejan Mackaay (Universidad de Montreal), Fernando Araújo (Universidad de Lisboa) y a todos los integrantes del Workshop de la Escuela de Derecho de la FGV-Rio, dirigido por el Profesor Luis Fernando Schuartz, que leyeron la segunda versión de este trabajo.

** Postdoctor (U.C. Berkeley, EE.UU). Doctor en Derecho de los Negocios (UFRGS, Brasil). Maestría en Derecho (Universidad de Warwick, Inglaterra). Profesor Titular (PUC-RS). Profesor del Programa de Postgrado (ULBRA). Presidente de la Asociación Brasileira de Derecho y Economía (ABDE) y del Instituto de Derecho y Economía de Rio Grande do Sul (IDERS). Email: ltimm@cmted.com.br

reading of this provision from the Law & Economics stance and its emphasis on efficiency and the negative consequences of paternalism.

Introducción

El nuevo Código Civil brasileño, publicado en el 2002 y vigente desde el 2003, introdujo significativas innovaciones cualitativas en el Derecho Privado del Brasil,¹ entre las cuales la más controvertida es la del art. 421, que ahora dispone: “La libertad de contratar será ejercida en razón y dentro de los límites de la *función social* del contrato” (énfasis agregado).

Conforme las premisas metodológicas expuestas en la primera parte de este artículo, intentaré demostrar que pueden distinguirse dos paradigmas opuestos acerca de lo que debe entenderse por *función social* en el Derecho Contractual del Brasil, que emergen de la disputa sobre la interpretación del citado art. 421. Este debate no es sólo dogmático y tampoco consiste únicamente en la *revelación* del Derecho por parte de los juristas. En verdad, el conflicto entre ambos paradigmas sólo puede comprenderse si se comparan las diferentes concepciones de la sociedad y de la función de los contratos en su seno (en otras palabras, la *función social* de los contratos) inherentes a cada uno de los términos en disputa. El primer paradigma, que llamaré *modelo solidarista* (o *paternalista*,² como prefieren los juristas norteamericanos) está basado en una visión sociológica *colectivista* de la sociedad y, por consiguiente, de los contratos. Llamaré al segundo *modelo del Law & Economics* (Análisis Económico del Derecho) ya que se inscribe en la noción del individualismo metodológico, usual en la Economía, para interpretar lo que es un contrato y cuál es su función en la sociedad.

El paradigma paternalista será analizado en detalle en la segunda parte de este trabajo. Llamaré de ese modo a las corrientes que identifican la función social del contrato con el propósito de equilibrar los poderes económicos y fácticos de las partes, a fin de atender a la finalidad de justicia distributiva propia del Estado Social. Este paradigma –intentaré demostrar– conlleva un error teórico, en cuanto parte de una concepción desvirtuada

de lo que es el contrato, como práctica social, en la sociedad actual. Por no percibir correctamente lo que el contrato *es* en la realidad, el modelo falla al prescribir lo que el Derecho Contractual *debe ser* (y al proponer, sobre esa base, qué debe entenderse por función social del derecho Contractual).

En la tercera parte de este trabajo analizaré el paradigma del *Law & Economics* del contrato y de la sociedad, según se está elaborando en el Brasil sobre la base de algunas nociones usuales en esa corriente de pensamiento. Estas ideas se pueden encontrar, por ejemplo, en Zylbersztajn y Sztajn (2005), Castelar Pinheiro y Saddi (2005), y en los estudios introductorios realizados en los últimos dos años por el Grupo de Estudios de *Law & Economics* de la Pontificia Universidad Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Sus argumentos tienen cabida en recientes decisiones del Superior Tribunal de Justicia brasileño (STJ).³

Más adelante intentaré demostrar que el cuasi-consenso imperante en la doctrina brasileña yerra porque sostiene que la función social de contrato se funda en la idea de justicia distributiva y porque pretende, por la vía contractual, hacer *justicia social*.⁴ Argumentaré que este modelo se frustra porque se opone a las elementales conclusiones normativas del Teorema de Coase, ya que defiende la interferencia estatal sobre lo acordado entre las partes, lo que genera crecientes costos de transacción y obstaculiza, consecuentemente, un mejor aprovechamiento de los recursos de la sociedad.

De acuerdo con el modelo del *Law & Economics* del Derecho Contractual, la protección de los intereses sociales no siempre se identifica (ni se alcanza) con la intervención a favor de la parte más débil, en aquellos casos que exista un desequilibrio de poder de negociación entre los contratantes. Por el contrario, ejemplos recientes demuestran que la interferencia estatal en el espacio privado puede favorecer los intereses de la parte más débil en un litigio individual, pero perjudicar los intereses colectivos. Ello sucede cuando introduce distorsiones en el espacio público implicado en el mercado, que se estructura según las expectativas de los agentes económicos. Además, la redistribución producida por la intervención judicial en un contrato individual, beneficia única y totalmente a la parte favorecida por ella en un litigio, sin ningún resultado colectivamente benéfico para aquellos que, pese a estar

en la misma situación, no demandaron judicialmente con la misma finalidad. En cualquier caso, es posible prever que el incremento de costos derivado de la intervención pública en el contrato (y los perjuicios de la consiguiente disminución de operaciones en el mercado), puede concluir siendo trasladada a los consumidores, en su conjunto.

En este sentido, la excesiva intervención judicial en los contratos puede ocasionar un grado de inestabilidad jurídica y consiguiente inseguridad en ambiente económico, que determine un incremento significativo de los costos de transacción que deban afrontar las partes. En el mismo sentido, puede originar externalidades negativas (v.g., efectos perjudiciales que serán soportados por terceros). El riesgo de perder el litigio que afronta la parte más fuerte (o la pérdida efectiva del mismo) tiende a “salpicar” a otros o a ser trasladado a la sociedad, que acaba pagando por el sujeto presuntamente más débil y al que la intervención tiende a proteger, sin recibir en compensación una mejora en su bienestar. Estas situaciones ocurren paradigmáticamente con relación a las tasas bancarias y con los contratos de seguro (como ocurrió en casos de financiamiento de la soja en el departamento de Goiás, a los que me referiré con algún detalle, más adelante).

Esta discusión, en todo caso, puede nutrirse de la literatura del Derecho Contractual de los EEUU, básicamente, por tres motivos:

- a) El mismo debate ocupa a la literatura contractual norteamericana desde hace por lo menos treinta años, y presenta –en ese ámbito– una orientación más pragmática, más analítica y más rica intelectualmente que la de Europa, por lo que puede sugerir lecciones para Brasil, donde la discusión es todavía incipiente;
- b) El análisis económico del Derecho nació en las facultades norteamericanas;
- c) Los contratos son herramientas jurídicas destinadas a facilitar las transacciones en el mercado,⁵ de lo que se puede inferir que cuanto más desarrollado sea el mercado en una sociedad, más complejo será, correlativamente, su Derecho Contractual. En ese entendimiento, los EEUU no son solamente un paradigma sino un buen paradigma.⁶

Es cierto, no obstante, que existen diferencias entre el Derecho Contractual norteamericano y el brasileño que aconsejan cautela en el trasplante del debate académico. Sin embargo, las discrepancias entre ambos sistemas jurídicos (por lo menos en término al Derecho de los contratos) no deberían sobrevalorarse, especialmente cuando se trata de cuestiones genéricas, como lo es el caso de la función social del Derecho Contractual.

A continuación, y antes de abordar los argumentos más relevantes, intentaré dejar claras algunas premisas metodológicas. Estas aclaraciones no son esenciales, pero contribuirán a la mejor comprensión de mi argumentación, por lo menos desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho (o *jurisprudence*, para los versados en el *common law*).⁷

1. Premisas metodológicas: la trilogía derecho, ciencia jurídica y hechos

La ciencia evolucionó a partir del conflicto de teorías y paradigmas. Un paradigma sustituye a otro cuando aparece una nueva manera de pensar los problemas no resueltos por el paradigma vigente y un nuevo método para solucionarlos (Khun, 1982). Este proceso también ocurre en la *Ciencia del Derecho* (o doctrina jurídica). Cuando se logra una confluencia de ideas sobre los conceptos y los problemas que debe abordar el Derecho, se puede decir que se consolidó un paradigma jurídico. Frecuentemente, diferentes paradigmas colisionan entre sí y uno de ellos resulta dominante. Luego, pequeños ajustes y cambios lo perfeccionarán. Pero cuando las respuestas para los problemas surgidos no aparecen dentro del paradigma vigente, surgirán paradigmas alternativos que desafiarán a aquellos hasta entonces dominantes. Hay quienes denominan este proceso conflictos de ideologías;⁸ otros lo describen como un choque de discursos (Laclau, 1990) o como disputas de poder entre los jugadores de un mismo campo.⁹ Esas cuestiones, sin embargo, exceden el propósito de este artículo.

Más allá de aquellas consideraciones generales, interesan a los fines de este trabajo los paradigmas de la doctrina jurídica, o sea, las disputas internas de la Ciencia Jurídica o conflictos entre juristas acerca de cómo caracterizar

e interpretar el Derecho. Para aclarar esta posición, asumiré que hay diferencia entre el Derecho (como sinónimo de Sistema Jurídico, v.g., conjunto de principios y reglas que se originan de la legislación y de la jurisprudencia) y la Ciencia del Derecho (la forma mediante la cual los principios y las reglas son interpretados y caracterizados por la doctrina jurídica).¹⁰ Lo que discutiré en este trabajo es la doctrina brasileña y no los cambios en el Derecho propiamente dicho (i.e., cambios legales). Sólo asumiré, a ese respecto, que los principios y las reglas se modifican a través del tiempo y que la doctrina jurídica debe explicar esos cambios del sistema jurídico.

La aludida separación entre Derecho y Ciencia es sólo metodológica, y constituye una forma de percibir mejor el objeto de estudio y la disciplina que estudia ese objeto. En el mundo real del campo jurídico, se pueden observar interconexiones entre la Ciencia del Derecho y el Derecho, entendido como sistema jurídico, en cuanto las teorías jurídicas dominantes usualmente influyen significativamente sobre las decisiones judiciales.

Cuando los problemas distributivos y sociales se resuelven de acuerdo al derecho positivo, es esperable que las disputas políticas y económicas pasen a ser disputas jurídicas. Por esa razón, la doctrina jurídica asume una tarea mucho más ambiciosa que la de describir el Derecho. No introduciré aún en la discusión cuestiones relativas a la neutralidad, a los intereses personales de los juristas, y a las disputas del poder en el *campo jurídico*. Al contrario, por ahora asumiré únicamente que la modificación de las normas y principios jurídicos efectuada por el Poder Legislativo, constituye una fuente del conflicto de paradigmas, en cuanto genera disputas doctrinarias acerca de la manera en que las normas deben ser interpretadas y aplicadas por los tribunales.

En cualquier caso, asumiré que el Derecho, entendido como conjunto de reglas y principios jurídicos (Derecho “en el papel” –*law in the books*–), se diferencia del Derecho entendido como un fenómeno o práctica social (*law in action*) (Timm, Cooter y Schafer, 2006). En este último sentido, las *hard social sciences*¹¹ están metodológicamente mejor equipadas que la *Ciencia* del Derecho para constatar lo que es el Derecho *como hecho*.¹² En este sentido, la *Ciencia* del Derecho y los juristas están más entrenados y son más precisos

en el análisis de las normas jurídicas, pero tienden a valerse de las *hard social sciences* para la descripción y observación de los hechos (Kelsen, 1967; Hart, 1997). La separación entre Derecho y hechos trae ventajas metodológicas para la mejor comprensión de los paradigmas en conflicto. Sin embargo, aseverar que el Derecho difiere de los simples hechos no significa decir que aquél sea *independiente* de los hechos. Lo mismo vale para la *Ciencia del Derecho* y las *hard social sciences*. Los diversos campos del conocimiento deben articularse entre sí para la mejor obtención de ciertos fines valiosos: aunque la Biología sea una disciplina diferente de la Química, ambas deben interactuar para que la Medicina pueda superar las enfermedades. En nuestro campo, si se asumen las premisas anteriores, se advierte que esta es una oportunidad clara para la interdisciplinariedad. Ese tipo de relación se extiende, por ejemplo, a las vinculaciones entre Derecho y Sociología, Derecho y Economía, Historia y Derecho, Derecho y Antropología, Filosofía jurídica, etc.

Lo expuesto puede aplicarse al Derecho de los contratos. He propuesto en otra ocasión la distinción metodológica entre el *contrato* (como un hecho, un intercambio económico) y el *Derecho de los contratos* (como un conjunto de reglas y principios), basada en la conocida obra de Roppo.¹³ Pero es posible incluir una tercera noción que integra la trilogía: la *Ciencia del Derecho Contractual* o doctrina del Derecho Contractual, que busca establecer modelos y paradigmas relativos a los fundamentos del Derecho Contractual y también interpretarlo, conforme las premisas que proporciona el estudio disciplinario sobre lo que sea un contrato, en cuanto hecho. Desde ese punto de vista, cuando se asume que el contrato es un intercambio, se aprecia que puede ser regulado de modos diversos en países diferentes.

El Derecho Contractual varía según los valores y la ideología de cada período y de cada sociedad. Adquirir un arma de fuego, por ejemplo, está permitido en los EEUU, pero no en Taiwán. Sin embargo, en ambos países la transacción podría ocurrir en contravención a las normas referentes al derecho de los contratos (*law in the books*). En este sentido, la compra de marihuana en las favelas de Río de Janeiro y su exportación a la ciudad de Los Ángeles *son contratos*, porque las transacciones existen, aunque sean ilícitas y no susceptibles de cumplimiento jurídico forzado.

Sobre esta base, se puede afirmar que la función de la *Ciencia* del Derecho Contractual (o doctrina del Derecho Contractual), consiste en sistematizar, explicar y confrontar los diferentes modelos y paradigmas correspondientes al Derecho “*en el papel*”, y compararlos con el *Derecho en acción*, aunque, en lo que hace a este último, los juristas tengan que valerse de otras ciencias sociales. Los juristas pueden consentir o disentir acerca de *lo que sea el contrato en nuestra sociedad* (Derecho en acción) y lo que son o deben ser las *reglas de Derecho Contractual*, su real significado y su justificación política o teórica (sean cuestiones morales, como la autonomía privada; valores económicos, como la eficiencia; o cuestiones éticas, como la distribución de riqueza), es decir, sobre el *derecho “en el papel”*. Este tipo de discusión tiene bpor resultado la concepción, consolidación y desarrollo de paradigmas o modelos contractuales.

En el campo del *Civil Law*, las disputas doctrinarias acerca de los significados y valores de los textos jurídicos que contienen el Derecho de los Contratos se vienen sucediendo desde hace más de dos mil años.¹⁴ Históricamente, el tipo de norma jurídica que los juristas del *Civil Law* están acostumbrados a estudiar son aquellas normas establecidas dogmáticamente de acuerdo con los derechos y obligaciones de las partes (tal como el *Code Civil Français* o, en Alemania, el *Bürgerliches Gesetzbuch*). En este modelo, la función de la *Ciencia* del Derecho consiste en interpretar el texto gramatical y sistemáticamente, según alguna teleología, para orientar a los tribunales en su tarea de dirimir contiendas conforme el sistema jurídico. Los grandes *civilistas*, como Domat y Pothier en Francia, y Savigny y Windscheid en Alemania, se formaron sobre la base de esta tradición y desarrollaron el llamado modelo clásico de Derecho Contractual.¹⁵ Esta línea de pensamiento no otorga relevancia a la discusión de ciertas cuestiones empíricas, como la indagación acerca de lo sea un contrato *en las prácticas sociales (law in action)*. Al contrario, se limita a derivar una doctrina del Derecho Contractual a partir de la Teoría General del Derecho (Scalise, 2007).

El crecimiento y consolidación de las ciencias sociales en el siglo XIX (como la Economía y la Sociología) y la madurez democrática alcanzada por los países del Occidente en el siglo XX, introdujeron innovaciones legis-

lativas y doctrinarias. Probablemente una de las más interesantes innovaciones fue la gradual introducción de normas *funcionales y promocionales*, principalmente a partir de la sanción de leyes de bienestar social, tales como la ley de locaciones, las leyes laborales, la Constitución programática portuguesa de 1976, el Código Civil italiano de 1942, las convenciones internacionales de Derechos Humanos, etc. Esta tendencia motivó entre los juristas de formación romano-germánica un debate crucial acerca del sentido mismo del Derecho, vale decir, sobre su función en la sociedad (Bobbio, 2007; Grau, 2007; Gordon, 1984:57; Weinrib, 1995:1-8). En este marco, el estudio interdisciplinario se ha constituido en un aspecto esencial. Estas consideraciones generales se aplican, muy especialmente al campo de los contratos en Brasil (y también al de los derechos de propiedad, aunque éstos no serán objeto de este trabajo), como demostraré más adelante.

Ajena a la influencia de la dogmática y de la tradición de la Teoría General del Derecho, libre de mayores influencias de los textos de los códigos o del formalismo (en buena parte, gracias a la jurisprudencia sociológica y el realismo jurídico. Ver Holmes, 1991; Pound, 1908:605), y con funciones y tradiciones muy diferentes, la doctrina norteamericana ha generado discusiones provechosas acerca de los contratos y del derecho Contractual. Muchas de estas discusiones encuentran su base en estudios interdisciplinarios.¹⁶ En los EEUU, el denominado modelo clásico de Derecho Contractual ha sido blanco de críticas durante los últimos treinta años. Este modelo asume que cada persona tiene conciencia de lo que es mejor para sí; que, por ese motivo, debe tener la libertad para negociar, dado que a través de la negociación procurará la satisfacción de sus fines del mejor modo. Asume, en consecuencia, que el contrato producto de esa negociación es la mejor expresión de la voluntad de las partes. Sostiene que los tribunales (léase el Estado) deben intervenir en la relación contractual sólo si el acuerdo concluido no fue el resultado de la libre voluntad de las partes (por ejemplo, por mediar dolo, violencia, error, etc.) o si se incumple el acuerdo. El Derecho Contractual clásico, en resumidas cuentas, tiende a ser dogmático y se concentra más en la fase de formación del contrato que en su función.¹⁷

El Profesor Farnsworth (2004:29) ha clasificado la reciente evolución de la doctrina del Derecho de los contratos norteamericano (Ciencia del Derecho) en al menos cinco modelos o paradigmas –como los he denominado– diferentes:

1. El paradigma del Law & Economics parte de la aplicación de conceptos económicos al Derecho Contractual. Fue inaugurado por Coase (1988) y desarrollado por Polinsky (1994), Cooter (2003), Posner (2007) y Shavell (2004), entre otros;
2. El paradigma histórico o evolutivo de Horwitz (1974; 1977), Atiyah (1979) y, tal vez, Gilmore (1995), intenta identificar el Derecho Contractual como la respuesta a las transformaciones políticas y económicas en la sociedad;
3. El paradigma paternalista busca aplicar las nociones de justicia distributiva y protección estatal en el campo de los contratos. Se incluyen en esta línea las obras de Ackerman (1971) y Kronman (1980; 1983) y de fundadores del movimiento denominado *Critical Legal Studies*, como Kennedy (1976) y Unger (1983);
4. El paradigma sociológico de Macneil (1978 y 2003; Speidel, 2000) y Macaulay (1963; 2000, y 2003) se vale de herramientas sociológicas empíricas y teóricas con el objetivo de investigar vinculaciones relacionales o de duración. Pone su énfasis en las relaciones más que en los instrumentos que soportan los contratos que les darían origen;
5. Los paradigmas morales de Fried (1981) y de Eisenberg (2001) apuntan a la voluntad de las partes y hacen del Derecho de los contratos la manifestación de su real y verdadera intención.

Según Posner (2003:829) y Farnsworth (2004) el paradigma del *Law & Economics* es el más difundido e influyente en los EEUU. El significado de esta afirmación es que los problemas teóricos identificados por los cultores de ese modelo y sus estrategias para solucionarlos se ha vuelto predominante en las facultades de Derecho de ese país. El Profesor Unger, uno de los opositores a este paradigma, comparte la misma conclusión (1983:563).

El debate sobre a la función social del Derecho Contractual ha alcanzado en Brasil una intensidad mayor que en Europa y se aproxima más al modo

en que se desarrolló en los EEUU, por dos razones. Primero, por la vigencia de la Constitución de 1988, con la creación de derechos que demandan del Estado prestaciones positivas (derechos sociales y económicos), y por la entrada en vigor del nuevo Código Civil de 2002, que dio lugar a intensos debates y disputas sobre los paradigmas de Derecho Contractual. Segundo, porque los cursos de postgrado en Brasil solamente comenzaron –de modo sistemático y bien estructurado– en la década de 1990, y permitieron incorporar profesores con dedicación exclusiva a la docencia y con una remuneración adecuada, que pudieran pensar en la academia como una profesión y no como un *hobby* o una vía de acceso a posiciones estratégicas en la burocracia estatal.

De hecho, el nuevo Código Civil brasileño trajo modificaciones significativas al Derecho de los contratos, especialmente la dispuesta en el art. 421 que prevé la necesidad de observar la función social de los contratos en el ámbito de la autonomía privada. Frente a una proposición normativa tan general, no sorprende que surjan disputas de paradigmas sobre lo que significa la *función social* del contrato.

A fin de dilucidar esta cuestión se deben tratar de modo separado, funciones diferentes implicadas en este campo.

En primer lugar, es posible distinguir la función social *del contrato* (*tout court*) en la sociedad. Se trata de una cuestión fáctica y se incluye dentro del *Derecho en acción*. Para su observación, dada la naturaleza del objeto implicado, corresponde recurrir a la interdisciplinariedad. La descripción de esta clase de hechos es el objeto de las *hard social sciences* (Sociología, Economía).

Algo diferente es la función social *del Derecho Contractual*. Su estudio constituye el objeto de análisis típico de la doctrina jurídica, en su intento de orientar a los jueces en la interpretación y aplicación del Derecho, sobre la base de una pocas premisas fácticas transplantadas de otras ciencias. Su naturaleza es esencialmente normativa.

A la luz de esta distinción, resulta difícil justificar el intento por evitar el aporte interdisciplinario frente una norma tan genérica como la que alude a la *función social*. No obstante, razones de precisión metodológica exigen distinguir cada uno de los objetos y campos de estudio.

2. El paradigma paternalista o distributivo: el cuasi-consenso acerca de la función social del derecho contractual

La doctrina brasileña pareciera estar arribando a un cierto consenso referente al sentido de la *función social* del contrato. Esa opinión cuasi¹⁸ dominante se observa a partir del relevamiento de los trabajos publicados en las principales revistas del Brasil entre 2003 y 2006.¹⁹ Una parte significativa de los mismos entiende la función social como la expresión, en el ámbito contractual, del deseo de *justicia social* propio del Estado de Bienestar constitucional. Se trata de una manifestación del fenómeno denominado *publicación, socialización o constitucionalización* del Derecho Privado, en razón del cual institutos tradicionalmente pertenecientes al Derecho Civil –como el contrato o el derecho real de dominio– pasan a ser orientados por criterios distributivos inherentes al Derecho Público.²⁰

El principio de la función social del contrato es visto, según este cuasi-consenso, como una necesaria limitación al principio de la libertad contractual (autonomía privada), idea ésta considerada individualista y anacrónica. En este sentido, la función social del Derecho Contractual vendría a garantizar la primacía de los intereses colectivos (sociales) sobre los intereses individuales. Se asume que los acuerdos privados reflejan las desigualdades sociales, y se infiere que la distribución de riqueza derivada de los contratos sería injusta si la negociación no fuera regulada “desde afuera” y se dejara al simple albedrío de las partes. Se concluye, entonces, que para promover la igualdad en la sociedad el Estado debe proteger la parte más débil de la relación contractual a través de la regulación heterónoma de los contratos para lograr una distribución más justa de los beneficios del contrato. Se trata, en suma, de un modelo que entiende que la idea de libertad contractual es una ficción, ya que no habría tal libertad contractual si existe, en los hechos, una disparidad aguda entre las partes.²¹

La difundida opinión sobre la *publicación* del Derecho Privado en Brasil puede explicarse por el trasplante de modelos europeos introducidos por profesores de Derecho, cuyas tesis de doctorado fueron realizadas en países *welfaristas* de Europa, principalmente en Francia e Italia, pero también en

Alemania, España y Portugal. Es sabido que, aún hoy, la cantidad de profesores brasileños que buscan, con el mismo objetivo, los EEUU (JSD-*Doctor of Juridical Science*)²² es significativamente menor. A título descriptivo, la referida socialización puede ser explicada también como un objetivo político del pensamiento de izquierda derivado de la tradición de los Derechos Humanos, que se formó durante el período dictatorial ocurrido en Brasil, y que se ha vuelto la visión predominante en los cursos de postgrado nacionales (Engelmann, 2007).

El contexto intelectual de esta especie de paternalismo en el Derecho de los contratos –del que me ocupé en un artículo anterior (Timm, 2006)– puede identificarse con el marxismo, la doctrina social-cristiana y sobre todo con la sociología colectivista y solidarista de Comte, Durkheim y Tonnies. Como ya mencioné, dado que la *Ciencia* del Derecho se concentra en las normas (en este caso, de Derecho Contractual) y se expresa por medio del discurso dogmático, deja sin explicitar sus supuestos. No obstante, para una efectiva comprensión de estas ideas corresponde develar tales supuestos y para ello resultan fundamentales las conclusiones de las *hard social sciences* sobre cuestiones fácticas, en especial, acerca del contrato como práctica social. Es posible inferir, a este respecto, que el modelo paternalista del Derecho Contractual brasileño se basa en la visión colectivista del contrato, para la cual éste no es el resultado de la voluntad de las partes, sino un hecho social *orgánico* que expresa la cohesión y solidaridad del tejido social en situaciones de acentuadas diferencias entre individuos de una comunidad. Para esta corriente, el individuo sería una función del sistema social, de la misma forma que el contrato es una función de la sociedad (Durkheim, 1980:60).

Cuando la solidaridad no brota espontáneamente en la sociedad hay anomia, lo que debe ser corregido por el Estado mediante una intervención que implica algún modo de coerción. Así, el Derecho Contractual resulta un modo de imponer tal solidaridad, por parte del Estado cuando ésta no resulta espontáneamente del orden social. Esta es precisamente la razón de la existencia de derechos sociales en el Estado Social, en cuyo seno la cooperación es un deber jurídico, no una obligación de naturaleza meramente

moral. El espacio público del mercado, de acuerdo a este pensamiento, es la anarquía, y no la coordinación de los comportamientos sociales (Lukes, 1977:38). Sobre la base de esta idea acerca de la interacción entre sociedad y mercado –que se encuentra en la obra de economistas y sociólogos como Swedberg (1985) y Granovetter (1985)– este paradigma paternalista entiende la función social del Derecho Contractual de modo tal que pone al contrato y al mercado en conflicto (como si el contrato fuera *diferente* del mercado; el contrato como un acto de solidaridad y el mercado como la supervivencia del más apto).

En este modelo paternalista, por lo tanto, la función social del Derecho Contractual consistiría en promover la solidaridad, corregir el desequilibrio de poder implícito en el contrato y distribuir el resultado económico de la relación entre las partes (*justicia social*). Por lo tanto se sustituye la regulación del contrato diseñada por los propios sujetos contractuales (autonomía) por la regulación del Estado (heteronomía), y se reformula la división del beneficio económico creado por el convenio. La intervención estatal se hace por la vía legislativa y por la revisión judicial de los contratos (Cappeletti, 1984).

Veamos primero la intervención legislativa. La legislación propia del Estado Social se caracteriza por una mayor abstracción de las normas jurídicas, expresadas en un lenguaje amplio con el fin de abarcar situaciones imprevistas que serán resueltas en el análisis de cada caso por los tribunales (Faria, 1998; Lopes, 1998). Frente a este panorama, un error frecuente es pensar que los jueces del *Common Law* tienen mayor libertad para crear el Derecho que los jueces del *Civil Law*. Por el contrario, los jueces brasileños se pronuncian con amplia libertad y sus sentencias sólo reciben control a través de las apelaciones a instancias judiciales superiores. Probablemente sea esta la razón por la cual el diagnóstico (o también, el pronóstico) elaborado por Gilmore concerniente a la “muerte del contrato”, encontraría clara cabida en Brasil. Sin embargo no es este el único punto de contacto entre la situación en ese país y el debate académico norteamericano. Adicionalmente, el paradigma paternalista del Derecho Contractual en Brasil asume implícitamente ideas básicas del movimiento denominado *Critical Legal Studies* en los EEUU. Ambos confluyen en la descripción de la presunta “ininteli-

bilidad” de la frontera entre el Derecho Público y el Privado, en su defensa de una racionalidad esencialmente *material* y no *formal*, y concuerdan en atacar el individualismo implicado en este campo.²³

En cuanto a la intervención judicial en los contratos, en Brasil, como es usual en los países de tradición romano-germánica en general, los jueces resultan fuertemente influenciados por la doctrina, que cobra un papel fundamental en la práctica jurídica (especialmente en los jueces de primera instancia).²⁴ Estas lecciones doctrinarias terminan por plasmarse en las sentencias de los tribunales. Es importante destacar que los fallos de los tribunales superiores no tienen fuerza vinculante (doctrina del *stare decisis*) en Brasil, con la excepción de las *súmulas vinculantes* del Supremo Tribunal Federal, introducidas por la Enmienda Constitucional N° 45 del 2004. Más aún, estas sentencias superiores tampoco ejercen persuasión moral o informal, al menos en la medida en que ello ocurre en algunos países de Europa y en la Argentina.

En un esmerado estudio, Pinheiro (2005:248) evidencia que una de las principales preocupaciones de los magistrados brasileños de primera instancia es la *justicia social*. Según su investigación, más del 70% de los jueces entrevistados prefieren hacer *justicia social* que aplicar la *letra fría* de la ley y del contrato. Eso se demuestra, por ejemplo, en la decisión del Tribunal de Justicia del departamento de Río Grande do Sul, que concluye: “La función social del contrato tiene por objetivo evitar la imposición de cláusulas onerosas y dañinas a los contratantes económicamente más débiles”.²⁵

En este sentido, sobre la base de la función social de los contratos, algunos jueces revisan los convenios guiados por el argumento político de proteger al débil contra el fuerte, o a la sociedad (por ejemplo, al mutuuario) contra la individualidad (por ejemplo, una institución financiera). Veamos, por ejemplo, el resumen de un fallo del Tribunal de Justicia del departamento de Rio Grande do Sul:

Sistema Financiero de la Habitación. Acción de revisión contractual. Plan de compromiso de renta. Planilla Price. Capitalización. Función social del contrato. Seguro.

Posibilidad de revisión y de adecuación del contrato, estableciendo el equilibrio en las relaciones existentes entre las partes, dentro de aquellos parámetros que confiere el Estado de Derecho y la función principal del Poder Judicial.

(...) 6. Se excluye la incidencia desigual de la Planilla Price adoptándose el método de cálculos de interés simple, con el objetivo de evitar el anatocismo y la progresión geométrica y exponencial de los intereses.²⁶

En el caso comentado, como sucede idénticamente en miles de otros casos en la justicia *gaúcha*, el Tribunal declaró inaplicables ciertas previsiones de un contrato de financiamiento habitacional suscripto entre una institución financiera y un mutuario, con el propósito de generar un cierto tipo de equilibrio en el contrato. Entendió el Tribunal que la Planilla *Price* (método de cálculo de interés propio de la matemática financiera), utilizada para calcular los intereses en el caso, era abusiva, porque generaría la incidencia del cobro de interés sobre interés (anatocismo) que conforme el referido Tribunal, está legalmente vedado.

En esta misma línea, el Tribunal prohibió la interrupción del abastecimiento de agua y energía eléctrica, aunque el corte del servicio por falta de pago estuviera expresamente permitido por las leyes de servicios públicos de agua y electricidad en general, y expresamente previsto en los contratos hechos por las partes relativos a esos servicios, por entender que vulneraba la dignidad de la persona humana.²⁷

En idéntico sentido, en la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia se ha debilitado el derecho real de hipoteca de los bancos que otorgaban líneas de crédito a empresas constructoras. El STJ, en más de una ocasión, prefirió proteger los intereses del adquirente del inmueble y dictó sentencias que a su entender cumplían dicha finalidad.²⁸ En estos casos, la constructora había obtenido financiamiento bancario para la construcción de un edificio, y había garantizado el préstamo con hipoteca sobre el bien construido, concomitantemente con el compromiso de compra y venta del futuro departamento, al adquirente final (lo que no está prohibido por ley). Así, la constructora recibía recursos del banco y de los adquirentes del inmueble, haciéndose de más capital de trabajo, lo que posibilitaba la construcción.

Los casos que llegaban a la decisión de STJ, se referían situaciones en las que la empresa constructora no cumplía con la devolución del préstamo al banco que financiaba la operación, quien acababa por ejecutar la hipoteca, cosa que –evidentemente y según lo previsto– incidía sobre los inmuebles comprometidos a favor de los adquirentes.

3. El paradigma rival: la función social del contrato a partir de la perspectiva de derecho y economía

Asumiré aquí que el paradigma opuesto al solidarismo en el Derecho Contractual es el punto de vista del Análisis Económico del Derecho (*Law and Economics*), como suele asumirse en los EEUU, donde el debate se plantea entre los adherentes al *Critical Legal Studies* y al *Law and Economics*. Sostengo por un lado que, en tanto asume un individualismo metodológico, el paradigma del *Law and Economics* parte de una noción antagónica a la premisa de la visión paternalista, respecto de lo que el contrato *es* y de lo que el Derecho Contractual (y su función) *debe ser*. Además de esta oposición, el problema que divide a estos dos movimientos es la interpretación de la función social del Derecho Contractual. Desde una perspectiva del *Law and Economics*, el contrato, de hecho (o *como un hecho*), no es un eslabón solidario entre personas viviendo en una sociedad, sino una transacción de mercado en la cual cada parte se comporta de acuerdo a sus intereses, como si estuvieran en un juego armando sus estrategias. De esa forma, como explica la teoría de juegos, una parte solamente cooperará con la otra en la medida en que pueda disfrutar de algún beneficio proporcionado por el juego (a menos que el Derecho Contractual o la moral, entendidos como restricciones, impongan reglas que establezcan lo contrario).

Aunque se pueda –y suela– pensarse así, la existencia de intereses colectivos dignos de tutela en el campo de las relaciones contractuales no es soslayada por la literatura convencional del *Law and Economics*. El bienestar social, en una relación contractual individualizada, sólo puede ser identificado en el marco de la estructura del mercado al que se integra el contrato, o

según la clase de relaciones implicadas en un proceso. Vale decir, la sociedad o la *igualdad* no son representadas por la parte más débil de una relación contractual específica o por un demandante individual en un litigio igualmente individual, sino por la clase o cadena de personas integrantes de un mercado específico. Como dice el Profesor Cooter, comentando un *leading case* en los Estados Unidos:²⁹

Los abogados se preocupan por los casos concretos, mientras que los economistas se preocupan por las estadísticas. Estadísticamente, la protección paternalista a la Sra. Williams (consumidora que interpuso la demanda), por las restricciones legales al crédito, produce costos elevados para los consumidores pobres, considerados como clase (Cooter y Ulen, 2003: 282).

Metafóricamente, el contrato individual es el árbol mientras que el mercado (y el conjunto de interacciones sociales) es el bosque (Lopes, p. 82). En este sentido, en un contrato de financiamiento habitacional la sociedad está representada por la cadena o clase de mutuarios (y mutuarios potenciales), los cuales dependen del cumplimiento del contrato de aquél individuo para alimentar el sistema financiero habitacional, haciendo viable nuevos préstamos a quien los necesite.³⁰ Así, si hay una ruptura en la cadena determinada por incumplimientos contractuales, el grupo (la sociedad) perderá (quedará sin recursos y terminará por pagar un interés más alto). Ello sucederá también porque los bancos no prestan su dinero, sino la moneda que captan en el mercado.

Estas ideas se aplican también a los contratos de seguro. En estas operaciones es necesario generar un gran número de contratos análogos, a fin de formar el fondo colectivo que soportará el interés de todos los participantes, cuya satisfacción y seguridad dependerán en una gran medida de la preservación y del cumplimiento de esta red contractual.

Así, no se puede pensar en intereses sociales en una relación contractual individual y descuidar el ambiente general en que esta relación se celebra, que es indudablemente el mercado.³¹ Eso lo expone claramente Shavell (2004:294):

Se asumirá que, generalmente, el objetivo de los Tribunales es maximizar el bienestar social. Esto significa decir que, no pocas veces, las cortes actúan para promover el bienestar de las partes contratantes (...). Si, al contrario, hay otras partes afectadas por el contrato, entonces se asumirá también el bienestar de ellas, que no participan del pacto, de la misma forma, se asumirá que serán tenidas en consideración por los tribunales.

En este sentido, es necesario reconocer la existencia del mercado como marco en el cual los contratos ocurren. El mercado es un espacio público de interacción social que tiende a situaciones de equilibrio y surge como una institución espontánea, como un *hecho* social (Hayek, 1997). En palabras de Coase (1988:7) los mercados son “instituciones que existen para facilitar el intercambio de bienes y servicios, esto es, existen para que reduzca los costos de emprender dichas transacciones”. Se trata, en síntesis, de una premisa ampliamente aceptada, tanto que hasta la Ley de Defensa de la Competencia brasileña reconoce al mercado como un bien público.³²

Un corolario de lo expuesto es que el mercado no está separado de la sociedad como algunos afirman (Williamson, 1985; Granovetter, 1985; Malloy, 2004), sino que es un conjunto de vinculaciones que se tejen en su seno. En este sentido, como cualquier hecho social, puede ser regulado mediante reglas institucionales formales, especialmente por normas jurídicas, de un modo más o menos eficaz desde el punto de vista social y económico. Por todo esto, no parece atinado afirmar que el mercado sea algo artificialmente garantizado por el ordenamiento jurídico, como sostienen algunos que descreen del origen espontáneo de sus fuerzas.³³

En el marco de esta realidad que es el mercado, las partes contratantes son y deben ser individualistas (por lo menos en contratos empresariales y de consumo, aunque tal vez no pueda decirse lo mismo en convenios vinculados a las relaciones familiares). Cuando se vinculan, las partes intentan —obviamente— concluir el mejor negocio posible para sus intereses. Sobre esta sencilla base, la teoría de los juegos, además de explicar el comportamiento de los contratantes, contribuye al abordaje normativo del Derecho Contractual. Sus conclusiones en este campo se orientan a la necesidad de introducir incentivos

para la cooperación. El resultado (obtener dicha cooperación) tiende a generar un excedente respecto de la situación alternativa, es decir, un resultado positivo que puede dividido entre las partes del contrato.

De acuerdo con la teoría de la negociación, en un juego cooperativo (como lo es un acuerdo privado) las partes decidirán cooperar para asignar el bien o el servicio en cuestión a la parte que más lo valore. Proceder de este modo, permitirá una ganancia de bienestar que podrá ser repartida entre ambas. En los negocios de corto plazo, en ausencia de un sistema jurídico que permita ejecutar las obligaciones convencionales, las partes tenderán a soslayar ciertas consecuencias de sus actitudes (al menos, o principalmente, cuando no existan sanciones informales a sus incumplimientos, como aquellas que impliquen perjuicios a la reputación de quien decida incumplir). En otras palabras, dadas ciertas circunstancias, el incumplimiento de una parte (evidentemente) perjudicará a su contraparte, pero probablemente ese efecto sea soslayado por el incumplidor al decidir entre cumplir o incumplir. Si incumplir es beneficioso y no tiene consecuencias negativas para un contratante, es esperable que actúe de ese modo. No obstante, la potencial contraparte también podrá prever esta estrategia dominante de su contraria y por ello, evitará cerrar el negocio. Frente a este escenario, el Derecho Contractual puede generar incentivos para la cooperación, al asegurarle a la parte que teme verse perjudicada por el incumplimiento de su contraria, que eso no ocurrirá sin consecuencias, y por lo tanto, que podrá tener confianza en el cumplimiento de las obligaciones que aquella asuma (Lee Reed, 2001:441). El Derecho Contractual, en este marco, permitirá que se realicen contratos que en ausencia de Derecho, directamente no se concretarían.

En consecuencia, de acuerdo con estas simples premisas que asume el programa del *Law & Economics*, los bienes y servicios deberán circular de acuerdo a la voluntad de las partes expresada en los contratos, y confluirán hacia la parte que más los valore. Siempre que los individuos tengan intereses diferentes y se comporten de modo suficientemente racional (al menos, en un amplio género de convenios) podrán maximizar su utilidad a través de sus transacciones y ese proceso incrementará la riqueza (y el bienestar) de la sociedad.

La asunción básica de este modelo es que este tipo de organización social no es anárquico, sino que determina el destino eficiente de recursos escasos, en cuanto la interacción entre los individuos tiende a construir espontáneamente una situación de equilibrio general (Cooter y Ulen, 2003:11,40). Así, las transacciones en el mercado se sucederán hasta el punto en que ningún otro destino alternativo de los recursos se muestre viable de acuerdo al análisis del costo-beneficio que hagan, voluntariamente, los implicados o, en otras palabras, hasta el punto en que ninguna parte gane sin que para eso otra tenga que perder (eficiencia de Pareto).³⁴ O por lo menos hasta el punto en el cual lo que gane una de las partes pueda compensar lo que pierda otra, y por encima de dicha pérdida, quede todavía un saldo positivo (Kaldor-Hicks).³⁵ Si se asume racionalidad de las partes, es incorrecto suponer que ellas mismas no irán a negociar con el fin de llegar a la situación de equilibrio (al menos, parece razonable afirmar lo que antecede cuando las partes contratantes son empresas).³⁶

El derecho Contractual (así como el Derecho que rige el dominio y los derechos reales) permite la realización de transacciones que no ocurrirían sin sus reglas, ya que protege las expectativas de las partes y crea obligaciones jurídicas que pueden ser objeto de negociación, dados ciertos requisitos. Si no existiera el Derecho de los contratos (que crea deberes legales protegidos por el Estado), las partes tendrían dificultades para establecer relaciones impersonales (fuera del círculo familiar o de amistades), principalmente de la clase de aquellas que operan a futuro por medio del crédito y aquellas que necesitan de una cadena de relaciones interconectadas, como los préstamos para financiar viviendas y estudios, seguros, planes de salud, etc. (Shavell, 2004:291).

En este sentido, afirman Schwartz y Scott:

La consecuencia jurídica del incumplimiento, en suma, permite a las partes hacer promesas ejecutables, cuando las sanciones a la reputación y las privadamente impuestas no bastan. (...). Sin embargo la ausencia de normas que impongan consecuencias jurídicas ante el incumplimiento y de tribunales idóneos en muchos de estos países (Tercer Mundo), impide a las partes hacer compromisos... (2003:504).

De lo expuesto se puede seguir que la principal función social del Derecho Contractual es posibilitar la celebración de los contratos, favorecer el flujo de las transacciones en el mercado, la asignación de riesgos por los agentes económicos y reforzar el compromiso de los agentes respecto de la realización de acciones futuras. Todo ello, para alcanzar la situación más eficiente, esto es, cuando ambas las partes reciben los máximos beneficios económicos factibles de la negociación y distribuyen el saldo positivo (Schwartz y Scott, 2003:541).

Estas consideraciones aconsejan cautela en la aplicación de la doctrina del *efficient breach*³⁷ en Brasil.³⁸ Esta doctrina puede ser correcta, en términos del *Law & Economics*, para describir el comportamiento de la parte que incumple el contrato, cuando descubre un destino alternativo para los recursos comprometidos que puede compensar los daños causados al otro contratante por su incumplimiento y aún así dejar un saldo positivo. Sin embargo, puede ser una descripción incorrecta del Derecho Contractual la que se limita a lo que éste efectivamente *es* y no lo que *debería ser*, ya que el Derecho contractual también debería (deseablemente) poder evitar la excesiva proliferación de procesos judiciales. Esta afirmación se justifica muy especialmente si tenemos en mira casos como el brasileño, en el cual el Estado subsidia el acceso a la justicia, creando así incentivos para la litigación, lo que se agrava por aplicación de la regla de imposición de costas al vencido y por los problemas de la indebida proliferación de oficinas judiciales.³⁹ La lentitud en la resolución de los conflictos llevados a juicio aumenta los costos de transacción y crea, a su vez, incentivos para el incumplimiento contractual. Es remarcable además que la doctrina del *efficient breach* pone su énfasis en un estado *ex post facto* (después de celebrado el primer contrato, una de las partes advierte la existencia de una oportunidad más beneficiosa para negociar los mismos bienes o servicios ya comprometidos) que permitiría el incumplimiento del contrato precedente. De ser así, luego, habría modestos incentivos para procurar establecer una negociación diligente que concluyera en un contrato de calidad.

En efecto, la falta de consecuencias normativas de la doctrina del *efficient breach* hace difícil evaluar su contribución al Derecho de los contratos. Al

menos, partiendo de un análisis comparativo de los sistemas jurídicos positivos. En caso de que el objetivo de esa doctrina fuera describir el Derecho contractual norteamericano y la eficiencia de sus reglas con relación a los incumplimientos contractuales, entonces, cumpliría sus metas *si sus predicciones se verificaran en la práctica*. En caso de que su objetivo fuera liberar de restricciones morales el incumplimiento contractual, tampoco habría mayores problemas, en cuanto el paradigma del *Law & Economics* no debería sustentar el incumplimiento contractual en bases morales.

Ahora bien, si la doctrina del *efficient breach* tuviera alguna implicancia normativa, ¿cuál sería ésta? ¿Sería sugerir que la parte que incumplió el acuerdo debería ser eximida del pago de una indemnización por los daños que sufre la parte perjudicada? Probablemente no. Esta teoría justifica que la sanción para la parte incumplidora debe ser la indemnización de la parte perjudicada, y no la tutela específica, o sea, el cumplimiento forzado del contrato en especie. Siendo así, la doctrina recomendaría una reforma legislativa en países como Brasil, en los cuales el cumplimiento en especie es la regla para estos casos. El problema que surge en este tipo de litigios es que exigir la tutela específica *es una facultad* de la parte perjudicada por el incumplimiento, pero –al menos en Brasil– el perjudicado *siempre conserva su derecho a ser indemnizado*. En otras palabras: en este sistema se da la *opción* entre ambos remedios contractuales a la parte perjudicada. En el caso brasileño siempre pareciera más adecuado que adoptar una posición general y abstracta, emprender una minuciosa investigación empírica tendiente a explorar si la tutela específica es o no más eficiente que el cumplimiento por equivalente.

Más aún: aunque se entendiera que los aludidos problemas jurídicos son irrelevantes y que se debe evaluar aquella doctrina únicamente en términos teóricos (es decir, frente a opciones mejores el contratante sería libre de incumplir el contrato e indemnizar a la parte perjudicada), todavía persistirían algunos problemas pragmáticos. Primero, en el análisis costo-beneficio se puede considerar la incidencia no sólo de las sanciones jurídicas, sino también de las sanciones informales, como aquellas que afectan la credibilidad y la reputación, que son –sin embargo– muy difíciles de medir y demostrar en

términos económicos.⁴⁰ En segundo lugar, la determinación de la indemnización por incumplimiento sólo podrá ser consecuencia de un proceso judicial, por lo que sólo de un modo ficticio se podrían separar las cuestiones de derecho sustancial, de las procesales. Esa vinculación indica que se deben considerar los aspectos de procedimiento tanto como el derecho de fondo, al momento de la evaluación del *efficient breach*. La necesidad de litigar, luego, previsiblemente incrementará los costos de transacción, lo que se agrava, aún, si se tiene en cuenta que los tribunales no cuentan con información completa respecto de los aspectos relevantes. Incumplir un contrato, en este razonamiento, impondría la carga de pagar tanto el daño emergente, cuanto el lucro cesante, a fin de poner a la parte perjudicada en la posición en que se encontraría en caso de que no hubiera mediado tal incumplimiento. Por fin, si el incumplimiento genera un saldo positivo, susceptible de ser dividido entre las partes del primer contrato ¿No estaría la parte perjudicada, supuestamente racional, propensa a aceptar tal solución voluntariamente? ¿Cuál sería la necesidad de una norma legal que la impusiera coercitivamente?

Estos argumentos contribuyen, al menos, a levantar una fuerte sospecha contra la aplicación de la doctrina del *efficient breach*. Del mismo modo, sugieren una presunción acerca de la eficiencia de las cláusulas penales convenidas por las partes, como medio de evitar una indeseable ingerencia judicial. Pareciera posible sostener que su empleo, según la evidencia empírica, genera incentivos para el cumplimiento del contrato o para la negociación ex-post en caso de incumplimiento, por lo menos en Brasil.⁴¹ Este tipo de instituciones, en definitiva, pareciera evitar crecientes costos de transacción derivados de la determinación de los daños.

Los problemas pragmáticos de la teoría del *efficient breach* se hacen más evidentes cuando se refieren al Derecho Internacional Público. Cuando se argumenta a favor a la doctrina del *efficient breach* en este campo, ¿se podría sostener, dado un tratado de protección de las empresas de un Estado en el territorio del otro (lo que es análogo al mecanismo contractual), que un Estado debería poder incumplir sus contratos con las compañías de su Estado contraparte, en caso de que surgiera una mejor opción?

Para explicar la aplicación en el mundo real de estas relaciones, supongamos que Bolivia y Brasil suscribieron un tratado de esta naturaleza, y que Petrobrás (compañía de petróleo brasileña), posee inversiones en Bolivia. Supongamos, entonces, que la petrolera venezolana PDVSA, ofrece mejores condiciones a Bolivia que Petrobras por la misma explotación. Supongamos que su oferta es de una magnitud tal que permite a Bolivia expropiar los activos de Petrobras, compensarla y aún así, deja un saldo positivo que puede ser dividido entre Bolivia y Petrobrás. Si eso fuera exactamente así ¿por qué no aceptaría la petrolera brasileña esas condiciones de modo voluntario? ¿Por qué sería necesaria la coerción de una expropiación? ¿Y cuál sería la razón por la cual el comercio internacional percibiría ese incumplimiento boliviano de un modo negativo?

Otro aspecto interesante se plantea con relación a las relaciones contractuales de larga duración. En este tipo de relaciones, en las que ambas partes asumen deberes de cumplimiento sucesivo, la cooperación entre las mismas tiende a ser espontánea (Cooter y Ulen, 2003:75). En estos casos, la función del Derecho Contractual sería la de no bloquear la fluidez de la relación. Esa finalidad se cumpliría mediante el reconocimiento de las prácticas de las partes, de los usos y costumbres del comercio y de emplear la buena fe como un estándar razonable de comportamiento (una especie de *Lex mercatoria*). Todo ello evitaría el dispendio de suscribir convenios con un grado de detalle excesivo, lo que resultaría un costo prohibitivo. En contratos claramente (y altamente) incompletos como suelen ser los de esta clase, el papel del juzgador sería el de completar el conjunto de cláusulas que componen el contrato, de acuerdo a su contexto, sus usos y costumbres, y no según alguna idea arbitraria del magistrado.

Por ello, el crecimiento del arbitraje en Brasil –que ocupa el cuarto puesto en número de arbitrajes en la Corte Internacional de Arbitraje (2006)– no es una sorpresa. Según la evidencia empírica, dada su especialización en el tema los árbitros parecen mejor preparados para la función de completar contratos complejos, en contraste con los magistrados, abrumados por una gran cantidad de pleitos de clases muy diversas (Dezalay et al. 1994:407).

Puede concluirse entonces que, cuando se estudia el problema a la luz del análisis económico, se observa que el modelo paternalista del Derecho Contractual no resulta idóneo para alcanzar su propósito de favorecer el bienestar en la sociedad, toda vez que sus directivas pueden beneficiar aleatoriamente a algunos individuos pero proporcionalmente suelen perjudicar a muchos más. La intensificación de la protección legal de una de las partes (locatarios, por ejemplo) trae con ella, generalmente, un aumento general de los costos del mercado (del mercado de locaciones, en el caso), que acaban siendo trasladados a los sujetos que componen la demanda. Aunque se considere que no todos los costos pueden trasladarse, eso tampoco significa un aumento de eficiencia (mejora del bienestar agregado de los componentes de la sociedad). Este es el motivo por el cual, generalmente, los objetivos de justicia redistributiva van en contra de los propósitos de eficiencia, en el Derecho de los contratos.⁴²

Supongamos, por ejemplo, que la ley determine que los automóviles podrán salir a la venta únicamente si están equipados con *i-pods* y *air-bags*, para felicidad y seguridad de los compradores. Naturalmente, los costos de estos equipos serán trasladados a los compradores, en mayor o menor extensión. Semejante medida tenderá, por lo tanto, a aumentar el precio de los automóviles, lo que puede excluir a muchos compradores del mercado que no podrán acceder a un vehículo a ese nivel de precios. La consecuencia, evidente de una medida tal, sería un estado de cosas con muchas personas sin automóviles y pocas que paguen mucho por obtenerlos. Más aún: en el extremo, podría darse hasta la propia extinción, por quiebra, de algunos proveedores. En estas condiciones, la sociedad podría resultar claramente perjudicada, en cuanto muchos quedarán sin acceso al bien en cuestión, sin ninguna compensación que exceda tal perjuicio (eficiencia Pareto superior o Kaldor-Hicks).

Otro aspecto digno de destacar, es que el efecto redistributivo es problemático, porque puede ser aleatorio y tal vez redistribuir riqueza *a partir de los otros compradores y locatarios* y no, necesariamente, del segmento más rico (por hipótesis, supongamos que lo es, por ejemplo, la clase de los vendedores o locadores).

Un corolario de esta afirmación es que la intervención judicial en favor de la parte más débil puede resultar fuente de externalidades negativas. Ello ocurre cuando un contratante individual no paga totalmente (no *internaliza*) por el beneficio que le proporciona la negociación, sino que parte del beneficio que recibe del contrato, resulta de una intervención *ex post* del Estado y no encuentra un correlato en la prestación a su cargo. Ello ocurrió, por ejemplo, en los contratos bancarios que revisó el Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, en los que redujo la tasa de interés pactada a un 12% (por aplicación de la Ley de la Usura).⁴³ De este modo, cada contratante individual beneficiado con una sentencia de esa clase externalizó costos hacia los demás deudores, lo que dio por resultado una situación socialmente ineficiente (Talley, 1994:1215) El mismo tipo de efectos puede darse en los contratos de seguro, en aquellos casos en los cuales el tribunal fuerza a la compañía aseguradora a cubrir un evento que no fue previsto en la póliza, como ocurrió en el caso del huracán Katrina, en *Louisiana Circuit Court*.⁴⁴ Lo propio se puede observar en los ya mencionados casos de contratos de abastecimiento de agua y energía eléctrica, en los cuales los tribunales declaran inaplicable el corte del servicio.

Adicionalmente, en la práctica este tipo de medidas suele generar nuevos costos de transacción y deja otros obstáculos que traban las transacciones sin resolver. La consecuencia obvia es alejan a las partes –aún más– de la situación eficiente. Al incrementar los costos de transacción, el Derecho contractual paternalista tiende, simplemente, a excluir algunas prácticas del mercado, lo que puede contribuir a una verdadera pérdida de riqueza en la sociedad.

Además, este tipo de intervenciones alientan ciertos comportamientos oportunistas al permitir que los individuos que resultan protegidos por catalogárselos de “parte débil”, reciban los beneficios del contrato y retengan toda o parte de su contraprestación correlativa. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el tribunal decide que la tasa de interés en los contratos de financiamiento privado debe ser inferior a aquella que se paga por los títulos del gobierno (que se considera de riesgo cero),⁴⁵ cuando se fuerza a una compañía de seguros a cubrir una cirugía o un tratamiento no previsto por la póliza,

o cuando se suspende o prohíbe el corte del abastecimiento de energía eléctrica o agua corriente. En esos casos no se crea valor, no se divide ningún saldo positivo entre las partes, sino simplemente se permite que uno de los contratantes se quede con todos los beneficios y, en consecuencia, se crean incentivos para que los costos que sufre la contraparte sean trasladados a terceros a la relación individual en cuestión.⁴⁶

Más interesantes resultan algunas decisiones emanadas del Superior Tribunal de Justicia de Brasil años atrás, que dividían entre las partes contratantes el aumento inesperado del dólar en 1999. Las mismas se referían por ejemplo a contratos de *leasing* de automóviles que preveían un reajuste de las prestaciones vinculado a la cotización de la moneda norteamericana. Es sabido que, debido a la política gubernamental, la moneda brasileña (el Real) sufrió por entonces una desvalorización y los montos a pagar por el *leasing* a cargo de los consumidores subieron más de 150%. El STJ dividió el incremento de la moneda norteamericana entre los litigantes. Este tipo de *leasing*, consecuentemente, desapareció del mercado.

Obviamente, con lo expuesto hasta aquí no pretendo sostener que todos los contratos sean completos y que, para perseguir la eficiencia, los tribunales deban hacerlos cumplir literalmente.⁴⁷ Al contrario, lo que intento sugerir es que los tribunales deberían evitar la interpretación discrecional de las cláusulas de un contrato libremente concluido, invocando para ello términos tan genéricos como la *justicia social* y la *función social*, entendidos ambos como confluyendo hacia alguna *justicia distributiva*. Mi sugerencia es que no deberían actuar así sin tomar en cuenta las consecuencias de una cadena de eventos en la que incide su decisión. Los tribunales no disponen de estadísticas idóneas para saber quien se está realmente beneficiando y quien se está perjudicando con sus decisiones. Como lo he señalado, aunque la convergencia entre *justicia redistributiva* y *eficiencia* en el campo contractual no sea imposible, la baja probabilidad de que los tribunales puedan adoptar la medida correcta para satisfacer ambos objetivos en cada caso concreto determina una muy fuerte presunción a favor del respeto del *pacta sunt servanda* como mejor posibilidad, entre las factibles. El sistema tributario, por su parte, sería, presumiblemente, más eficiente para redistribuir la riqueza producida en la sociedad, en tanto

y en cuanto se cumplan los derechos emergentes de los contratos y, en general, los derechos de propiedad (Shavell y Kaplow, 1994:667).

El próximo punto a discutir es si el mercado siempre funciona adecuada y eficientemente. Y la respuesta para esta cuestión es, claramente, negativa. En el mundo real, a veces las compañías se comportan inadecuadamente y generan externalidades (v.g., prácticas nocivas al medio ambiente y a la competencia). Este género de situaciones sugiere, de modo más general, que resulta deseable la intervención estatal ante la existencia de fallas del mercado (básicamente, cuando se dan costos de transacción, abuso de poder económico, asimetría de información o externalidades), en cuanto su presencia determina que la negociación voluntaria no siempre arribará a la solución socialmente eficiente.

En estos casos se pone en juego una función social secundaria del Derecho Contractual, que consiste, en resumidas cuentas en corregir las fallas del mercado, a fin de permitir que las partes alcancen la máxima utilidad factible (e incrementen consiguientemente la riqueza social). En otras palabras, el Derecho incide para hacer del contrato lo que debería haber sido en ausencia de dichas fallas. En estas condiciones, el Derecho pasaría a velar por la estructura del mercado y del ambiente en el cual se celebran los contratos; y no por la distribución del saldo positivo generado, para lo cual basta estructurar una regulación que evite el abuso de poder económico y garantice la divulgación de la información relevante (sobre productos, acciones, compañías, etc.)⁴⁸.

Como enseña Coase, cuando los mercados son imperfectos se observan altos costos de transacción (costos en los que deben incurrir las partes para hallar con quien contratar, para negociar con sus contrapartes, para hacer cumplir el contrato, e incluso para proteger los activos de cada parte relacionados con la contratación). La función del Derecho Privado (especialmente del Derecho Contractual) es reducir tales costos para facilitar las transacciones. En este sentido se puede afirmar (al menos desde el punto de vista económico) que mientras mejores sean las instituciones, más desarrollado será el mercado y ello será debido a los bajos costos de transacción implicados (Williamson, 1985; North, 1990).

Dado que en el mundo real existen costos de transacción, las reglas jurídicas afectan la distribución eficiente de los recursos en la sociedad. El Derecho Contractual, en consecuencia, no debe crear obstáculos que impidan aquella modalidad de negociación (o sea, la cooperación) que daría por resultado la distribución eficiente de riqueza, derivada de meros acuerdos voluntarios. En otras palabras:

Algunos costos de transacción son endógenos al sistema jurídico, en el sentido de que las reglas jurídicas pueden reducir los obstáculos a la negociación entre las partes. El Teorema de Coase postula que el Derecho puede incentivar la negociación, a través de la disminución de los costos de transacción. La disminución de los costos de transacción lubrica la negociación. (...) Podemos formalizar este principio como el teorema normativo de Coase: *Estructure la ley de manera tal de remover los impedimentos a los acuerdos privados.* (...) Se asume que los intercambios privados pueden asignar eficientemente los derechos. (...) además de incentivar la negociación, el sistema jurídico intenta minimizar los desajustes y las fallas en la cooperación, que son costosas para la sociedad. (...) *Estructure la ley de manera tal de minimizar el daño causado por las fallas en los acuerdos privados* (Cooter y Ulen, 2003:93ss, mi cursiva).

El análisis económico proporciona herramientas cuantitativas para estudiar y promover esta función social del Derecho Contractual.

Para ejemplificar este argumento, puede traerse a colación la investigación llevada a cabo por el Instituto Pensa de la Universidad de San Pablo (2005) para el caso de la “soja verde”.⁴⁹ La misma comprobó, empíricamente, que la revisión judicial de contratos agrarios en el departamento de Goiás dificultó el financiamiento de la cosecha del año siguiente para los agricultores de aquella localidad, y demostró que el beneficio que recibieron aquellos que interpusieron acciones judiciales fue excedido por el perjuicio sufrido por el resto de la sociedad que actuaba en aquel mercado.

La situación que motivó el estudio fue que algunos cultivos, como la soja, eran financiados en muchos casos con capital de los consignatarios (*traders*) quienes compraban y pagaban anticipadamente la producción a los agricultores,

quienes obtenían, así, el capital necesario para emprender la siembra. Al año siguiente los agricultores –que ya habían percibido el precio de sus cereales– entregaban el producto cosechado al consignatario-comprador.

En estas condiciones se dio un inesperado incremento en el precio de la soja, y algunos productores interpusieron acciones de revisión judicial de los contratos, alegando imprevisibilidad, enriquecimiento injustificado o función social del contrato, a fin de ser relevados de cumplir lo pactado (entregar el cereal cosechado al precio percibido con anticipación al incremento). Estas demandas fueron rechazadas en primera instancia. No obstante, el Tribunal de Justicia del Departamento de Goiás, en la instancia de apelación hizo lugar a los reclamos: basado en la función social del contrato, revisó los pactos y desobligó a los productores.⁵⁰

La consecuencia colectiva o social de la decisión judicial fue que todos los agricultores que no habían interpuesto acciones judiciales sufrieron perjuicios importantes, pues los *traders* de la región desistieron de continuar con la modalidad de compra anticipada del producto, ante el flagrante riesgo de perjuicio. Los *traders* asumieron, en síntesis, que si el precio de la soja al año siguiente era inferior al pagado anticipadamente cargarían con la pérdida, y si fuera más elevado, los productores iniciarían acciones legales para no cumplir el contrato.

El Superior Tribunal de Justicia (cuya competencia se asemeja a la de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en materia infra-constitucional) revirtió las decisiones del Tribunal de Goiás valiéndose, sorprendentemente, de argumentos económicos:

La función social atribuida al contrato no puede desconsiderar su papel primario y natural, que es el económico. Al asegurar la venta de su cosecha futura, es de esperarse que el productor incluya en sus cálculos todos los costos en los cuales podrá incurrir, tanto los derivados de los propios términos del contrato, como aquellos derivados de las condiciones de la labranza.⁵¹

El mismo STJ revirtió todas las decisiones emitidas por el Tribunal de Justicia del Río Grande do Sul que habían limitado la tasa de interés en los

contratos de financiamiento bancario (préstamos, habitación etc.), valiéndose de argumentos de la misma naturaleza:

Quid, en relación al argumento, de naturaleza económica, de que en una coyuntura de inflación mensual próxima a cero, ¿Los intereses que excedan el 1% al mes son abusivos? ...no hay en esta afirmación racionalidad alguna, mucho menos de carácter económico. En cualquier actividad comercial o industrial, el precio de la venta del producto no puede ser menor que el respectivo costo. (...) la tasa de interés está enteramente desvinculada de la inflación. La inflación es baja, pero el costo del dinero es alto (...) y no puede ser reducido judicialmente. Se trata de la política económica, dictada por un *acto de gobierno*, ajeno al control judicial.⁵²

Recientemente, el STJ revocó decisiones de los tribunales departamentales que prohibían a las compañías concesionarias del servicio de abastecimiento de agua y energía eléctrica el corte del abastecimiento de estos servicios. En el caso del abastecimiento del agua, el Presidente del STJ usó argumentos consecuencialistas para permitir la interrupción del servicio a los consumidores incumplidores:

Lo cierto es que la lectura de los autos demuestra el agravamiento del cuadro de incumplimiento que afecta la concesionaria y la nociva repercusión del contexto sobre la salud financiera de la empresa, lo que puede llevar, incluso, al colapso del abastecimiento de agua del Municipio. De esta forma, no se muestra razonable la prohibición de la interrupción del abastecimiento de agua para aquellos consumidores que, aún después de notificados, permanecen incumplidores (...).⁵³

Existen, todavía, interesantes decisiones judiciales que aún sin apelar al instrumental del análisis económico, intuitivamente percibieron esa noción de *función social* del contrato en un ambiente de mercado, como en los casos en los cuales se discutió la posibilidad de que un Tribunal Regional Federal limitara la tasa de interés en los contratos de financiamiento inmobiliario:

Admitir la legalidad del procedimiento pretendido por los requirentes (revisión contractual de contrato de financiamiento inmobiliario) implicaría el surgimiento de peligroso precedente con serias consecuencias para todo el complejo y rígido sistema de financiamiento habitacional, cuya estructura y mecanismo de funcionamiento fue bien expuesta por Caio Tácito (...): ‘además, los contratos inmobiliarios son en el caso, parte integrante de un todo interconectado, de un sistema global de financiamiento que tiene como otra fase la manutención de la estabilidad de sus fuentes de alimentación financiera (...)’.⁵⁴

Pero además de los costos de transacción, existen otras imperfecciones en los mercados reales: puede haber problemas en la estructura de la competencia a causa de la gran concentración del poder económico (como ocurre con los monopolios y los oligopolios), con perjuicio para la libre competencia y la libre iniciativa; puede haber problemas de asimetría de información; puede haber, también, externalidades, como en algunos casos ya comentados, entre otras de aquellas fallas (Cooter y Ulen, 2003).

Para el primero de los problemas mencionados, existe en Brasil el llamado Derecho *Antitrust* –Ley 8.884/94– que vela por de la estructura del mercado y busca combatir el abuso del poder económico. En cumplimiento de esa finalidad se creó la agencia brasileña de regulación de la competencia: el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE). Si se controla el poder económico que pueda razonablemente afectar el mercado –a través de la prohibición de abuso de posición dominante y de acuerdos entre competidores, como los carteles–, se estaría controlando indirectamente el desequilibrio de poder entre los contratantes (Forgioni, 1998).

Para corregir el problema de asimetría de información, existe en Brasil el Código de Defensa del Consumidor (Ley 8.078/90), que garantiza en su art. 6º el más amplio derecho a la información acerca de los productos y servicios que se negocien en el mercado. Su omisión, entre otras consecuencias, puede hacer incurrir al proveedor en responsabilidad objetiva por los daños derivados de tal conducta.

Cuando se comprende su funcionamiento, se advierte que el Derecho del Consumidor y el Derecho de la Competencia se complementan en la

regulación del mercado (Marques, 1995:27). Existen también otras agencias de regulación. La Comisión de Valores Mobiliarios (CVM, equivalente a la SEC, en los Estados Unidos), por ejemplo, tiene a su cargo la regulación del mercado accionario. Su misión principal, luego, consiste en lidiar con los problemas de asimetría de información en el mercado de valores mobiliarios. En términos más generales, el Código Civil brasileño introduce en su artículo 422 el principio de buena fe, que puede y suele ser invocado por los tribunales con el objetivo de exigir la divulgación de información, también, en los contratos empresariales.

El problema de las externalidades que ciertos contratos proyectan a terceros suele ser objeto prioritario de la legislación *antitrust* y de la regulación ambiental. El Derecho Contractual, no obstante –deseablemente– debe estar preparado para coordinarse adecuadamente con tales cuerpos de normas.

Frente al amplio grupo de cuestiones que tratan los párrafos precedentes y en la misma línea de razonamiento queda entonces por preguntarse qué puede ofrecer el Derecho Contractual al mercado y cuál es su función social.⁵⁵

Las conclusiones al respecto podrían resumirse en pocas líneas, a saber:

- a. Ofrecer un marco regulatorio previsible y dotarlo de protección jurídica;
- b. Minimizar problemas de comunicación entre las partes;
- c. Salvaguardar los activos de cada uno de los agentes;
- d. Generar protección contra el comportamiento oportunista;
- e. Instaurar mecanismos de resarcimiento y de distribución de riesgo;
- f. Facilitar la interacción con el Derecho *Antitrust*, la regulación del mercado accionario, la protección ambiental y la defensa del consumidor.

En síntesis, el Derecho Contractual confiere seguridad y previsibilidad a las operaciones económicas y sociales, al proteger las expectativas de los agentes económicos. Esas funciones le asignan un importantísimo papel institucional y social. Eso no significa que no existan otros objetivos valiosos a perseguir, sino que el Derecho Contractual no es una herramienta igualmente idónea para todos los fines. A los efectos de la distribución de la riqueza, por el ejemplo, el sistema tributario suele ser una herramienta más eficaz y eficiente que el Derecho de los contratos.

Conclusión

En las secciones anteriores primero procuré describir la posición de la doctrina y jurisprudencia brasileña mayoritarias en relación al polémico art. 421 del Código Civil. La misma, como quedó expuesto, limita la libertad contractual de las partes y se basa para ello en la función social de los contratos.

Luego intenté exponer de qué manera la mayoría de los juristas en Brasil tiende a considerar el art. 421 como una manifestación de la *publicación* del Derecho Privado operada por virtud de la Constitución del Brasil. El criterio de los argumentos de quienes proceden de ese modo sería la justicia social, que buscaría beneficiar a los menos favorecidos. Este argumento ha sido utilizado para justificar la posición de algunos tribunales del país favorables a la revisión de los contratos. Quienes lo sostienen, entienden que el juez (el Estado) puede y debe interferir en el acuerdo celebrado entre las partes para anular ciertas cláusulas y dar lugar a derechos y obligaciones no previstos por las partes, ya que el contrato no sería un espacio de libertad sino de opresión. Esta situación erigiría al juez en responsable de reequilibrar las fuerzas entre los contratantes.

En este artículo, por el contrario, me propuse defender la idea de que el análisis económico del Derecho puede ser empleado para explicar la función social del contrato en un ambiente de mercado. Esa perspectiva permite considerar no *la parte más débil* de un contrato individual, sino la *totalidad de las personas* que efectiva o potencialmente integran un determinado mercado de bienes y servicios. Concluí además, que el análisis económico del Derecho en el ámbito de los contratos resulta un instrumento idóneo para lograr un entendimiento más refinado de ciertas cuestiones, como por ejemplo el problema de las externalidades que el contrato puede proyectar sobre terceros. En este aspecto, el derecho contractual puede incidir para reducir los perjuicios y, consecuentemente, incrementar los beneficios sociales.

Mi conclusión final es que existe una discrepancia entre el contrato (como hecho) y el Derecho Contractual (el conjunto de reglas y principios que apuntan a aquel fenómeno). Los contratos son instrumentos para la circulación de bienes y servicios en la sociedad. Esa es su función social. Por su parte,

el Derecho Contractual aplicado a la resolución de los problemas generados por la imperfección de los mercados, tiene otras funciones según ya he señalado en las conclusiones de la sección anterior, pero entre ellas no se cuenta la redistribución de riqueza para corregir las desigualdades sociales.

NOTAS

- 1 El nuevo Código Civil brasileño de 2002 introduce al menos cinco nuevas instituciones regulatorias en el campo contractual: 1) prevé la posibilidad de anular del contrato en caso de manifiesta desproporción entre las prestaciones asumidas por cada una de las partes, derivada de la necesidad o inexperiencia de uno de los contratantes; 2) protege a una de las partes contra el abuso del derecho de rescindir o resolver un contrato, ejercido por la otra parte, en caso de un incumplimiento que no alcance significación suficiente; 3) incorpora la buena fe; 4) instaura la protección de la parte no predisponente en los contratos de adhesión; 5) declara la función social de los contratos
- 2 Según Kronnam (1983) existen, por lo menos, tres tipos de paternalismo. El tipo aquí considerado se refiere a la protección de la parte más débil, contra su propia voluntad, por medio de normas imperativas que buscan readecuar el desnivel de poder entre los contratantes, como se constata, por ejemplo, en los contratos de alquiler.
- 3 La Constitución de 1988 creó el Superior Tribunal de Justicia (STJ) como última instancia de las leyes infra constitucionales, dejando para el Supremo Tribunal Federal (STF) el control de constitucionalidad. Es función del STJ armonizar la interpretación de la legislación federal entre los Tribunales regionales Federales y los Tribunales de Justicia, al pronunciarse sobre ésta. Al diferencia de lo que ocurre en los EE.UU., los tribunales federales no ejercen jurisdicción sobre cualquier cuestión, sino que entienden solamente en las que se refieren a los intereses de la Unión Federal tales como tributos federales, responsabilidad civil de la Unión, etc. Los Tribunales de Justicia, con sus sedes en las capitales de los Departamentos, tienen competencia residual y generalmente aplican las leyes federales, como los Códigos, en los casos que juzgan.
- 4 El presente estudio abarca solamente el Derecho Contractual en el nuevo Código Civil, excluyéndose el Derecho del Trabajo y el Derecho del Consumidor, que son regulados por distintos cuerpos de leyes. El Código Civil es residualmente aplicable a estas legislaciones específicas.
- 5 De acuerdo a Roppo (1988:10-11) los contratos son la vestimenta jurídica de una transacción económica desnuda.
- 6 Por esa misma razón, el Derecho de los contratos en el Derecho Romano era más complejo y desarrollado que el Código de Hammurabi, pues fue elaborado para tratar con más transacciones que en el Oriente Medio antiguo, y era mucho más desarrollado que las costumbres de las tribus germánicas (francos, sajones, lombardos, visigodos, etc.). De la misma manera,

- el desarrollo del Derecho contractual romano siguió las necesidades contractuales en el Imperio, cambiando de contratos excesivamente formales a contratos orales, como acuerdos de prestaciones de servicio, alquiler, compra y venta. Ver Kaser, 1999; Kunkel, 1973, y Schultz, 1951.
- 7 Para la intersección entre el Derecho y Economía, ver Posner, 1990 y 2003.
 - 8 Dumont (1983:263): “Ideologías son un cuerpo de ideas y valores compartidos en una sociedad conforme a su representación en el pensamiento expreso de algunos autores y que se podría exponer por tipos de ideas” (mi traducción). En adelante todas las referencias en español de fuentes en inglés son traducciones mías, excepto indicación en contrario.
 - 9 En este punto es interesante la obra de Dezalay & Garth (2004:615;1995:27), en lo que se refiere a la globalización y a la dominación de escritorios de abogados norteamericanos en el Derecho Comercial Internacional. En Brasil, véase Engelmann, 2005.
 - 10 Evito aquí la discusión sobre si, en última instancia, las doctrinas son de hecho ciencia o no, en razón de la falta de objeto o de leyes para respaldarlas. Voy a asumir que el derecho es una ciencia normativa, tal como fue propuesto por Kelsen en 1967. En caso de que haya algún lector que tenga cualquier problema en aceptar esto, el uso de bastardillas en la palabra ciencia puede hacerlo más fácil.
 - 11 Se trata de un neologismo que he creado con el propósito de separar las ciencias normativas, como es el Derecho, de las ciencias descriptivas, como es la Economía, la Política y la Sociología. Hay quienes no creen que el derecho sea una Ciencia, otros no creen que las Ciencias Humanas sean descriptivas. Tal discusión no es relevante para este ensayo.
 - 12 Eso es tan verdadero que en cualquier gran tradición jurídica es posible obtener un título de postgrado en Derecho sin tener que estudiar metodología científica en profundidad.
 - 13 Obviamente, el contrato puede tener un significado vulgar y un significado jurídico; este, cuando la transacción (hecho) reúne los requisitos legales definidos por el Derecho Contractual (Roppo, 2001:10-11). También se puede encontrar tal distinción en la doctrina norteamericana de Derecho Contractual, en Kronman, quien define el contrato como “el grupo de reglas jurídicas que reglan el proceso de intercambios privados” (1980: 472). En la literatura de Derecho y Economía, el Profesor Shavell (2004:322) también parece admitir esta diferencia.
 - 14 En la Edad Media, glosadores *vs.* post-glosadores y *vs.* humanistas; en la modernidad, *more gallicus vs. more geometricus*; en la Alemania del siglo XIX, jurisprudencia de conceptos *vs.* jurisprudencia de intereses, etc.
 - 15 El Derecho Contractual clásico es aquél que tiene el foco en la libertad de elección (de acuerdo con la voluntad de las partes) y en el principio del *pacta sunt servanda*, desarrollado en el siglo XIX por los tribunales en el sistema del *Common Law*, y por juristas en el sistema del *Civil Law* (David, 1995; Lopes, 2000; Hespanha, 1997).
 - 16 Para una comparación detallada en este punto entre *civil law* y *common law*, ver Scalise (2007:721).
 - 17 Lo que el Prof. Eisenberg (2001:1) llama modelo estático de derecho contractual.
 - 18 Empleo esta calificación porque fueron encontrados cuatro artículos con posiciones más o menos diferentes de los demás: Azevedo, 1998; Amaral, 2003; Rodrigues Jr., 2004 y Leonardo, 2005.

- 19 Se citan apenas las principales obras, con el objetivo de evitar una lista muy extensa: Wald, 2003; Nery, 2004; Da Silva, 2003; Penteado Jr., 2003; Gogliano, 2005; Martins-Costa, 2005; Pacheco, 2003; Santos, 2003; Wambier, 2005; Theodoro de Mello, 2002. Un punto de vista diferente, pero prácticamente con los mismos resultados, es el de Salomão Filho, 2004. Este último autor ve en la función social del contrato la integración de los intereses difusos y colectivos (la llamada teoría institucionalista). Publicaciones anteriores ya anunciaban este modelo de contrato social: ver Macedo, 1999; Lobo, 1986; Grau, 2001, Martins-Costa, 1992; Amaral Neto. En el derecho comparado, cf. Gilmore, y Atiyah, 1979.
- 20 Esta es también la opinión expresa en los principales manuales y tratados, tales como las obras de Theodoro Jr., 2003; Pereira, 2004; Diniz, 2006; Gomes, 2007.
- 21 Las siguientes palabras ilustran bien estas creencias: “El principio de la función social, acogido expresamente por el Código Civil, constituyó, en términos generales, la expresión de la socialización del Derecho Privado, proyectando en sus cuerpos normativos y en las distintas disciplinas jurídicas la directriz de la solidaridad social (CF/1988, art. 3º, III, in fine). (...) el principio de la función social, (...) indica un camino a seguir, opuesto al del individualismo predatorio” (Martins-Costa, p. 41).
- 22 Engelmann, 2007. En Europa, el debate sobre el paternalismo en el Derecho Contractual sigue abierto, como evidencia el estudio de Caruso, 2007. Para la misma discusión en Alemania, ver Canaris, 1971; en Italia, Perlingieri, 1994; y en Francia, Jamin, 2001.
- 23 Es lo que se asevera al señalarse: “Estos son los puntos más importantes: primero, los motivos distributivistas y paternalistas ejercen un papel central en la explicación de las normas del sistema del contrato y de la responsabilidad contractual en términos de los pactos. (...) Tercero, la noción por la cual la intervención paternalista puede ser justificada solamente por la incapacidad de la persona a quien el Estado está intentando proteger es equivocada – la base del paternalismo es empatía y amor (...)” (Kennedy 1982:563).
- 24 Los magistrados en Brasil no son designados directamente por el poder político. La selección se realiza por medio de concurso público (entre graduados en Derecho), como ocurre en muchos países europeos.
- 25 TJRS, 15ª Câm. Cív., ApCív 70.011.602.091, rel. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, j. 08.06.2005.
- 26 TJRS, 9ª Câm. Cív., ApCív 70.010.372.027, rel. Luís Augusto Coelho Braga, j. 10.08.2005.
- 27 TJRS, 1ª Câm. Especial Cív., Ap e Reexame Necessário 70.005.790.837, rel. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, j. 25.11.2003.
- 28 STJ, 4ª T., REsp 187.940-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 18.02.1999 e 3ª T., REsp 316.640-PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.05.2004.
- 29 Williams vs. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F2d 445 (DC Cir. 1965). La Corte decidió que es abusiva la cláusula permitiendo la utilización de la garantía cruzada en diferentes contratos de ejecución diferida, firmados entre el consumidor y el proveedor, significando que diferentes productos comprados en períodos distintos, parceladamente, se harían útiles como garantía para cualquier incumplimiento de cualquier prestación de cualquier contrato firmado con el proveedor. Ver el *Uniform Commercial Code*, pp. 2-302 y el *Restatement (Second) of Contracts*, par. 208.

- 30 Con lo que parece concordar Leonardo (2005:100).
- 31 “(...) el mercado es largamente aceptado como una herramienta, no como un enemigo del desarrollo económico y social” (Trebilcock, 1993:268).
- 32 Ley 8.884/94, art. 1º: “Esta ley dispone sobre la prevención y a la represión a las infracciones contra el orden económico, orientada por los preceptos constitucionales de libertad y de iniciativa, libre concurrencia, función social de la propiedad, defensa de los consumidores y represión al abuso del poder económico. Párrafo único: La colectividad es la titular de los bienes jurídicos protegidos por esta ley.”
- 33 Irti (1999; 1995). En la doctrina norteamericana, la idea de que la ley crea el mercado aparece en Sustain (1997:384).
- 34 “Se dice que una situación específica es Pareto eficiente si es imposible modificarla de modo de mejorar la posición de al menos una persona (conforme su evaluación) sin por ello empeorar la posición de otra (también conforme su evaluación)” (Cooter y Ulen, 2003:12). De acuerdo al modelo, cada parte tendría poder de veto para bloquear las situaciones en las cuales se sienta en posición disconforme (Op. cit., p. 44).
- 35 “En cambio, el criterio Pareto superior permite la ocurrencia de cambios en las situaciones en que haya ganadores y perdedores, pero requiere que lo ganado por los que ganaron sea mayor que la pérdida de los que perdieron. Una vez satisfecha esta condición, los ganadores podrán, en principio, compensar los perdedores y, todavía así, beneficiarse de un saldo positivo” (Op. cit., p. 44).
- 36 Según Shavell (2004:293) un “contrato es considerado recíprocamente benéfico o, en el lenguaje económico, Pareto eficiente, si no puede ser modificado a no ser para aumentar el bienestar – la utilidad esperada – de cada una de las partes. Asumiríamos que los contratos tienden a ser recíprocamente benéficos: si el contrato pudiera ser modificado de modo de que la modificación elevara la utilidad esperada de cada parte, consideraríamos que la modificación podría ocurrir”.
- 37 *Efficient breach* significa que uno de los contratantes podrá incumplir intencionalmente el contrato en caso de que aparezca una segunda mejor opción, y que la parte incumplidora podría compensar al otro contratante y todavía generar un saldo positivo (Pareto eficiente). Ver Ulen (1984:341): “el principal avance fue el reconocimiento, por parte de los economistas, de que existe la circunstancia de que un contratante podrá mejorar su posición sin que, en contrapartida, el otro sufra una pérdida, siendo que un contratante incumpliría el contrato en vez de cumplir la promesa pactada. La ley, se argumenta, no deberá constreñir el cumplimiento en las situaciones en que la quiebra genera un resultado Pareto superior”. Ver también Craswell (1988:629) y Posner (2007:439).
- 38 Scalise Jr. (2007:721). Jurídicamente sería impracticable el uso de la doctrina del *efficient breach* en Brasil, ya que la solución legal en las situaciones de quiebra contractual es la tutela específica, al contrario del Derecho Contractual norteamericano en el que la solución estándar es el pago de las pérdidas y daños. La doctrina del *efficient breach* interpreta que la mejor solución para la quiebra contractual es la indemnización y no la tutela específica, porque ésta forzaría a la parte a cumplir el contrato y no a pagar pérdidas y daños.

- 39 Para una visión general acerca de la situación en América Latina, ver Buscaglia, 1997. Para una más minuciosa y precisa evaluación del Poder Judicial brasileño, ver Banco Mundial, 1999. Para indicadores estadísticos del Poder Judicial en Brasil, ver Consejo Nacional de Justicia, 2005.
- 40 Asumiendo que existen otras sanciones además de las no jurídicas como consecuencia del quiebre contractual, ver Schwartz y Scott (2003:542).
- 41 En este mismo sentido, ver Dogde (1999:629); en sentido opuesto, Talley (1994:1195).
- 42 Bajo situaciones específicas que los tribunales no estarían preparados para resolver, los modelos económicos pueden evidenciar la convergencia entre eficiencia y redistribución en el campo del Derecho Contractual. Ver Ackerman (1971:1093) y Craswell (1991:361).
- 43 Eric Posner (1995) sostiene que las leyes de usura son eficientes para mantener a los bancos fuera del mercado de préstamos para la población de ingresos bajos (y protegerlos así del riesgo de incobrabilidad). Pero el argumento de Posner podría no aplicarse a este caso, toda vez que las personas protegidas por el Poder Judicial no vivían (por lo menos directamente) a costa del sistema social.
- 44 *In re Katrina canal breaches consolidated litigation in 466 F. Supp. 2d 729*. En este caso la Corte falló a favor del asegurado que intentó recuperar sus pérdidas por la inundación ocurrida al romperse los diques que protegían a Nueva Orleans, a pesar de que ello no se preveía en la póliza de seguro. Para una discusión detallada, ver Andrews et al. Curiosamente, el 5º Circuito de Mississippi concluyó lo opuesto en el caso *Paul Leonard and Julie Leonard vs. Nationwide Mutual Insurance Co* (499 F 3d 419).
- 45 En Brasil el referencial de la remuneración de los títulos del gobierno era de 17% al año y el tribunal de Justicia del Río Grande del Sur solía limitar la tasa de interés de los contratos bancarios en 12% (evitando lo que se llamaba usura, cometido por los bancos).
- 46 El Informe del Consejo Nacional de Justicia (2005) es bastante claro en este punto. El Departamento de Rio Grande do Sul es conocido por su tendencia a proteger a la parte más débil. La consecuencia es que el Poder Judicial está sobrecargado, con una tasa de proposición de nuevos pleitos mucho más elevada que en otros Departamentos brasileños, en los cuales la litigación no fue alimentada con el mismo nivel de intervención contractual. Es más, dado que los litigios son subsidiados por el Departamento (solamente una pequeña parte del proceso es realmente pagada por las partes), el crecimiento de las nuevas acciones propuestas es fuente de otros encargos para los contribuyentes.
- 47 Para la discusión acerca del método más eficiente de interpretación del contrato, ver Shavell (2004:301ss). Particularmente interesante es la opinión de Schwartz y Scott (2003:568): los tribunales deberían dar una interpretación restringida a los contratos y próxima a su significado textual.
- 48 Según Schwartz y Scott (2003) esta no es propiamente la función del Derecho Contractual, pero sí el objetivo de la regulación de valores inmobiliarios, la regulación contra los monopolios y también del Derecho Ambiental. Opino que el derecho Contractual debería estar listo para aceptar estas tareas del Derecho Anti-trust y del mercado accionario, toda vez que prácticas nocivas al mercado pueden ocurrir por medio de los contratos. Así, existe un punto de intersección entre el Derecho Contractual puro y las referidas regulaciones.

Es el Derecho Contractual que considerará nulo e ineficaz un contrato contrario a la política pública. El Derecho Antitrust puede permitir eso, pero es más utilizado para la aplicación de multas o para la responsabilidad civil.

- 49 Para un diagnóstico del problema, ver *Newsletter Valor Econômico*, Año 5(990), Cad. Agronegócios, 15.02.2006.
- 50 ApCív 79.859-2/188 e ApCív 82.254-6/188, ambas juzgadas por la 1ª Câ. Cív. del TJGO.
- 51 3ª T., REsp 803.481-GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.06.2007, DJ 01.08.2007, p. 462; 3ª T., REsp 783.404-GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.06.2007, DJ 13.08.2007, p. 364;
- 52 Segunda Seção, REsp 271.214-RS, rel. Min. Ari Pargendler, rel. p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 12.03.2003, DJ 04.08.2003, p. 216.
- 53 STJ, Suspensão de Liminar e de Sentença 804-SP (2007/0295780-7), Min. Barros Monteiro, 06.12.2007.
- 54 TRF 4ª Reg., EI na ApCív 17.224, rel. Des. Federal Luiz Carlos Lugon.
- 55 Se podría hacer más complejo el análisis del contrato como sistema de regulación que envuelve aspectos institucionales, interactivos y sociales, pero ese asunto ya fue abordado en Timm (2005).

REFERENCIAS

- Ackerman, Bruce, 1971, "Regulating slum housing markets on behalf of the poor: of housing codes, housing subsidies and income redistribution policy", *Yale Law Journal*, v. 80.
- Amaral Neto, Francisco, "A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica", *Revista de Direito Civil*, v. 47.
- Amaral, Pedro Eichin, 2003, "Função social dos contratos de transferência de tecnologia", *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, N° 66.
- Andrews, W. et al. "Flood of uncertainty: contractual erosion in the wake of hurricane Katrina and the Eastern District of Louisiana's ruling in re Katrina Canal Breaches consolidated Litigation", *Tulane Law Review*, 81 Tul. L. Rev 1.277.
- Atiyah, P., 1979, *The rise and fall of the freedom of the contract*, Oxford: Clarendon Press.
- Azevedo, Antônio Junqueira de, 1998, "Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual", *Revista dos Tribunais*, v. 750, pp. 113-120.
- Banco mundial, 1999, "Court performance around the world: a comparative perspective", Technical Paper # 430, WTC430.

- Baptista da Silva, Ovídio Araújo, 2001, *Palestra em Fórum de Direito do Seguro* José Sollero Filho, Porto Alegre.
- Bobbio, Norberto, 2007, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del Diritto*. Roma: Laterza.
- Buscaglia, Edgardo, 1997, "A quantitative assessment of the efficiency of the judicial sector in Latin America", *International Review of Law and Economics*, v. 17.
- Canaris, Claus-Wilhelm, 1971, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München: C. H. Beck.
- Capelletti, M., 1984, *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè.
- Caruso, Daniela, 2007, "Contract law and distribution in the age of welfare reform", *Arizona Law Review*, v. 49.
- Coase, Ronald, 1988, *The firm, the market and the law*, Chicago: University of Chicago Press.
- Cohn, Gabriel (Ed.), 1977, *Sociologia: para leer os clássicos*, São Paulo: Livros Técnicos e Científicos.
- Consejo Nacional de Justicia de Brasil, 2005, *Informe Justiça em números*, en http://www.cnj.gov.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_numero_2005.pdf
- Cooter, Robert; Ulen, Thomas, 2003, *Law & economics*, Boston: Addison Wesley.
- Corte Internacional de Arbitraje, 2006, *Informe Anual*, París: Cámara de Comercio Internacional.
- Craswell, Richard, 1988, "Contract remedies, renegotiation and the theory of efficient breach", *Southern California Law Review*, v. 61.
- Craswell, Richard, 1991, "Passing on the costs of legal rules: efficiency and distribution in buyer-seller relationships", *Stanford Law Review*, v. 43.
- Da Silva, Jorge Cesa Ferreira, 2003, "Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil" en: SARLET, Op. Cit.
- David, R., 1995, *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes.
- Dezalay, Yves; Garth, Bryant, 1995, "Merchants of law as moral entrepreneurs: constructing international justice from the competition for transnational business disputes", *Law and social inquiry*, v. 29.
- Dezalay, Yves; Garth, Bryant, 2004, "The confrontation between the big five and big law: turf battles and ethical debates as contests for professional credibility", *Law and social inquiry*, v. 29.

- Dogde, William S., 1999, "The case for punitive damages in contracts", *Duke Law Journal*, v. 48.
- Dumont, Louis, 1983, *Essais sur l'individualisme: une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris: Éditions du Seuil,
- Durkheim, E., 1980, *Da divisão do trabalho social*, 2. ed. Lisboa: Presença.
- Eisenberg, Melvin, 2001, "The emergence of dynamic contract law", *Theoretical inquiries in law*, v. 2 (1).
- Engelmann, Fabiano, "Études à l'étranger et médiation des modèles institutionnelles: le cas des juristes brésiliens", *Cahiers de la recherche sur l'éducation et les savoirs*, n. 7
- Engelmann, F., 2005, *Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do directo*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Engelmann, F., 2007, *Estudos no exterior e mediação de modelos institucionais: o caso dos juristas brasileiros*, (Inédito).
- Fachin, Luiz Edson, 2000, *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Faria, José Eduardo, 1998, "O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico", en *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo: Malheiros.
- Farnsworth, Alan, 2004, *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen.
- Forgioni, Paula Ana, 1998, "Os fundamentos do antitruste", *Revista dos Tribunais São Paulo*.
- Fried, Charles, 1981, *Contract as promise*, Cambridge: Harvard University Press.
- Gilmore, Grant, 1995, *The death of contract*, Columbus: Ohio State University Press.
- Gogliano, Daisy, 2005, "A função social do contrato (causa ou motivo)", *Revista Jurídica*, Nº 334.
- Gomes, Orlando, 2007, *Introdução ao direito civil*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense.
- Gordon, Robert, 1984, "Critical legal histories", *Stanford Law Review*, v. 36.
- Granovetter, Mark, 1985, "Economic action and social structure: the problem of social embeddedness", *American Journal of Sociology*, v. 9 (3).
- Grau, Eros, "Um novo paradigma de contratos?", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 96.
- Grau, Eros, 2007, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 12^o ed., São Paulo: Malheiros.
- Hart, H. L. A., 1997, *The concept of law*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press.
- Hayek, Friedrich A., 1997 (1960), *The constitution of liberty*, Chicago: University of Chicago Press.

- Hespanha, Antônio Manuel, 1997, *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, Portugal: Publicações Europa-América.
- Holmes, Oliver, 1991, *The common law*, New York: Dover Publications.
- Horwitz, Morton, 1974, "The historical foundations of modern contract law", *Harvard Law Review*, v. 87.
- Horwitz, Morton, 1977, *The transformation of american law*, Cambridge: Harvard University Press.
- Instituto PENSA-USP, 2005, Informe presentado en el Seminario del 5 de diciembre.
- Irti, Natalino, 1999, "Teoria generale del diritto e problema del mercato", *Rivista di Diritto Civile*, n. 2, jan.-mar.
- Jamin, Christophe, 2001, "Plaidoyer pour le solidarisme contractuel" en *Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris: LGDJ.
- Kaser, Max, 1999, *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Kelsen, Hans, 1967, *Pure theory of law*. Berkeley: U.C. Berkeley Press.
- Kennedy, Duncan, 1976, "Form and substance in private law adjudication" *Harvard Law Review*, v. 89.
- Kennedy, Duncan, 1982 "Distributive and Paternalist motives in contract and tort law", *Maryland Law Review*, v 41.
- Kronman, Anthony, 1980, "Contract law and distributive justice", *Yale Law Journal*, v. 89.
- Kronman, Anthony, 1983, "Paternalism and the law of contracts", *Yale Law Journal*, v. 92.
- Kuhn, Thomas, 1982, *A estrutura das revoluções científicas*, São Paulo: Perspectiva.
- Kunkel, W., 1973, *An introduction to roman legal and constitutional history* 2^o ed. Oxford: Clarendon Press.
- Laclau, Ernesto, 1990, *New reflections on the revolution of our time*, Londres: Verso.
- Lee Reed, O., 2001, "Law, the rule of law and property: a foundation for the private market and business study", *American Business Law Journal*, v. 38.
- Leonardo, Rodrigo, 2005, "A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça", *RT* 832/100, São Paulo.
- Lobo, Paulo Luiz Neto, 1986, *O contrato: exigências e concepções atuais*, São Paulo: Saraiva.
- Lopes, José Reinaldo de Lima, 1998, "Crise da norma jurídica e reforma do judiciário", en *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo: Malheiros.
- Lopes, José Reinaldo de Lima, 2000, *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad.

- Lukes, Steven, 1977, "Bases para a interpretação de Durkheim", en Cohn, Op. Cit.
- Macaulay, Stewart, 1963, "The use and non-use of contracts in the manufacturing industry", *The Practical Lawyer*, v. 9, n. 7, Londres: Legalease.
- Macaulay, S., 2000, "Relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein", *Northwestern University Law Review*, v. 94.
- Macaulay, S. 2003, "The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules", en *Implicit dimensions of contract*, Oxford: Hart Publishing.
- Macedo, Ronaldo Porto, 1999, *Contratos relacionais*, São Paulo: Max Limonad.
- Machado, Rafael Bicca; Timm, Luciano Benetti, 2006, "Direito, Mercado e função social", *Revista da Juris*, v. 103, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.
- Macneil, Ian, 1978, "Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law", *Northwestern University Law Review*, v. 72, n. 6.
- Macneil, Ian, 2003, "Reflections on relational contract theory after neo-classical seminar", *Implicit dimensions of contract*, Oxford: Hart Publishing.
- Malloy, Robin Paul, 2004, *Law in a market context*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Marques, Claudia Lima, 1995, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Martins-costa, Judith, 1992, "Crise e modificação da noção de contrato no direito brasileiro", *Revista Direito do Consumidor*, v. 3., São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-dez.
- Martins-costa, Judith, 2005, Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista DireitoGV*, v. 1, São Paulo: Fundação Getulio Vargas.
- Nery, Rosa Maria Andrade, 2004, "Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado", *Revista de Direito Privado* 17/70. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar.
- North, Douglas, 1990, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Pacheco, José da Silva, 2003, "Da função social do contrato", *Revista Advocacia Dinâmica*, 34.
- Perlingieri, Pietro, 1994, *Profili del diritto civile*. Napoli: Scientifiche Italiane.
- Pinheiro, Armando Castelar y SADDI, Jairo, 2005, *Direito, economia e mercados*, São Paulo: Campus..
- Polinsky, Mitchell, 1994, *Análisis económico del derecho*, Madrid: Ariel Ponz.

- Posner, Eric, 1995, "Contract law in the Welfare State: a defense of the unconscionability doctrine, usury laws and related limitations on the freedom to contract" *Journal of Legal Studies*, v. 24.
- Posner, E., 2003, "Economic analysis of contract law after three decades: success or failure", *Yale Law Journal*, v. 112.
- Posner, E., 2007, "What the efficient performance hypothesis means for contract scholarship", *Yale Law Journal Pocket Part*, v. 116.
- Posner, Richard, 1990, *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, R., 2003, *Law, pragmatism, and democracy*, Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, R., 2007, *Economic analysis of law*, 7th ed., New York: Aspen.
- Pound, Roscoe, 1908, "Mechanical jurisprudence", *Columbia Law Review*, v. 8, Columbia Law School.
- Rodrigues Jr., Otavio Luiz Rodrigues, 2004, "A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos", *RT* 821/81, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Roppo, Vincenzo, 2001 *Il contratto*, Ed. Giuffrè.
- Salomão filho, Calixto, 2004, "Função social do contrato: primeiras anotações", *RT* 823/67, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Santos, Eduardo Sens, 2003, "A função social do contrato – elementos para uma conceituação", *Revista de Direito Privado* 13/99, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar.
- Sarlet, Ingo (Ed), 2003, *O novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Penteado Jr., Cássio M. C., 2003, "O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* v. 21.
- Scalise (Jr), Ronald, 2007, "Why no *efficient breach* in the civil law: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract", *American Journal of Comparative Law*, v. 55.
- Schultz, Fritz, 1951, *Classical roman law*, Oxford: Clarendon.
- Schwartz, Alan; Scott, Robert, 2003, "Contract theory and the limits of contract law," *Yale Law Journal*, v. 113.
- Shavell, Steven, 2004, *Foundations of economic analysis of law*, Cambridge: Harvard University Press.
- Shavell, Steven; Kaplow, Louis, 1994, "Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income", *Journal of Legal Studies*, v. 23.

- Speidel, Richard, 2000, "The characteristics and challenges of relational contracts", *Northwestern Law Review*.
- Sustein, Cass, 1997, *Free market and social justice*, Oxford: Oxford University Press.
- Swedberg, Richard, 1990, *Economics and sociology*, Princeton: Princeton University Press.
- Sztajn, Rachel y Zylbersztajn, Décio, 2005, *Direito e economia*, São Paulo: Campus.
- Talley, Eric, 1994, "Contract renegotiation, mechanism design, and the liquidated damages rule", *Stanford Law Review*, v. 46.
- Theodoro de Mello, Adriana Mandim, 2002, "A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro", *RT* 801/11, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Theodoro jr., Humberto, 2003, *O contrato e sua função social*, Rio de Janeiro: Forense.
- Timm, Luciano (ed.), 2005, *Direito e economia*. São Paulo: Thompson/IOB.
- Timm, Luciano, 2006a, "As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual", *RT*, v. 844, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev., pp. 85-95.
- Timm, Luciano, 2006b, "Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito", *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set., pp. 15-31.
- Timm, Luciano; Cooter, Robert D.; Schaefer, B., 2006, "O problema da desconfiança recíproca", *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 1. Berkeley Electronic Press, en<<http://services.bepress.com/lacjls/vol1/iss1/>
- Trebilcock, Michael J., 1993, *The limits of freedom of contract*, Cambridge: Harvard University Press.
- Ulen, Thomas, 1984, "The efficiency of specific performance: toward a unified theory of contract law", *Michigan Law Review*, v. 83.
- Unger, Roberto, 1983, "The critical legal studies movement", *Harvard Law Review*, v. 96.
- Wald, Arnaldo, 2003, "O novo Código Civil e o solidarismo contratual", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 21/35, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set.
- Wambier, Teresa, Arruda Alvim, 2005, "Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002 – a função social do contrato", *RT* 831/59, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Weinrib, Ernest J., 1995, *The idea of private law*, Cambridge: Harvard University Press.
- Williamson, Oliver, 1985, *The economic institutions of capitalism*, Nova Iorque: Free Press.