

LA MERCANTILIDAD Y EL CONCEPTO MODERNO DE CONTRATO

En Homenaje a los Doscientos años del Código Civil Francés.

Hernán Figueroa Bustamante

Profesor de Derecho Monetario y Bancario / Derecho del Mercado de Valores y Derecho Comercial de la UNMSM, UNFV y UTP.

SUMARIO:

1.- Concepto Clásico de Contrato	93
2.- El Contrato y el Acuerdo de Voluntades	94
3.- El Contrato en el Derecho Romano	94
4.- Contrato sin consentimiento	95
5.- El Contrato como acuerdo de Voluntades	96
6.- Nueva visión del Contrato a principios del Siglo XX	97
7.- Nueva Concepción del Contrato en la actualidad	98
8.- Las llamadas relaciones contractuales de hecho	99
9.- Teoría de Duguit sobre la manifestación unilateral de voluntad	100
10.- Manifestaciones Unilaterales recíprocas y correlativas ..	100
11.- El Consentimiento contractual en el Contrato masivo	101
12.- Crisis del Contrato	101
13.- La Igualdad negocial de las partes	101
14.- Definición de Contrato	102
15.- Revisión del concepto de Contrato	103
16.- Concepto de Contrato. Un enfoque más amplio	105

1. Concepto Clásico de Contrato

El concepto clásico de contrato, reiterado hasta la actualidad considera como elemento central del mismo al consentimiento, expresión del acuerdo de voluntades. Así el artículo 1352 del Código Civil señala: «El contrato es el acuerdo de voluntades destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial».

Este concepto clásico no ha sido el originario, fue realmente acuñado a fines del siglo XVIII, pero ha sido considerado inmodificable hasta una época reciente.

Pero la realidad del mundo comercial demuestra que hoy día tal declaración de voluntad común, característica de los tradicionales contratos negociados es la excepción, pues la regla la constituyen los contratos con cláusulas predispuestas, los celebrados sobre la base de condiciones generales, los contratos de adhesión, de ventanilla, el contrato normado, y hasta nos hallamos frente al hecho no poco frecuente del «contrato obligatorio ó forzoso». Ante esta realidad que caracteriza a la contratación comercial de nuestros días, referida a la adquisición de bienes y servicios a través de maquinas automáticas y situaciones similares se ha acuñado la expresión «relaciones contractuales de hecho». Dicha denominación no es errónea, pero en nuestra opinión no se debe pretender que estas llamadas «relaciones contractuales de hecho» constituyan una figura distinta del contrato, sino incluidas dentro de su concepto general.

2.- El Contrato y el acuerdo de voluntades.

El concepto de contrato, basado en la declaración de voluntad común, nos resulta algo natural y muy claro, pues constituye una noción muy arraigada en nuestra ciencia jurídica y parece corresponder tan exactamente con el orden lógico de nuestras ideas y con el orden natural de las cosas, que no se piensa que en su origen y etimológicamente «contrato» no significó la obligación nacida necesariamente de un «acuerdo de voluntades».

La concepción que adopta la declaración de voluntad como base del contrato surge después de una larga evolución del pensamiento jurídico, confusa y no muy bien conocida, que los historiadores han ido aclarando poco a poco y fatigosamente. Como indica Díez Picazo¹ «el concepto de contrato que hoy poseemos no se formó en el Derecho Romano» y por ello, así como respecto de toda idea, no hay razón para sostener que esta evolución del concepto de contrato ha quedado solidificada y no puede continuar evolucionando respondiendo a las cambiantes necesidades de una realidad socioeconómica en permanente transformación.

3.- El Contrato en el Derecho Romano.

Para entender mejor el significado de contrato en el Derecho Romano resulta pertinente remontarnos al origen etimológico del vocablo, así como al sentido del termino pacto en dicho derecho. «Contrato» deriva de «contrahere»,

¹ DÍEZ PICAZO, LUIS: FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL. Editorial Tecnos Madrid 1983, Volumen 2, Pag. 96

que a su vez deriva de «trahere» «Contractus» es, pues, una situación que da origen a ese especial «vinculum iuris» en que consiste la «obligatio». Coincidentemente, Fontanarrosa explica² que el verbo «contrahere» es un verbo antiguo, que usado literal y metafóricamente «contrahere» significa por regla general, «realizar», «perpetuar», y «concitar» (admitiere, committere, constituere). Se debe tener en cuenta que en la lengua latina la palabra «contrahere», no significa primariamente celebrar un contrato, incluso entre los mismos juristas clásicos. En contraste con el verbo contrahere, el sustantivo «contractus» apareció mucho más tarde. Sin duda alguna el término jurídico contractus fue acuñado por los juristas del periodo último de la República³.

En el antiguo Derecho Romano, para que naciera una obligatio no resultante de un delito era necesario realizar determinados actos solemnes y naturales (nexum, sponsio, stipulatio). De suerte que sólo a aquellos actos solemnes y rituales que generaban una obligatio se les pudo llamar contractus cuando se comenzó a utilizar esta denominación. En razón de ello, Messineo nos explica que en el Derecho Romano el término contractus tenía un significado distinto del que le otorgan los juristas modernos. La concepción que identifica el contrato con la declaración de voluntad común (consentimiento) se plasma en los códigos occidentales del siglo XIX Concretamente en Derecho Romano, «contrato» no significaba el acuerdo que da nacimiento a la relación obligatoria, sino el vínculo en si como hecho objetivo⁴.

4.- Contrato sin consentimiento.

La figura correspondiente al contrato, en el cual se otorga relevancia al elemento subjetivo (consentimiento, acuerdo, declaración de voluntad común) se insinúa solamente en la época post clásica del derecho justiniano, con el nombre de pactum (o pactio) o convenio, de donde surge el elemento consensus; de modo que en realidad el pactum viene a ser el verdadero antecedente de contrato moderno⁵ ciertamente, no es sino el pacto de los romanos: o un acuer-

² FONTANARROSA, RODOLFO: Derecho Comercial Argentino, Tomo II Editorial Zavallia Buenos Aires 1969, p.15.

³ FONTANARROSA comenta: «Originariamente significó celebrar o realizar un acto y fue usado en unión con un sustantivo en genitivo: «contractus stipulationes» (la celebración de una estipulación), contractus emptiones (la celebración de la venta)»

⁴ MESSINEO, FRANCESCO: «El Contrato en General», Ediciones Ediar, Buenos Aires 1973, pag. 8

⁵ MESSINEO, Obra citada: En el Derecho Romano se hablaba de contratos consensuales en posición a los reales.

do de voluntades, idóneo para dar vida a una obligación (*solvis consensus obligat*). O sea que en el Derecho Romano clásico la obligación nacida de un contrato no requería el acuerdo de voluntades⁶. En cambio este acuerdo de voluntades era la base del pacto. Bien destaca Díez Picazo que es precisamente el pacto y no el contrato, lo que Ulpiano define como «*duorum in idem placitum vel consensus*». Los pactos eran acuerdos de voluntades. Si bien en un principio no generaban ningún efecto jurídico inmediato, pues no daban nacimiento a una obligación a la cual se otorgara acción para exigir el cumplimiento de lo pactado, posteriormente, algunos pactos fueron provistos de acción, como ocurrió con los llamados «*pacta adiecta*» que eran pactos añadidos a un contrato como cumplimiento de él; los pactos tipificados por el PRETOR como el pacto de hipoteca y «*pacta legitima*» o pactos a los cuales los emperadores concedieron una acción especial.

La relación entre contrato y acuerdo de voluntades tampoco fue reconocido en el derecho intermedio. La jurisprudencia medieval, desde los glosadores hasta los intérpretes del siglo XV, continuo actuando alrededor de los esquemas del sistema Romano justiniano, al cual permanece sustancialmente fiel. Los autores de este periodo conservan la antítesis fundamental entre «*contractus*» y «*pacta*», o usando la fórmula por aquellos empleada, entre «*pacta vestita*» y «*pacta nuda*».

Esto ha determinado que aún actualmente exista cierta confusión en la doctrina universal acerca del empleo de los términos «acuerdo», «convención», «contrato» y «pacto», confusión que se remonta al Derecho Romano.

5.- El Contrato como acuerdo de Voluntades.

Señala ROSCOE POUND⁷ que la consagración del concepto de contrato como declaración de voluntad común, es el resultado de la concepción sobre la finalidad del derecho que empezó a tener rigor a partir del siglo XVI.

⁶ PETIT, EUGENE: «Tratado Elemental del Derecho Romano», Ediciones Albatros, Buenos Aires, 1966, pág. 397. El Derecho Romano la estipulación es una manera de contratar, que consiste en una interrogación al efecto obligar, hecha por el que quiere hacerse acreedor, seguidas de una respuesta afirmativa y conforme a la pregunta hecha por el que cosiente en hacerse deudor. ¿Prometes darme 5 escudos de oro? Lo prometo. La palabra *stipulatio* se aplica en general al conjunto del contrato.

⁷ POUND, ROSCOE: «Introducción a la Filosofía del Derecho», Editorial TEA, Buenos Aires, 1972, pág. 58 y siguientes.

Con la desintegración gradual del orden social del feudalismo transformándose en una nueva sociedad consagrada a los descubrimientos, la colonización y el comercio, apareció la necesidad de otorgar más importancia al individuo, pues había que contemplar la posibilidad de que los hombres utilizaran al máximo sus poderes personales en los descubrimientos, conquista y explotación de los recursos naturales. En consecuencia, vino a considerarse como finalidad del derecho la máxima expresión del libre albedrío individual.

6.- Nueva visión del Contrato a principios del Siglo XX.

El pensamiento jurídico del siglo XIX, concibió al contrato como expresión de la voluntad individual plasmada en el acuerdo de voluntades; pero llegó un momento en que no hubo más continentes que descubrir; los recursos naturales se hallaban en progresiva explotación⁸; y ya a finales del siglo XIX, había que conservar lo que quedaba aprovechable. Las fuerzas de la naturaleza estaban controladas y el desarrollo industrial había adquirido proporciones insospechadas, lo que fue creando un sistema económico donde por un lado las empresas han ido adquiriendo cada vez mayor poder, frente a la masa proletaria y por el otro hizo su aparición la masa de los consumidores inermes, por lo cual se comenzó a advertir que ya no sería posible continuar permitiendo, a los individuos hacer cualquier cosa que su información inquieta ó' su audaz ambición le sugiriera como un medio de conseguir beneficios.

Expresa Roscae Pound que aunque los abogados continuaron repitiendo la antigua fórmula inspirada en el principio del libre albedrío individual, el derecho en el siglo XX, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, comenzó a orientarse en otra dirección. Empezó por un lado a restringirse la libertad del propietario para hacer en lo suyo lo que quisiera, a fin de que no traspusiese sus límites poniendo en peligro la seguridad pública. Y en el ámbito de los contratos se consideró la necesidad de restringir la plena libertad pregonada, a medida que se fue advirtiendo que las nuevas condiciones económicas, industriales, comerciales tecnológicas y sociales hicieron que la abstracta libertad contractual y el acuerdo de voluntades como base de los contratos, resultaban ilusorios y menoscababan antes de que promovieran el pleno desarrollo de los individuos que en su casi totalidad de pronto se hallaron y se hallan sometidos a la voluntad de las grandes empresas que imponen sus condiciones a la masa informe de adquirentes.

⁸ VELLESPINOS, CARLOS GUSTAVO: «El Contrato de Adhesión a Condiciones Generales», Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, pag. 186.

En la actual realidad económica nacional e internacional, el desarrollo de la contratación masiva de bienes y servicios, los profundos cambios producidos así como las necesidades de seguridad jurídica de las partes intervinientes y el incremento del tráfico comercial, motivan la necesidad de regular mediante un marco legal general y no reglamentario, las nuevas modalidades contractuales, que pueden emplearse alternativamente en la vida de las personas naturales así como en la actividad empresarial privada y pública.

La contratación empresarial por su masividad y difusión, tiene los requisitos de forma e interpretación de los contratos tradicionales, pero se efectúa en forma estandarizada y orientada a un amplio número de consumidores y usuarios. Ello ha permitido que adquiera tipicidad social, consuetudinaria derivada de su permanente y creciente utilización en ejercicio de la autonomía privada y libertad contractual de las partes.

Sin embargo, dichos contratos no son nominados al carecer de una denominación precisa o no están previstos legalmente, carecen de tipicidad legal respecto a la naturaleza del contrato y de los derechos y obligaciones emergentes. Por ello tienen la calidad de innominados o nominados pero atípicos no regulados por la legislación civil y comercial.

Se advierte, sin embargo, la creciente negociación de muchas transacciones públicas y privadas que se formalizan mediante estos acuerdos a pesar de carecer de regulación lo que representa, un determinado riesgo en términos de solución de conflictos de intereses o incertidumbre jurídica, así como para el desarrollo de mayores invasiones y el ejercicio de los derechos de los contratantes. Así, consideramos que una prudente regulación que contribuya a precisar los elementos esenciales de los contratos modernos, en modo alguno limita sino afirma la autonomía de la voluntad, la iniciativa privada y las inversiones.

7.- Nueva concepción del Contrato en la actualidad.

Esto ha determinado la necesidad de revisar el clásico concepto de contrato partiendo de la base de que así como se lo concibió hasta mediados del siglo XIX como instrumento jurídico apto para que el individuo aplicara su libre voluntad al descubrimiento, a la explotación de los recursos naturales y expansión del comercio, a fines del siglo XIX y en el siglo XX el enfoque debió ser otro, pues se advirtió que la gran masa de los individuos contratan para satisfacer sus necesidades, en su mayoría las necesidades de cada día, sometidos a las imposiciones de los empresarios. Por ello los juristas comenzaron a señalar

que los contratos debían enfocarse más desde el punto de vista de las necesidades, deseos o expectativas humanas que buscan satisfacer los individuos por medio de ellos, que desde la óptica del consentimiento como expresión de un acuerdo de voluntades inexistente.

8.- Las llamadas relaciones contractuales de hecho.

El concepto de relaciones contractuales tácticas u obligaciones de conducta social típica, es una concepción nacida en Alemania, elaborada por HAUPT, muy discutida. Según ella se desconoce la naturaleza contractual del supuesto fáctico que da origen al vínculo obligatorio. Serían de hecho, pues nacen de un acto no contractual, pero serán contractuales en cuanto se les aplican las normas vinculadas a los contratos. Por ejemplo, la utilización de un ómnibus, de un servicio público, de un aparato automático, en cuanto se le aplican las normas vinculadas a los contratos.

Lo anteriormente expuesto sobre las limitaciones que halla el consentimiento en los «contratos no negociados», tiene su manifestación más aguda en las llamadas «relaciones contractuales de hecho», así denominadas por cierto sector de la doctrina porque no es fácil ubicar dentro del concepto clásico de consentimiento estas nuevas formas de relaciones jurídicas nacidas de la actividad mercantil de los últimos decenios en las que basta el simple hecho de apretar un botón, tirar de una palanca, oprimir una tecla, etc, para obtener determinadas bienes y servicios. No hay tratativa posible, sólo una máquina o un empleado que actúa así como una máquina.

Constituye una forma de contratación que cada día se torna más altamente tecnificada y dinámica, como consecuencia forzosa del incremento del comercio masivo, que no se puede someter a los clásicos y respetables principios propios del contrato civil, pues ello significa querer condenar a muerte el tráfico masivo, el derecho comercial y desconocerle su función tuitiva de este tráfico en masa, en salvaguardia de la parte económica y jurídicamente débil⁹.

El comprador adquiere el bien y paga su precio siguiendo las instrucciones impuestas por el empresario para el uso de la máquina; pero sin el diálogo posible. No es muy diferente la situación en los almacenes y tiendas de autoservicio en las cuales el adquiriente reubica frente a los paquetes presentarse en la caja y pagar. En estos casos, ¿hay consentimiento? ¿Hay contrato?

El cuestionamiento sobre si es posible hablar de consentimiento en los contratos en masa llega a su extremo, sin dudas, en los supuestos analizados precedentemente, y que algunos prefieren llamar «contratos mecánicos», o bien «relaciones contractuales de hecho» u «obligación de conducta social típica».

9.- Teoría de DUGUIT sobre la manifestación unilateral de voluntad.

Duguit⁹ se ocupó del contrato en las primeras décadas del siglo XX. Todas sus elaboraciones en torno del contrato estuvieron basadas en la aparición de ciertos tipos negociales, los cuales, según su óptica no encajan en la estructura clásica del contrato.

Según una nueva concepción negocia sobre bases distintas del clásico consentimiento, pues el cliente que hace uso del aparato distribuidor, se adhiere a cierto estado de hecho predispuesto por el propietario: pero Duguit se opone a que se pueda afirmar que las partes entran en contacto y se ponen de acuerdo. Dicho autor expresa que no se verifica un acuerdo de voluntades, pero advierte un acuerdo sobre las condiciones del pretendido contrato.

10.- Manifestaciones unilaterales recíprocas y correlativas.

En nuestra opinión, la relación jurídica emergente del uso de estas máquinas, dispositivos y modalidades semejantes, aunque actúe un empleado de la empresa proveedora de bienes o servicios, sin facultad de decisión, configura un contrato con las especiales características y connotaciones que son las propias de la contratación en masa. Estos surgen de la concepción del contrato mercantil impuesta por costumbre durante el siglo XX y en lo que va del siglo XXI, que amplía el concepto de acuerdo de voluntades, determinado por el Artículo 1352 del Código Civil.

La costumbre según el Código de Comercio Peruano, permite dar a los contratos y a los hechos del efecto que deben tener según el código de comercio peruano, permite dar a los contratos y los hechos del efecto que deben tener según la voluntad presunta de las partes. Las costumbres mercantiles pueden servir de regla «para interpretar los actos mercantiles». ¿Puede haber duda acerca de cuál es la voluntad de quien instala una máquina con las instruccio-

⁹ DUGUIT, LEON, Citado por Juan Carlos Rezzónico, en «Contratos», Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, pag. 84.

nes para su uso a fin de que el usuario pueda obtener el bien o el servicio que se promete?

En realidad los hechos exteriores de manifestación de voluntad pueden consistir en la ejecución de un hecho material consumado o comenzado o simplemente en la expresión positiva ó tácita de la voluntad. La instalación de la maquina es el hecho material por parte del diferente, que constituye uno de los posibles modos de manifestación de la voluntad que se encuentran en las normas sobre el acto jurídico de nuestro Código Civil.

11.- El Consentimiento contractual en el Contrato masivo.

En realidad para que haya consentimiento, no es necesario que exista una declaración de voluntad común, sino que consiste en la concurrencia de manifestaciones de voluntades reciprocas y correlativas de dos o más partes, que coinciden en la obtención de un resultado jurídico común, aunque cada parte persiga fines propios (motivo en individualidad de cada contrato).

Nuestra Constitución, consagra la libertad de contratación como un derecho humano, debiendo distinguirse entre la libertad de contratar, la facultad de celebrar o no el contrato y la libertad para contratar, referida a la posibilidad de configurar el contenido del contrato. En las nuevas modalidades contractuales masivas se encuentra garantizada la libertad de aceptar o rechazar el contenido del contrato, pero no se puede formular ninguna posición jurídica en cuanto a sus alcances.

12.- Crisis del Contrato

El clásico concepto de contrato está en crisis porque sus principios básicos en la igualdad de negociación de ambas partes presentan profundas alteraciones en el tráfico mercantil actual. Sin embargo, la voluntad de ambas partes es necesaria para dar nacimiento al vinculo contractual, lo que está en crisis es el concepto clásico, pero no el contrato.

13.- La igualdad negocial de las partes.

En los contratos mercantiles - salvo en los contratos celebrados en igualdad de situación - una de las partes ve, restringido al máximo su poder de negociar el contenido del contrato. También en el contrato clásico, propio de las relaciones civiles, el destinatario de la oferta no tiene otra alternativa que acep-

tarla o rechazarla; pues toda aceptación que introduzca cualquier modificación a la oferta, implica una contra oferta en la que se modifican los roles.

De modo que, en este aspecto no hay una diferencia conceptual con la oferta que hace el empresario con cláusulas predispuestas; pero la diferencia existe en las circunstancias que rodean a una y otra oferta. En la segunda el empresario tiene asumida una actitud que por la propia organización de su empresa y dinámica comercial, impide que se formule una contraoferta, pues está no será atendida, ya que la estructura económica y financiera de tales negocios determinan que dicha oferta no sea susceptible de negociación. En cambio en una oferta destinada a celebrar un contrato civil, se halla siempre abierto la posibilidad de las tratativas tendientes a llegar a un acuerdo común, salvo una obstinación o postura intransigente de las partes. Pero mientras que en el contrato civil esta conducta del afrente resultaría de una cuestión meramente subjetiva, en los contratos masivos del comercio actual ello obedece a razones objetivas resultantes de la dinámica mercantil que así lo impone.

14.- Definición de Contrato.

Señala DIEZ PICAZO¹⁰ que la teoría que concibe al contrato sólo como resultado del consentimiento es desarrollada principalmente merced a la escuela del derecho natural racionalista, nacida y desenvuelta en los siglos XVII y XVIII y al pensamiento de la Ilustración. Tomando como punto de partida el racionalismo y el individualismo jurídico, esta escuela puso de relieve en primer lugar la idea de la voluntad individual, tal como lo destaca Roscoe Pound. El fundamento racional de la creación de las obligaciones es la libre y coincidente voluntad de los contratantes.

Diez Picazo acusa acertadamente a esta escuela de un racionalismo anti-histórico por su total desvinculación con los esquemas tradicionales del Derecho Romano, lo cual llevó a dicha escuela a establecer por primera vez la idea según lo cual «**SOLUS CONSENSUS OBLIGAT**», que se consagra como un principio dogmático de derecho natural; lo que dio base para formular una nueva contraoferta fundada sobre una concepción unitaria del contrato como acuerdo de voluntades, concepción que fue recibida como indiscutible por los juristas del siglo XIX y principios del siglo XX.

¹⁰ DIEZ PICAZO: Obra citada, pág. 96

Para hallar una respuesta adecuada, a la pregunta que dejó formulada, lo importante es poder ubicar, dentro de un concepto amplio todos los supuestos en los cuales el vínculo obligatorio entre las partes nace por la voluntad concurrente de cada una de ellas, aun cuando no se da el supuesto de declaración de voluntad común o acuerdo de voluntades. Debe tenerse presente en relación a las llamadas «relaciones contractuales de hecho», que las condiciones generales de contratación constituye una manifestación de voluntad del estipulante, pero que son carentes por sí mismas de eficacia jurídica. Su eficacia jurídica depende, cada vez que un cliente contrata, de que dichas condiciones generales adquieran vigencia, para ese caso en particular, convirtiéndolas en contenido del negocio jurídico concreta como consecuencia de la manifestación de voluntad de la otra parte.

15.- Revisión del Concepto de Contrato.

El concepto de contrato no puede ser fosilizado. La conceptualización que surge del artículo 1352 del Código Civil Peruano, constituye una categoría histórica, pues la determinación de un contrato abstracto y general, identificado con el acuerdo de voluntades, es el resultado de dos movimientos operados entre los siglos XVII y XVIII: el de los juristas, constreñidos consciente e inconscientemente a forzar la letra y el espíritu de la ley romana para adaptarlo a las necesidades de la época; y el de los cronistas que, partiendo de la idea de la supremacía de la Iglesia sobre Roma, llegaron a imponer nuevas concepciones jurídicas. Ellos abrieron el camino a la formulación del concepto de contrato que se refleja en el Art. 1352 del Código Civil.⁴

El Art. 1352 del Código Civil sigue la corriente de las ideas imperantes a comienzos del siglo XX, que constituyen un punto de llegada del largo proceso de formación de la noción de contrato.

Teniendo en cuenta dichos antecedentes, proponemos revisar más profundamente el acto o negocio jurídico que configuran un contrato, para que lleguemos a una interpretación más clara y más amplia del significado de este término. Lo natural es que el Código Civil regule un aspecto de las relaciones contractuales y se refiere concretamente al que responde a la concepción dominante en el siglo XIX y que son propias del ámbito del Derecho Civil, como lo prevé el Art. 1352; pero esto no excluye la posibilidad de ubicar como contrato toda otra relación jurídica nacida de la voluntad concurrente, aunque no necesariamente coincidente de dos o más personas que se someten a un vínculo jurídico que genere entre ellos derechos y obligaciones de carácter patrimonial.

¿Por qué se ha de excluir del concepto de contrato estos comportamientos voluntarios lícitos en que, dos o más partes adquirieron derechos y asumen obligaciones entre ellas, aunque no lo hayan hecho mediante el acuerdo de voluntades que prevé el artículo 1352? ¿Qué ubicación le podríamos otorgar a esta relación jurídica dentro de las fuentes de las obligaciones si le negamos el carácter de contrato?

Nuestro Código Civil y su Definición de Contrato:

En nuestra opinión, el artículo 1352 del Código Civil define al contrato y describe una conducta a la cual ubica dentro de un concepto más amplio del mismo. De observar las partes el comportamiento allí previsto, hay contrato; crean entre ellas una relación contractual.

¿Pero pueden haber otros comportamientos voluntarios de dos o más partes, que también pueden ser calificados como contratos, aún cuando no se de un acuerdo de voluntades expresada por una declaración de voluntad común?. El contrato resulta del acuerdo de dos ó más personas acerca de una declaración de voluntad común; pero este requiere algunas declaraciones por que el propio Código ya no habla de declarar, sino de manifestar el consentimiento.

En este sentido, manifestación debe ser considerado sinónimo de exteriorización de la voluntad. A su vez, la manifestación puede producirse mediante un comportamiento declarativo, o mediante un comportamiento no declarativo.

La primera forma se tiene cuando la intención negocia! se exterioriza por medio de una declaración, es decir mediante la exteriorización del lenguaje. El lenguaje es comunicación por medio de símbolos. La declaración es una especie de manifestación, de donde resulta que pueda existir manifestación declarativa y manifestación no declarativa.

Existen en realidad comportamientos a las cuales se les confiere la virtualidad de formar el consentimiento contractual, pese a que no configuran la declaración de voluntad común o acuerdo de voluntades de que habla el artículo 1352 del código civil, pues trata en la mayoría de los casos de actos sucesivos y no simultáneos.

El Acuerdo de Voluntades del Artículo 1352 del Código Civil:

Si bien el artículo 1352 del código civil alude al acuerdo de voluntades, el término acuerdo está empleado para denotar, simplemente la conformidad o armonía de las partes respecto de su voluntad, que se exterioriza como resultado de aquella conformidad. De otro lado, pues, la expresión de acuerdo de voluntades no significa que el contrato es una mera consecuencia de ella, sino una resultante de las voluntades individuales de cada parte, manifestadas mediante declaraciones, o bien comportamientos directos o indirectos, cuyos efectos jurídicos son atribuidos por el ordenamiento jurídico según esquema o tipos generalmente establecidos por la ley.

En realidad, en nuestra opinión, el citado Artículo 1352 define el concepto de contrato y sin restringirlo al supuesto que describe; Por lo cual el interprete de nuestra época, para llegar a una concepción adecuada, debe remontarse a los orígenes del contrato y la raíz etimológica de su significado y seguir este instituto en su evolución histórica y en el derecho comparado para advertir que se trata de una figura jurídica viviente y en permanente desarrollo y no un fósil jurídico.

16.- Concepto de Contrato. Un enfoque más amplio.

Nos permitimos proponer un concepto de contrato, que recogiendo sus raíces en el Derecho Romano clásico, sea lo suficientemente amplio, y permita ubicar dentro de él, a los contratos por adhesión, de ventanilla, las llamadas «relaciones contractuales de hecho» y demás modalidades del tráfico mercantil actual, de acuerdo al siguiente contenido:

«Contrato es el acto jurídico intervivos, bilateral (o plurilateral), mediante el cual las partes regulan sus derechos susceptibles de apreciación pecuniaria en virtud de la aceptación que una de ellas hace de la oferta que la otra formula, a fin de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial». Finalmente, es conveniente señalar que diversos tratadistas aún dentro de la concepción clásica, dan una definición de contrato que excede lo dispuesto en el artículo 1352 del Código Civil, a fin de poder calificar como tal relaciones jurídicas que nacen, no de una declaración de voluntad común, sino de comportamientos que permiten inferir la existencia de una voluntad negocial (manifestación tácita).