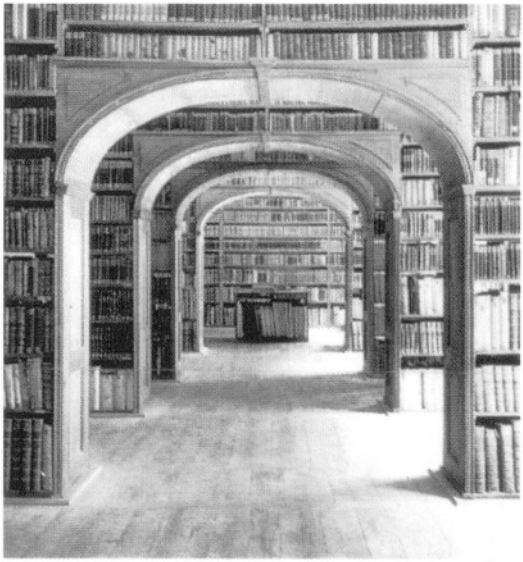
Mario Castillo Freyre

Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada

11504



BIBLIOTECA DE DERECHO CONTEMPORANEO • Vol. 3 • T. III

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU FONDO EDITORIAL 1996

BIBLIOTECA DE DERECHO CONTEMPORANEO
DIRECTOR FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
EDITOR RESPONSABLE GORKI GONZALES MANTILLA

Mario Castillo Freyre

Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada

Análisis del funcionamiento de las doctrinas tradicionales sobre consentimiento, nulidad, anulabilidad y disentimiento en los contratos celebrados a través de medios informáticos.

TOMO III

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1996

BIBLIOTECA DE DERECHO CONTEMPORANEO
Volumen 3

Copyright © 1996 por el Fondo Editorial de la Pontificia
Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria cuadra 18, San Miguel. Lima-Perú
Telfs. 462-6390 y 462-2540, anexo 220

Derechos Reservados

ISBN 9972-42-040-X (obra completa)
ISBN 9972-42-045-0
ISBN 9972-42-048-5

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Diseño: *Edwin Núñez Ibáñez*
Primera edición: octubre de 1996
Tiraje: 1,000 ejemplares
Impreso en el Perú

ÍNDICE

TOMO III

SUB-CAPÍTULO II
QUE LAS DOS COMPUTADORAS ESTÉN
PERMANENTEMENTE PRENDIDAS Y ESPERANDO
CUALQUIER SEÑAL 15

1. Teorías que rigen la formación del consentimiento 15
   1.1. Teoría de la declaración 18
   1.2. Teoría de la expedición 20
   1.3. Teoría de la recepción 22
   1.4. Teoría de la cognición 24
2. Plazo para aceptar 26
3. Inicio de ejecución sin respuesta previa 27
4. El silencio circunstanciado 28
5. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente 29
6. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta 30
7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta 30
8. Supuestos de caducidad de la oferta 31
9. Supuestos de inexistencia de la aceptación 32

CAPÍTULO VI

CONTRATOS CELEBRADOS POR UN OPERADOR QUE SE COMUNICA CON UN BANCO DE DATOS, ES DECIR, SU DECLARACIÓN DE VOLUNTAD NO ES RECIBIDA POR OTRO OPERADOR, SINO QUE SE ENCUENTRA CON INFORMACIÓN ESTRUCTURADA ALGORÍTMICAMENTE, DE TAL FOMA QUE ÉL MISMO PUEDE ENCONTRAR LO QUE NECESITA 33

1. Teorías que rigen la formación del consentimiento 35
   1.1. Teoría de la declaración 35
   1.2. Teoría de la expedición 36
   1.3. Teoría de la recepción 38
   1.4. Teoría de la cognición 38
2. Plazo para aceptar 39
3. Inicio de ejecución sin respuesta previa 40
4. El silencio circunstanciado 41
5. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente 42
6. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta 42
7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta 43
8. Supuestos de caducidad de la oferta 43
9. Supuestos de inexistencia de la aceptación 44

CAPÍTULO VII

CONTRATOS CELEBRADOS A TRAVÉS DE LA RED INTERLAN . 47

CAPÍTULO VIII

CONTRATOS CELEBRADOS POR CORREO ELECTRÓNICO 49

1. Teorías que rigen la formación del consentimiento 50
   1.1. Teoría de la declaración 50
   1.2. Teoría de la expedición 51
   1.3. Teoría de la recepción 53
   1.4. Teoría de la cognición 54
2. Plazo para aceptar 56
3. Inicio de ejecución sin respuesta previa 57
4. El silencio circunstanciado 58
5. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente 58
6. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta 58
7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta 59
8. Supuestos de caducidad de la oferta 59
9. Supuestos de inexistencia de la aceptación 60

CUARTA PARTE

ANÁLISIS DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS DOCTRINAS TRADICIONALES RELATIVAS A LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD DEL ACTO JURÍDICO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS A TRAVÉS DE MEDIOS INFORMÁTICOS 63

CAPÍTULO I

CONTRATOS CELEBRADOS POR TELÉFONO 63

SUB-CAPÍTULO I

CONTRATOS CELEBRADOS POR TELÉFONO ENTRE DOS PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN EN COMUNICACIÓN INMEDIATA 63

1. La nulidad del acto jurídico 63
1.1. Nulidad por ausencia de manifestación de voluntad del agente 63
1.2. Nulidad por incapacidad absoluta 65
1.3. Nulidad por objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable 73
1.4. Nulidad por fin ilícito 74
1.5. Nulidad por simulación absoluta 74
1.6. Nulidad por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad 75
1.7. Nulidad derivada del mandato de la ley 77
1.8. Nulidad por estar comprendido en el artículo V del Título Preliminar 77
2. La anulabilidad del acto jurídico 77
2.1. Anulabilidad por incapacidad relativa del agente 77
2.2. Anulabilidad por vicio de la voluntad 79
2.2.1. Anulabilidad por error 79
2.2.2. Anulabilidad por dolo 84
2.2.3. Anulabilidad por intimidación 87
2.2.4. Anulabilidad por violencia 91
2.3. Anulabilidad por simulación relativa 92
2.4. Anulabilidad derivada del mandato de la ley 93

SUB-CAPÍTULO II
CONTRATOS CELEBRADOS POR TELÉFONO CON RESPUESTA DEJADA EN UNA CONTESTADORA AUTOMÁTICA DE LLAMADAS 95

1. La nulidad del acto jurídico 95
1.1. Nulidad por ausencia de manifestación de voluntad del agente 95
1.2. Nulidad por incapacidad absoluta 96
1.3. Nulidad por objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable 96
1.4. Nulidad por fin ilícito 97
1.5. Nulidad por simulación absoluta 97
1.6. Nulidad por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad 98
1.7. Nulidad derivada del mandato de la ley 99
1.8. Nulidad por estar comprendido en el artículo V del Título Preliminar 99
2. La anulabilidad del acto jurídico 100
2.1. Anulabilidad por incapacidad relativa del agente 100
2.2. Anulabilidad por vicio de la voluntad 100
2.2.1. Anulabilidad por error 100
2.2.2. Anulabilidad por dolo 101
2.2.3. Anulabilidad por intimidación 102
2.2.4. Anulabilidad por violencia 103
2.3. Anulabilidad por simulación relativa 103
2.4. Anulabilidad derivada del mandato de la ley 103

CAPÍTULO II

CONTRATOS CELEBRADOS POR FACSÍMIL 105

1. La nulidad del acto jurídico 105
1.1. Nulidad por ausencia de manifestación de voluntad del agente 105
1.2. Nulidad por incapacidad absoluta 106
1.3. Nulidad por objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable 109

1.4. Nulidad por fin ilícito 109
1.5. Nulidad por simulación absoluta 109
1.6. Nulidad por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad 110
1.7. Nulidad derivada del mandato de la ley 111
1.8. Nulidad por estar comprendido en el artículo V del Título Preliminar 111
2. La anulabilidad del acto jurídico 111
2.1. Anulabilidad por incapacidad relativa del agente 111
2.2. Anulabilidad por vicio de la voluntad 112
2.2.1. Anulabilidad por error 112
2.2.2. Anulabilidad por dolo 114
2.2.3. Anulabilidad por intimidación 115
2.2.4. Anulabilidad por violencia 115
2.3. Anulabilidad por simulación relativa 115
2.4. Anulabilidad derivada del mandato de la ley 116

CAPíTULO III

CONTRATOS CELEBRADOS POR *BEEPER* O SISTEMA BUSCA-PERSONAS 117

1. La nulidad del acto jurídico 117
1.1. Nulidad por ausencia de manifestación de voluntad del agente 117
1.2. Nulidad por incapacidad absoluta 122
1.3. Nulidad por objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable 123
1.4. Nulidad por fin ilícito 123
1.5. Nulidad por simulación absoluta 124
1.6. Nulidad por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad 124
1.7. Nulidad derivada del mandato de la ley 125
1.8. Nulidad por estar comprendido en el artículo V del Título Preliminar 125
2. La anulabilidad del acto jurídico 125
2.1. Anulabilidad por incapacidad relativa del agente 125
2.2. Anulabilidad por vicio de la voluntad 126
2.2.1. Anulabilidad por error 126
2.2.2. Anulabilidad por dolo 127
2.2.3. Anulabilidad por intimidación 127
2.2.4. Anulabilidad por violencia 128
2.3. Anulabilidad por simulación relativa 129
2.4. Anulabilidad derivada del mandato de la ley 129

SUB-CAPÍTULO II

Que las dos computadoras estén permanentemente prendidas y esperando cualquier señal

1. Teorías que rigen la formación del consentimiento

Este es el caso en que dos computadoras se encuentren conectadas entre sí –con la ayuda de *modems*– por una línea telefónica, estando permanentemente prendidas y esperando cualquier señal.

También debemos precisar que esta comunicación entre computadoras podrá darse a través de una línea simple, de una dedicada o de una comunicación multipunto.

Pero ante todo deberíamos preguntar si en una comunicación de esta naturaleza nos encontramos frente a un supuesto de contratación en comunicación inmediata.

Para ello debemos considerar cuál es la situación de las personas, habida cuenta de que son las computadoras aquellas que van a accionar directamente el mecanismo de la contratación.

Estimamos que debe considerarse que el actuar de

las computadoras constituye fiel reflejo de la voluntad humana, por cuanto son personas quienes las han programado.

En tal sentido, cuando actúe una computadora consideraremos que –para efectos del consentimiento– será una situación similar a aquella en la cual actúe una persona, y que aquello que exprese la computadora equivaldrá a expresiones efectuadas por un ser humano. Una computadora programada es un medio tecnológico a través del cual se prolongan los alcances del actuar del hombre, en aras de relacionarse con los demás. De ninguna manera podrá entenderse que el proceder de un computador es ajeno a la voluntad humana, ya que en el momento que lo fuere podría ser reprogramado por la persona que lo tenga bajo su control.

Las consideraciones anteriores son válidas, incluso, para el caso en el cual la computadora actúe automáticamente en diversos momentos, sin necesidad de intervención humana alguna durante lapsos apreciables. Esta podría ser la situación que se presenta en muchos países en el campo comercial, relativa a la actividad de los grandes almacenes y sus proveedores.

El almacén tiene totalmente computarizados sus *stocks* o existencias, de modo tal que en dicho establecimiento se conoce perfectamente qué productos se requieren en mayores cantidades y qué productos se tienen en existencia suficiente.

Adicionalmente, se tienen en la computadora los requerimientos mínimos de *stocks* en las diferentes fechas.

También se registran los nombres de los proveedores, al igual que todos los datos relativos a éstos.

En los establecimientos comerciales de los proveedores, sus propias computadoras se encuentran programadas, como es de suponer, con los datos que les permitan contar con una información similar –en su campo– a aquella de los almacenes.

Dentro de esta situación resulta práctica habitual el que de manera automática, y de acuerdo al modo como han sido programados, los computadores de los almacenes envíen mensajes a sus respectivos proveedores, a fin de que les remitan los productos que necesitan para renovar sus *stocks*.

Estos mensajes son recibidos automáticamente por las computadoras de los establecimientos de los proveedores, las mismas que, en caso de no mediar ningún impedimento, enviarán a su propia empresa las órdenes para que se expidan los bienes requeridos por el almacén, girándose las facturas, recibos o guías respectivos en el momento oportuno.

Como es de suponer, en este tipo de comunicación estaremos ante contratos celebrados en comunicación inmediata, pues no cabe la menor duda de que las computadoras –al conectarse entre sí– se encuentran comunicando a las empresas a las que pertenecen, en cuyo nombre están actuando.

Antes de analizar las diversas teorías que dan lugar a la formación del consentimiento, debemos advertir al lector que ellas no encuentran un fluido camino en el

caso sub-estudio, en la medida que las mismas han sido pensadas en función de personas que se encuentren negociando y celebrando un contrato. Jamás estas teorías han sido imaginadas para un eventual proceso de contratación guiado a través de computadores, situación que –lo anticipamos– desvirtúa algunos fundamentos teóricos de las mismas, a la vez que echa por tierra buena parte de la críticas que se han esgrimido en su contra.

1.1. Teoría de la declaración

De acuerdo a esta teoría, el contrato se celebra cuando el aceptante declara su aceptación. En el caso de los contratos celebrados mediante dos computadoras que están permanentemente prendidas y esperando cualquier señal, la declaración emitida se manifestará a través de una señal, la misma que inmediatamente después, tal vez en fracciones de segundo, será expedida, ya que cuando de computadoras se trata será difícil la existencia de un divorcio entre la voluntad declarada y la voluntad expedida.

Dentro del campo de la informática, al encontrarse programadas las computadoras, consideramos que no puede darse la figura –usual entre los seres humanos– de que primero se declare algo, sin que dicha declaración sea emitida y luego sea expedida una declaración distinta, tal vez de sentido contrario a la primera.

Estimamos que esta crítica que se formula a la teoría de la declaración resulta infundada, en la medida que nos encontramos ante dos computadoras que se hallan conectadas frente a frente y que se comunican sin intervención del hombre.

Dentro de este orden de ideas, no cabría la posibilidad de que una computadora acepte y emita una señal distinta a la aceptación. El arrepentimiento es propio de los hombres, no de las máquinas.

También se señala que dentro de la teoría de la declaración, al formarse el consentimiento con el único requisito de la declaración del aceptante, el oferente se encontraría vinculado contractualmente sin saber, siquiera, si dicho aceptante ha asentido.

Esta crítica resulta pertinente a la teoría de la declaración, en la medida que la comunicación de la computadora que acepta –dirigida a la computadora oferente–, va a realizarse fracciones de segundo después del momento de la aceptación.

Sin embargo, no es aplicable al medio de comunicación bajo análisis aquella crítica que sostiene que la manifestación del aceptante queda en sus dominios, ya que podría variarla, anularla o hacerla inexistente en cualquier momento.

Resulta evidente que sería un caso muy extraño el que una computadora, luego de procesar un dato y concluir en una aceptación, proceda de esta manera, ya que la programación de la misma le indicaría que debe actuar de modo distinto.

Tampoco resulta aplicable a la contratación entre dos computadoras que están permanentemente prendidas y esperando cualquier señal, la crítica que sostiene que se puede revocar la aceptación declarada, desvinculándose del contrato ya celebrado, pues, como lo hemos dicho en

su momento, un actuar como éste sería extraño entre aquellas máquinas.

1.2. Teoría de la expedición

Si aplicamos esta teoría a la contratación sub-estudio, podríamos decir que el acto se consideraría celebrado en el momento que la máquina aceptante expida –respecto de la otra máquina (la oferente)– su declaración en el sentido de asentir en la celebración del contrato. En este instante, independientemente de si la comunicación llega a destino o no, ya habría contrato.

La primera de las observaciones que se formula a la teoría de la expedición, consistente en que la misma facilita el arrepentimiento y la revocación de la aceptación, mediante el empleo de un medio de comunicación más rápido que el utilizado para el envío de dicha aceptación, no resulta aplicable a la contratación entre dos computadoras que están permanentemente prendidas y esperando cualquier señal, ya que no resulta factible que luego de emitida una señal por un medio tan rápido –como sería en este caso la utilización de la línea telefónica conectada por *modem* a las computadoras–, se emplee otro medio de mayor rapidez –que no imaginamos cuál podría ser–, para expedir una revocación de la aceptación, fruto de un arrepentimiento imposible.

El segundo argumento que se esgrime en contra de la teoría de la expedición es aquel que sostiene que si bien el aceptante demuestra –de la manera más evidente– su voluntad de celebrar el contrato, dicha demostración no tiene valor, por cuanto el aceptante puede retirar su respuesta aun después de expedida.

Dada la naturaleza de las máquinas empleadas para este tipo de contratación y considerando el medio que las comunica, no resulta posible pensar que la computadora aceptante pudiese intentar proceder al retiro de su respuesta con posterioridad al momento de su expedición.

Asimismo, y por las consideraciones que acabamos de señalar, no resulta posible concebir aplicable a la contratación entre dos computadoras que están permanentemente prendidas y esperando cualquier señal, aquella crítica a la teoría de la expedición en el sentido de que la misma facilita el fraude, por cuanto –se dice– el aceptante puede retirar la aceptación y conservar la constancia de haberla expedido, sino también porque resultaría muy fácil acreditar el envío de dicha comunicación, mas no así de su contenido, de modo tal que la pérdida de esa comunicación pueda permitir al aceptante mentir en relación a su verdadero tenor, señalando que su comunicación contenía un rechazo y no una aceptación.

La última crítica que se formula a la teoría de la expedición consiste en que la aceptación queda ignorada por el oferente hasta el momento en que recibe la comunicación y se entera de su sentido.

Esta crítica resulta aplicable a la contratación por el medio de comunicación bajo estudio, haciendo la salvedad de que el mismo es uno de los más expeditivos, en el sentido de que si bien es cierto que la comunicación expedida no llega a destino en el mismo instante de su expedición, sí llega en fracciones de segundo, situación que en la práctica vuelve irrelevante esta distinción temporal.

1.3. Teoría de la recepción

De acuerdo a esta teoría el contrato se considera celebrado en el momento que la señal llega a la computadora oferente con la respuesta afirmativa de la computadora aceptante.

En relación a la teoría de la recepción se objeta el hecho de que si se celebra un contrato cuando existe la concurrencia de voluntades, no se percibe razón alguna por la cual la recepción de un mensaje, cuyo contenido no se conoce, pueda dar lugar a la celebración del contrato, motivo por el cual la simple recepción no sería uno de los elementos constitutivos del contrato.

Esta crítica se mediatiza en relación al supuesto en que dos computadoras estén permanentemente prendidas y esperando cualquier señal, ya que el momento del conocimiento de la aceptación va a ser prácticamente el mismo que el de su recepción.

Adicionalmente se critica a la teoría de la recepción, cuando se señala que si lo que se busca mediante ella es establecer una presunción de conocimiento, no tendría sentido una presunción tan frágil, habida cuenta de que la llegada de la comunicación es un acontecimiento bastante difícil de probar.

Esta observación resulta cierta, en la medida que el aceptante no cuente con los medios adecuados para poder demostrar que ha emitido su aceptación y que la misma ha sido recibida por el destinatario de ella (oferente). Caso contrario, si resulta posible al oferente acreditar estos hechos, no tendrá problema alguno en relación al tema de la probanza.

Por otra parte, en lo que respecta a la crítica que se suele formular a la teoría de la recepción, en el sentido que hace descansar el tema del consentimiento en un hecho tan extraño al acuerdo de voluntades como es la regularidad del medio de comunicación empleado, debemos hacer de aplicación las opiniones que formulamos en nuestro análisis de la contratación por los medios estudiados con anterioridad.

Por último, se critica a la teoría de la recepción diciendo que no resulta totalmente cierto que el aceptante no pueda variar su aceptación, ya que es posible concebir que logre retirar la comunicación del domicilio del oferente antes de que éste conozca su contenido, motivo por el cual el aceptante podría –dentro de esta teoría– cambiar una aceptación por un rechazo.

Esta crítica tiene escasa validez en lo que respecta a la contratación que nos encontramos estudiando, ya que en la misma la computadora oferente conocerá el mensaje prácticamente en el mismo momento que lo recibe, de manera tal que no pasará un lapso considerable de tiempo entre los momentos de recepción y de cognición.

Sin embargo, debemos mencionar que resultan imaginables algunos supuestos en los cuales la computadora no tome conocimiento de la aceptación inmediatamente después de recibida ésta, como podría ser el caso en el cual la máquina oferente, una vez recibido el mensaje de aceptación, no pueda procesarlo adecuadamente por algún desperfecto.

Sólo en estos casos resulta posible imaginar que el

aceptante envíe a la computadora del oferente, por la misma vía (ya con intervención humana) o por una vía distinta, una respuesta diversa, y que sea ésta la respuesta que llegue a destino, en vez de la anterior.

La mencionada hipótesis resulta difícil de pensar, en la medida que nos encontramos en nuestros días con máquinas sumamente avanzadas en el aspecto tecnológico, cuyos márgenes de error son, prácticamente, nulos.

1.4. Teoría de la cognición

De acuerdo a esta teoría, se considerará celebrado el contrato en la medida que la computadora de destino (la del oferente), una vez recibida la respuesta de aceptación, pueda procesarla adecuadamente, de modo tal que podamos considerar que la máquina ha tomado conocimiento cabal de su contenido.

Como se recuerda, la primera crítica que la doctrina formula a la teoría de la cognición es la del círculo vicioso, en el sentido que de acuerdo a esta teoría se requeriría de sucesivos conocimientos de las respectivas aceptaciones de la contraparte.

Dentro de tal orden de ideas, reiteramos nuestra opinión que sostiene que esta crítica resulta infundada por las razones señaladas al analizar los anteriores medios informáticos usualmente empleados para la contratación moderna.

Se señala también en contra de la teoría de la cognición, que ella propicia el fraude, ya que el oferente –obligado de manera irrevocable a su declaración– puede

cambiar de opinión, procediendo a no tomar conocimiento de la aceptación o a ignorarla o, por último, a desconocer su contenido, luego de haberse enterado de él.

Esta observación, en el extremo relativo a la posibilidad de dejar de conocer el contenido de la aceptación recibida, o de retardar el momento en que se tome conocimiento del mismo, resulta prácticamente imposible de presentarse, ya que los datos serán conocidos por la computadora del oferente (destinataria de la aceptación) en el mismo momento que son recibidos.

En lo referente al extremo de la crítica a esta teoría, relativo a la posibilidad por parte del oferente de negar o desconocer el contenido de la aceptación recibida, el mismo sí resulta factible de producirse, en la medida que la conducta posterior al momento del conocimiento puede originarse en un proceder distinto por parte de los funcionarios de la empresa oferente, situación que no se diferenciaría –en mayor medida– de aquella relativa a la contratación por otros medios.

Por último, se critica a la teoría de la cognición tildándola de ilógica y basada en principios falsos, al sostenerse que quien ofrece a otro la celebración de un contrato está aceptando por anticipado que si el destinatario se encuentra de acuerdo con él se formará el contrato, sobrando cualquier acto posterior.

Nos manifestamos contrarios en relación a esta crítica, por las consideraciones esgrimidas anteriormente en nuestro análisis de los medios de comunicación empleados para contratar.

2. Plazo para aceptar

Son caracteres propios de los contratos celebrados a través de este medio de comunicación, los siguientes: a) las computadoras se encuentran permanentemente prendidas y esperando cualquier señal; b) la comunicación entre una y otra computadora se efectúa por medio de un *modem* a través de una línea telefónica, la misma que puede ser simple, dedicada o multipunto; c) son las propias computadoras las que accionan directamente el mecanismo de la contratación; d) dado que las computadoras son programadas por personas, constituyen aquéllas el fiel reflejo de la voluntad humana y por tanto existe comunicación inmediata, y en ese sentido, cuando las computadoras entren en acción, ello equivaldrá al actuar de la persona o empresa a la que prestan servicio.

Tomando en consideración dichos caracteres, el lapso que medie entre la oferta y la declaración de aceptación será muy breve, dependiendo –como está– de la manera como hayan sido programadas las computadoras y de la velocidad propia de las mismas.

No concebimos, en estos contratos, casos en los cuales se puedan presentar las situaciones que hemos analizado en las modalidades contractuales hasta ahora estudiadas –vale decir, que se produzcan aceptaciones tardías o aceptaciones que sean emitidas oportunamente pero que lleguen a conocimiento del oferente de manera extemporánea–, pues como ya se señaló, las computadoras actúan automáticamente, sin intervención humana y hasta por lapsos de tiempo apreciables, enviándose mensajes unas a otras de modo sucesivo.

En ese sentido, el plazo de la aceptación al requerimiento hecho por la otra máquina tan solo demorará unos cuantos segundos, los que tome al mensaje llegar a través del cable y ser procesado por la computadora destinataria; considerándose conocida la aceptación en el momento en que llega al computador oferente, pudiéndose apreciar en su pantalla.

3. Inicio de ejecución sin respuesta previa

En lo relativo a estos contratos, tampoco alcanzamos a imaginar cómo se podría ejecutar la prestación sin respuesta previa; ello, si reflexionamos adecuadamente sobre los caracteres que distinguen a esta modalidad contractual.

Nos explicamos.

Estando las computadoras permanentemente prendidas, los mensajes van y vienen instantáneamente, de donde resulta que al enviarse un mensaje haciendo el pedido de determinado producto, el computador de la empresa proveedora le confirmará –previamente– si cuenta en *stock* con dicho producto (aceptación al requerimiento), para posteriormente enviarlo y girar la factura, boleta o guía respectiva.

Como vemos, dicha circunstancia no acarrea en ningún momento un hecho concluyente, ya que la ejecución de la prestación a cargo del aceptante viene con posterioridad a su declaración. El contrato ha quedado celebrado sólo por medio de las dos computadoras (del almacén y de la empresa proveedora), las mismas que están permanentemente prendidas y esperando cualquier señal.

Pese a ello, debemos recordar que los datos y la información o respuesta que expida la computadora de la empresa proveedora, dependen de la manera como fueron programadas; y en tales condiciones si la máquina está programada sólo para recibir y procesar la información sin confirmar el requerimiento, bien podría presentarse una situación de comportamiento concluyente, si se plantea la circunstancia de que sin responder a la máquina oferente, ordene tramitar la correspondiente factura y se envíe en su momento el producto solicitado, habiéndose celebrado el contrato con una aceptación tácita, la misma que se encuentra contemplada en el artículo 1380 del Código Civil peruano.

4. El silencio circunstanciado

Resulta necesario aplicar los presupuestos contemplados por el artículo 1381 del Código Civil peruano a los contratos que nos ocupan en esta parte del trabajo.

Pero si nos preguntásemos si son contratos donde no se acostumbra la aceptación expresa, la respuesta evidentemente resultaría negativa.

La aceptación será siempre expresa, ya que el medio de formularla es directo.

Ahora bien, ¿estamos ante un caso de invitación a ofrecer?

Considerada la invitación a ofrecer como una manifestación formulada, bien sea a personas determinadas o bien al público en general, informándoles el deseo del invitante de celebrar un contrato, cuyos lineamientos generales se describen, e invitando a que formulen ofertas destinadas a la conclusión de dicho contrato; y habida cuenta de que las empresas proveedoras tienen almacenados electrónicamente los datos acerca de los productos que están a disposición de los grandes almacenes, dando a éstos la posibilidad de remitir una oferta a fin de renovar sus faltantes, podemos precisar que sí nos encontramos ante un supuesto de invitación a ofrecer.

¿Es la oferta acogida sin dilación?

Dado que las computadoras actúan automáticamente, enviándose mensajes unas a otras, maquinal y sucesivamente, el lapso de acogida a la oferta generalmente demora unos cuantos minutos, dependiendo de cómo fueron programadas, resultando así una ausencia de dilación.

Nótese que dos de los presupuestos precisados por el artículo 1381 del Código Civil peruano se materializan en el medio de comunicación empleado en estos contratos, no imaginando una situación en la cual se aprecie una aceptación no expresa, acogiendo sin dilación la oferta (ya que si, por ejemplo, las computadoras de las empresas proveedoras fueron programadas para no emitir o enviar una respuesta en el instante y sí aceptar la oferta enviando luego el producto solicitado, es evidente la dilación que tomaría tal envío posterior), pudiendo concluir –entonces– en que no resulta posible se presente la figura del silencio circunstanciado en los contratos celebrados a través de computadoras que estén permanentemente prendidas y esperando cualquier señal.

5. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente

Resulta necesario, en este punto, remitirnos al análi-

sis de los contratos celebrados con intermediación de máquinas de expendio automático de bienes o servicios, naturalmente en el extremo referido a estas máquinas, y no al usuario de las mismas.

6. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta

Resultan ser destinatarios de la oferta, aquellas personas o empresas proveedoras de los productos requeridos por los grandes almacenes; y, en ese sentido –al igual que viéramos en los contratos concertados a través de computadores programados algorítmicamente para tal efecto–, la voluntad del destinatario se encuentra ya acogida en sus computadoras, las mismas que están constantemente prendidas esperando cualquier señal, de lo que resulta irrelevante el hecho de la muerte o incapacidad de quienes plasmaron su voluntad en ellas. El contrato, a pesar de esta circunstancia, quedará celebrado.

No se aplica, pues, el efecto contemplado por el artículo 1387 del Código Civil peruano, en el sentido que la muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario acarrea la caducidad de la oferta y por ende la no conclusión del contrato.

7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta

La posibilidad de enviar –simultáneamente o antes de la oferta– una «aclaración», en el sentido de que dicha oferta pueda ser retirada en cualquier momento antes de su aceptación, dependerá de la manera cómo hayan sido programadas las máquinas para enviar los mensajes.

No cabe duda de que si fueron programadas de ese modo para ofrecer, dicha «aclaración» irá conjuntamente con la propuesta.

8. Supuestos de caducidad de la oferta

Como se recuerda, estimamos que esta manera de contratar, es un supuesto en el que existe comunicación inmediata.

En razón de ello, podemos decir que resulta aplicable al caso el supuesto del inciso 1 del artículo 1385 del Código Civil, norma que señala que la oferta caduca si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.

Estimamos que no presenta relación con el supuesto bajo análisis lo prescrito por el inciso 2 del artículo 1385, el mismo que establece que la oferta caduca si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste. Pensamos que la única posibilidad en que sería factible imaginar la aplicación de esta hipótesis, sería aquella en la cual, por alguna razón, la computadora destinataria de la oferta no hubiese podido procesar y tomar debido conocimiento de la oferta formulada.

En relación al supuesto de caducidad de la oferta contemplado por el inciso 3 del artículo 1385, en el sentido de que la misma caduca si antes de recibida o simultá-

neamente con ella llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente, podemos decir que tampoco sería aplicable, en función a lo manifestado en el punto anterior.

9. Supuestos de inexistencia de la aceptación

Como sabemos, el artículo 1386 del Código Civil señala que se considera inexistente la aceptación, si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento del oferente la retractación del aceptante.

Teniendo en cuenta las características y naturaleza del medio de contratación bajo estudio, no resulta factible la dación del mencionado supuesto.

CONTRATOS CELEBRADOS POR UN OPERADOR QUE SE COMUNICA CON UN BANCO DE DATOS, ES DECIR, SU DECLARACIÓN DE VOLUNTAD NO ES RECIBIDA POR OTRO OPERADOR, SINO QUE SE ENCUENTRA CON INFORMACIÓN ESTRUCTURADA ALGORÍTMICAMENTE, DE TAL FORMA QUE ÉL MISMO PUEDE ENCONTRAR LO QUE NECESITA

ESTA FORMA DE comunicación consiste en que una persona accede desde su computadora a un banco de datos, con el cual desea contratar.

Casos frecuentes en otros países acerca de situaciones de esta naturaleza, están dados por las compras que se realizan en establecimientos comerciales, directamente desde las computadoras de los usuarios.

Se dice, incluso[1], que muy pronto se podrá hablar de Centros Comerciales Electrónicos.

En ese futuro que –en algunos países– ya empieza a ser presente, por medio del control remoto podremos escoger entre varias tiendas, recorrer con una guía los pa-

1 «Super carretera de la Información: un Paso al Futuro» En: *Selecciones de Reader's Digest*. Cali, Colombia, marzo de 1995, p. 43 y ss.

sillos de la que prefiramos y señalar la mercancía de la cual queramos un acercamiento y mayor información.

Se estima que en una etapa más avanzada se podrá ver la ropa desde varios ángulos, como si lleváramos puesto un modelo idéntico o uno parecido.

De este modo –se considera– será más fácil ir a Hong Kong por la super carretera electrónica para comprar camisas, que visitar el centro comercial vecino a nuestras casas. Habrá personas que explicarán las características de cada prenda y uno recibirá el pedido por correo en dos días (naturalmente que podría haber un recargo al precio por la comodidad de comprar así).

Es en este sentido que vamos a estructurar todos nuestros razonamientos, tal como lo hicimos en el punto relativo a los contratos celebrados con la intermediación de computadores programados algorítmicamente para realizar la contratación, también conocidos como máquinas automáticas de expendio de bienes y servicios.

Esto equivale a decir que vamos a considerar la figura de manera invertida, de modo tal que el usuario que desea contratar es el oferente, en tanto que la empresa a la cual pertenece la computadora a la que accede dicho usuario, es el aceptante.

De este modo, tendríamos que preguntarnos si nos encontramos o no frente a un proceso de contratación entre personas que se hallan en comunicación inmediata.

Sobre el particular debemos manifestar que consideramos que esta manera de contratar implica comunicación inmediata, en la medida que el usuario que accede

a la base, no podrá esperar de la misma respuestas distintas de aquellas para las que ha sido programada. El computador, frente al estímulo del oferente, reaccionará aceptando o no la oferta formulada por el eventual usuario.

Por lo expuesto, analizaremos la vigencia de las cuatro teorías relativas a la formación del consentimiento, en función de estas consideraciones, invirtiendo el esquema de la mayoría de los supuestos abordados en este trabajo, lo que equivale a decir que el mismo no versará respecto de la aceptación, que es formulada por la empresa contratante a través de la computadora, sino sobre la declaración del usuario u oferente, ya que el supuesto inverso sería de escaso interés.

1. Teorías que rigen la formación del consentimiento

1.1. Teoría de la declaración

De acuerdo a la teoría de la declaración la oferta se considerará formulada una vez que el usuario declare su voluntad de formularla.

En tal sentido, y como se recuerda, la doctrina critica a esta teoría señalando que el usuario, a pesar de haber declarado ofrecer, podría arrepentirse y expedir una declaración diversa a la original, o simplemente no expedir declaración alguna. En este sentido, si se le tomase como válida, el destinatario de la oferta podría haber recibido una oferta, sin tener siquiera conocimiento de dicha situación, en la medida que su computadora no habría recibido señal alguna al respecto.

También es claro que dentro de esta teoría el usuario tendría la posibilidad de variar, anular o hacer inexistente su declaración.

Todo ello hace que resulte aplicable la crítica que se le formula en relación a que el usuario conserva en su poder la facultad de revocar la oferta.

1.2. Teoría de la expedición

Resulta obvio que el usuario expide su declaración cuando da a su computadora las órdenes destinadas a formular la oferta a la empresa destinataria de la misma.

Como recordamos, se critica a la teoría de la expedición el que ésta facilita el arrepentimiento y la revocación de la declaración de voluntad ya expedida.

Consideramos que dicha crítica no tiene mayor aplicación en lo referente al medio de contratación sub-estudio, en la medida que el mismo plantea una comunicación tan rápida, que lo usual será que la orden emitida por el usuario llegue casi instantáneamente a la computadora de destino, celebrándose en este mismo instante el contrato.

Adicionalmente se sostiene contra la teoría de la expedición el argumento de que facilita el arrepentimiento.

Estimamos que esta observación no resulta aplicable a la forma de contratación bajo análisis, en la medida que no es posible que el usuario se retracte de su oferta, retirándola. Simplemente ello no sería factible, en la medida que el arrepentimiento no tendría efecto alguno si la computadora a la que estaba destinada la oferta

acepta celebrar el contrato y procede a emitir al usuario dicha aceptación.

En síntesis, en este tipo de contratación no cabe arrepentimiento alguno, a menos que el mismo sea consentido por la empresa a la que está destinada la oferta.

También se argumenta en contra de la teoría de la expedición el que ella facilita el fraude, no sólo por cuanto el oferente podría retirar su oferta y conservar la constancia de haberla expedido, sino también porque sería fácil acreditar el envío de una comunicación mas no de su contenido, de modo tal que la pérdida de la comunicación podría permitir al oferente faltar a la verdad en relación a su verdadero tenor.

Estimamos que esta crítica no tiene aplicación en la contratación que nos encontramos estudiando, pues en ella el usuario no está en capacidad de engañar a nadie, en la medida que la máquina habrá recibido su oferta y aquél no podrá mentir o alterar el verdadero contenido de la comunicación expedida.

Por último, se critica a esta teoría el hecho de que la oferta quedaría ignorada por el destinatario de la misma hasta el momento en que reciba la comunicación y conozca su contenido.

Creemos que esta observación será escasamente aplicable al medio de contratación analizado, en la medida que el único supuesto en que tendría lugar es aquel en el cual la computadora a la que está destinada la oferta, por alguna razón, no esté en capacidad de recibir y procesar adecuadamente el mensaje.

Pero resulta obvio que incluso en este supuesto, si nos atuviésemos estrictamente a la teoría de la expedición, ya se habría celebrado el contrato.

1.3. Teoría de la recepción

Según la teoría de la recepción, la oferta se considera formulada una vez que llega al domicilio del destinatario, aunque éste no tenga la posibilidad de conocerla.

Aplicando este sustento a la contratación que nos ocupa, se considerará recibida la oferta en el instante que ésta llegue al computador de la empresa a la cual está destinada.

Al igual que en los contratos celebrados con la intermediación de computadores programos algorítmicamente (máquinas automáticas de expendio de bienes y servicios), en el tipo de contratación que estudiamos, el momento de la recepción coincidirá también –por lo general– con el de la expedición, en la medida que el computador de la empresa esté prendido y en adecuado funcionamiento.

1.4. Teoría de la cognición

En esta teoría, para la formación del consentimiento resulta indispensable que las partes contratantes sepan que sus voluntades coinciden. Se celebra, pues, el contrato, en el momento que el oferente tiene conocimiento de que el destinatario de su oferta se ha expresado en sentido positivo a su propuesta.

Evocando la primera crítica que hace la doctrina respecto a que esta teoría llevaría a la formación de un círculo vicioso, ya que al final no se conocería quién es el último –si oferente o destinatario– en tener que estar informado de la manifestación hecha por el otro, debemos reiterar nuestras apreciaciones en el sentido de que la misma resulta infundada, en virtud de los argumentos acotados al estudiar los anteriores medios informáticos frecuentemente utilizados en la contratación contemporánea.

En torno a la posibilidad que observa la doctrina, de que la teoría de la cognición propicia el fraude, al poder el oferente variar su opinión e, intencionalmente, no desear saber de la aceptación, ignorarla o, habiéndose enterado de ésta, manifestar desconocer su contenido, aquélla resulta de imposible ocurrencia en la modalidad contractual que venimos analizando, toda vez que la respuesta al «pedido» hecho por el oferente a través de su computador, será conocida de inmediato por éste en su pantalla.

Mientras que la posibilidad de que el oferente niegue o desconozca el contenido de la aceptación recibida, sí resulta factible de producirse en los contratos concertados por esta modalidad, en razón de los mismos argumentos esgrimidos al analizar la hipótesis contractual inmediatamente anterior.

No obstante ello, reiteramos nuestro desacuerdo con la crítica en el sentido de que la teoría de la cognición es ilógica y fundada en principios falsos.

2. Plazo para aceptar

Teniendo en consideración que la oferta procede de

un usuario que desde su computador desea contratar con empresas que inviten a ofrecer y contratar repecto de sus bienes o servicios almacenados en forma electrónica, resultando éstas las destinatarias de dicha oferta debemos recalcar que el oferente no podría, por tanto, esperar otras respuestas que aquellas para las cuales ha sido programada la computadora destinataria.

En este sentido, cabe aquí reiterar *–mutatis mutandis–* las apreciaciones que hiciéramos en el análisis de los contratos celebrados con la intermediación de computadores programados algorítmicamente para realizar la contratación.

Considerando que nos encontramos ante un contrato donde las partes no se encuentran en comunicación inmediata, la oportunidad para aceptar quedaría subordinada al tiempo que tome al computador de la empresa –que contiene la base de datos–, procesar la oferta hecha por el usuario, revisar en sus archivos y expedir una respuesta aceptándola o no.

Se tomará por conocida la aceptación en el momento en que ésta llegue a ser percibida por el oferente, acto que se produce cuando el mensaje enviado por la empresa aceptante, aparece en la pantalla del computador del oferente.

3. Inicio de ejecución sin respuesta previa

Debemos recordar un aspecto característico de las bases de datos: de éstas no se pueden esperar otras respuestas que aquellas para las cuales han sido programadas.

Considerando ello, se puede admitir una situación de ejecución de la prestación sin respuesta previa.

Expliquémonos con un ejemplo.

Cierto usuario desea comprar –desde su computador personal– determinado bien cuyos datos se encuentran almacenados electrónicamente por alguna empresa que cuenta en red con una base de datos donde invita a ofrecer contratar.

Luego de verificar las características de dicho bien, transmite a la computadora de la empresa aceptante, su deseo de comprar, y ésta, sin confirmar una respuesta positiva a su propuesta, hace llegar al domicilio del oferente el producto solicitado con su correspondiente factura, boleta o guía por cancelar.

Dada la naturaleza del medio de comunicación empleado y la manera como han sido preparadas las máquinas para dicha operación, puede decirse que el contrato se ha celebrado con ejecución de la prestación a cargo del aceptante sin que medie una respuesta previa.

4. El silencio circunstanciado

Consideramos que el medio utilizado para la celebración de estos contratos, amerita siempre –por parte del destinatario– una aceptación expresa, ya que la forma empleada para declararla es directa.

Asimismo, la oportunidad para aceptar queda, muchas veces, subordinada a la manera como fueron programadas las computadoras de la empresa –que contiene la base de datos– para expedir una respuesta.

Obviamente, en dicho lapso siempre media una breve dilación, ya que el proceso que va desde la llegada de la oferta y el envío de la aceptación, se sujeta a la revisión que hace la computadora de sus archivos, para finalmente emitir su respuesta.

En ese sentido notamos que dos de los presupuestos contemplados por el artículo 1381 del Código Civil peruano no se plasman en esta modalidad contractual, lo que nos lleva a la conclusión de que en dichos contratos no es posible la figura del silencio circunstanciado.

Si bien es cierto que los contratos se celebran en virtud de una invitación a ofrecer, en ellos no se acostumbra hacer aceptaciones expresas, ni las mismas se hacen sin dilación alguna.

5. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente

En lo que corresponda, basamos el análisis de este punto, en nuestro tratamiento de las modalidades contractuales estudiadas que se originan en una invitación a ofrecer; resultando aplicables los efectos contemplados por el artículo 1383 del Código Civil peruano, al caso de la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente (usuario).

6. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta

Calzan también en este punto nuestras apreciaciones sobre los efectos de la muerte o incapacidad del destinatario de la oferta, en los contratos celebrados con intermediación de computadoras programadas algorítmicamente para realizar la contratación.

Pese a estas eventualidades, el contrato siempre se celebrará, puesto que la voluntad del destinatario se encuentra anteladamente plasmada en el computador.

7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta

La única oportunidad con la que cuenta el oferente para enviar una comunicación en el sentido de que su oferta no es obligatoria y puede ser revocada en cualquier momento, mientras no sea aceptada, es el instante en que envía la propuesta, vale decir, si lo hace de modo simultáneo. Caso contrario –si consideramos las características de desenvolvimiento de este medio–, dicha aclaración llegará tardíamente, siendo ya eficaz la oferta y por lo tanto aquélla no tendría ningún efecto.

8. Supuestos de caducidad de la oferta

Recordando nuestra opinión en el sentido de que este tipo de contratos no son actos que se celebren por dos partes en comunicación inmediata, podemos decir que no resulta aplicable al tema lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1385 del Código Civil, norma que establece que caduca la oferta si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.

En cambio, sí resulta de aplicación lo prescrito por el inciso 2 del referido numeral, en el sentido que la oferta caduca si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conoci-

miento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste.

Sin embargo, de considerar que el supuesto que hemos tomado a manera de ejemplo para contratos celebrados a través de este medio de comunicación, es el de compras hechas por computadora, deberíamos tener en cuenta que la respuesta a una oferta del usuario (cliente) podría provenir de la confirmación a la misma o del envío del producto requerido, con su correspondiente factura.

Finalmente, debemos hacer mención al supuesto contemplado por el inciso 3 del referido artículo 1385, norma que señala que la oferta caduca si antes o simultáneamente a su recepción llegase a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

En razón del medio de comunicación analizado, consideramos poco probable la dación de un arrepentimiento eficaz, salvo que el establecimiento comercial sea de aquellos que acepten habitualmente el arrepentimiento de sus clientes, pero incluso en este caso ya se habría celebrado el contrato y lo que estarían haciendo las partes es resolverlo de común acuerdo, a través de un mutuo disenso.

9. Supuestos de inexistencia de la aceptación

Como se recuerda, en virtud de lo prescrito por el artículo 1386 del Código Civil, se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento del oferente la retractación del aceptante.

En el caso que abordamos, dicha retractación tendría

que provenir de la computadora del establecimiento comercial con el cual el usuario desea contratar, hipótesis de improbable ocurrencia, si tenemos en consideración las características del medio empleado.

CONTRATOS CELEBRADOS A TRAVÉS DE LA RED INTERLAN

DE LA DESCRIPCIÓN TÉCNICA que hemos efectuado sobre este medio de comunicación, podríamos concluir en que el mismo constituye una forma o manera más eficiente que los medios convencionales para poder comunicar dos o más puntos, utilizando la línea telefónica.

Por tal razón, la comunicación por InterLan será simplemente un medio más eficaz de contratación que aquel que plantea la comunicación telefónica simple, pudiéndose dar a través del mismo todas las posibilidades de comunicación y contratación que hemos analizado en los puntos anteriores, en donde se emplee como medio de interconexión la línea telefónica.

Dentro de este orden de ideas, no vamos a entrar a analizar cómo operaría la contratación a través de la red InterLan, pues repetiríamos conceptos.

CONTRATOS CELEBRADOS POR CORREO ELECTRÓNICO

INICIANDO EL ESTUDIO de este modo contractual, tendríamos que cuestionarnos si es o no un contrato entre personas que se encuentran en comunicación inmediata.

Teniendo en consideración la manera como se desarrolla este servicio en red, podríamos precisar al respecto que si las dos partes –usuarios de la red– se encuentran en un mismo momento navegando o haciendo uso de Internet y entablan comunicación entre ellas a través del correo electrónico, estaremos ante un contrato entre personas que se hallan en una relativa comunicación inmediata; pero si, por el contrario, una de las partes –el aceptante– no se encontrara conectado a la red en el instante que el oferente envíe su propuesta, definitivamente estaremos frente a un contrato entre personas que no están en comunicación inmediata.

Los problemas que se pueden presentar en este tipo de contratación, fruto de los avances tecnológicos, son

múltiples; y continuando con el esquema en desarrollo abordaremos su análisis.

1. Teorías que rigen la formación del consentimiento

1.1. Teoría de la declaración

Si tomásemos como válida la teoría de la declaración en la contratación por este servicio básico de la Red Científica Peruana, quien propone la oferta a través de su dirección electrónica, se encontraría vinculado contractualmente con otro usuario de la red, sin saber, siquiera, si éste ha aceptado; y más aún si tomamos en cuenta una de las «ventajas» que ofrece el correo electrónico, cual es el hecho de que el destinatario que reciba los mensajes no requiere estar conectado en el instante que éstos son remitidos, siendo almacenados hasta que aquél efectúe una conexión a su nodo servidor y sea avisado de que tiene nuevos mensajes.

Aquí cabría la pregunta que nos formuláramos inicialmente, de si habría la posibilidad de que cuando dos personas se encuentren negociando en la red vía correo electrónico, y una de ellas lanza una oferta contractual a la otra, esta última declare aceptar, sin que dicha aceptación sea expedida por su computador; siendo la respuesta la misma: aparentemente sí, pero en realidad, no.

Dado que el destinatario de la oferta puede aceptarla sin que el oferente se entere, y, arrepintiéndose, expedir una declaración distinta a la original, la manifestación, celebración y control del contrato quedan en poder del aceptante, tal como fue señalado al analizar los contratos celebrados por teléfono.

Reiteramos –de este modo– nuestra posición en el sentido que la teoría de la declaración proporciona al aceptante el derecho a arrepentirse y a renovar su manifestación (aceptación), pues conservándola en su dominio puede variarla y lograr muy fácilmente desvincularse de un contrato ya celebrado.

1.2. Teoría de la expedición

Aplicando esta teoría a la contratación concertada por correo electrónico, debemos decir que se expide la declaración del aceptante cuando éste emita o envíe su mensaje a la dirección electrónica de su contraparte, con la intención de que ella tenga conocimiento de su sentido.

Sin lugar a dudas, la observación vertida por la doctrina en este punto, respecto a que la teoría de la expedición facilita el arrepentimiento del aceptante por poder hacer uso de una vía más rápida que la empleada para enviar la oferta, resulta de mucha aplicación en esta modalidad contractual (a través del correo electrónico), toda vez que el navegar por una red no es precisamente una vía muy rápida, a diferencia –por ejemplo– de la vía telefónica ordinaria o convencional, ya que el tiempo de demora en la transferencia de los mensajes a través del correo electrónico es muy variable, y depende de las condiciones de tráfico de la red en un momento dado y, sobre todo, de las características y conexión de las computadoras implicadas. En condiciones normales, en un período de tiempo que varía entre unos minutos y varias horas, un mensaje puede haber llegado a cualquier parte de la red.

Teniendo en cuenta lo expresado en el párrafo ante-

rior, podemos anotar que en los contratos celebrados a través del correo electrónico cabe la observación en el sentido de que si bien el aceptante demuestra de la manera más evidente su voluntad de celebrar el contrato, tal demostración tiene escaso valor, ya que éste puede retirar su respuesta positiva aun luego de haberla expedido, pues puede darse el caso que en el momento de expedir su aceptación la red esté congestionada, y haciendo uso de un medio más veloz –como podría ser el teléfono o el *fax*– la «retire», haciendo llegar una respuesta en sentido negativo.

Estimamos que el contrato celebrado a través del correo electrónico –y en consideración a otra de las críticas formuladas a la teoría de la expedición– no facilita el fraude, en el sentido que –como manifiesta la doctrina– le sería muy fácil al aceptante acreditar el envío de su respuesta pero no su contenido, de modo tal que le permitiría fingir el verdadero tenor de su mensaje, diciendo que éste contenía un rechazo y no una aceptación, toda vez que la estructura de un mensaje enviado a través del correo electrónico no permite dicho «fraude», ya que todo *mail* se compone de dos partes muy diferenciadas: el encabezado, donde se identifica al usuario que envía el mensaje, y el texto propiamente dicho, partes sin las cuales no estaremos ante un verdadero mensaje enviado a través del *E-mail,* resultando, pues, poco imaginable recurrir a artificios que se podrían emplear en otros medios de comunicación.

En cambio, sí le es de aplicación la crítica consistente en que la aceptación queda ignorada por el oferente hasta el momento en que reciba la comunicación y se entere

de su sentido, pues son innumerables las situaciones que se pueden presentar y que de una u otra manera imposibiliten al aceptante tener conocimiento de la aceptación. Estas situaciones pueden ser imputables o no al aceptante, como podrían ser los casos de algún desperfecto en su computador, el hecho de no encontrarse conectado a la red en el momento en que el aceptante envíe su mensaje, etc., supuestos en los cuales, y de acuerdo a la teoría de la expedición, ya se habría celebrado el contrato, a pesar de que la respuesta no hubiese sido conocida por la persona a la cual estaba destinada (oferente).

1.3. Teoría de la recepción

En lo que respecta a la contratación celebrada a través de correo electrónico, el momento de la recepción estará constituido por el instante en que el mensaje del aceptante sea acogido y visualizado en la pantalla del computador del oferente o en el momento en que el mensaje es almacenado por su computador, si éste no se encontrara conectado a la red en esos momentos.

Coincidimos con la doctrina en el sentido de que no se percibe razón alguna por la cual la simple recepción de una comunicación –cuyo tenor muchas veces no se conoce y que puede contener tanto una respuesta negativa como una positiva– pueda dar lugar a la celebración de un contrato, tal como lo manifestáramos al estudiar las anteriores maneras de contratar.

Asimismo, es de aplicación en este punto la interrogante que se hiciera la doctrina en torno a la presunción que busca establecer la teoría de la recepción, en el sen-

tido de suponer que el destinatario de la oferta conoce su contenido en el mismo instante que la recibe, vale decir ¿cómo basarse en una presunción tan frágil, teniendo en consideración que la llegada del mensaje es un hecho bastante difícil de probar?

En ese orden de ideas, mantenemos nuestra apreciación –conforme con la doctrina– respecto al cuestionamiento de por qué hacer descansar toda la existencia del consentimiento en un hecho tan extraño al acuerdo de voluntades como es la regularidad y eficacia del medio de comunicación empleado, en los términos expuestos al analizar las formas de contratación precedentes.

Por último, debemos acotar que resulta totalmente cierta –para efectos de la modalidad contractual que nos ocupa en esta parte del estudio– la objeción hecha por la doctrina a la teoría de la recepción, en el extremo que concibe la posibilidad de que el aceptante retire su respuesta (variándola) antes de que el oferente la lea. Podríamos, pues, imaginar muchos de estos supuestos, uno de los cuales podría ser el impedir que el mensaje llegue a la computadora del oferente aprovechando, por ejemplo, un momento de congestión de la red, o el contar –incluso– con la posibilidad de manipular la computadora de la contraparte.

1.4. Teoría de la cognición

En virtud de la teoría de la cognición, el contrato concertado a través del correo electrónico quedará celebrado cuando ambas partes conozcan que están de acuerdo, es decir, cuando el oferente sepa que el destinatario ha prestado su conformidad.

Si consideramos la situación en la cual las partes –usuarias de la red– no se encontraran en comunicación inmediata, vale decir que el mensaje del oferente quede almacenado en la computadora de su destinatario, sí sería susceptible de presentarse aquel círculo vicioso al cual hace referencia la doctrina en su primera crítica a esta teoría, toda vez que cuando el aceptante toma conocimiento del mensaje, el oferente no lo conocerá tampoco de modo inmediato y no se sabe en realidad si tomará conocimiento del mismo; lo que equivale a decir que la incertidumbre persiste hasta cierto punto, ya que en algún momento se tendría que terminar con la necesidad de que la contraparte conozca que la otra ha conocido.

Así, también podría presentarse la situación de que el oferente varíe su opinión e, intencionalmente, no desee conocer el mensaje enviado por el aceptante, manifestando desconocerlo o, habiendo revisado los mensajes recibidos por su computadora, exprese desconocer el contenido de los mismos.

Para culminar, reafirmamos nuestro desacuerdo con la posición doctrinaria que señala que la teoría de la cognición es ilógica y basada en principios alejados de la verdad, ya que si bien es cierto que pueden presentarse ciertos riesgos de que no se conozca oportunamente la aceptación, esta teoría resulta ser la más racional de todas, pues en ella constituye requisito indispensable para el perfeccionamiento del contrato, que el oferente conozca si el destinatario de su oferta la ha aceptado o no, tal como es exigido por el artículo 1373 del Código Civil peruano.

2. Plazo para aceptar

En torno a los contratos concertados a través del correo electrónico, el plazo para aceptar dependerá de si las partes se encuentran en relativa comunicación inmediata o si simplemente no existe tal comunicación, ya que como precisáramos al analizar el momento y lugar de celebración en estos contratos, puede ocurrir que las partes se encuentren al mismo tiempo o en un mismo momento navegando o haciendo uso de la red o, por el contrario, que sólo una de ellas –en este caso el oferente– se encuentre conectada.

Comenzaremos nuestro análisis con el estudio del supuesto en que ambas partes se encuentren en comunicación inmediata, vale decir, que ambas estén haciendo uso de la red e intercambiando mensajes vía correo electrónico.

Puede acontecer que el oferente al enviar su mensaje con una propuesta para celebrar determinado contrato, no precise plazo al destinatario para contestar, encontrándose éste en libertad para aceptar cuando estime conveniente, e incluso enviar al oferente otro *E-mail* en el cual le indique que se tomará un tiempo para pensarlo; así, luego de estudiar el tema, estará en aptitud de enviar una respuesta aceptando o no, siempre y cuando la oferta se mantenga vigente, es decir, mientras no sea revocada.

O, por el contrario, puede ocurrir que al formular su propuesta, el oferente indique que ésta debe ser contestada de inmediato, sin más dilación que el camino que

tome al mensaje navegar por la red y llegar al nodo de su destinatario.

Consideraremos ahora el supuesto en el cual las partes no se encuentren en comunicación inmediata, es decir que sólo el oferente se halle haciendo uso de la red y envíe su oferta al destinatario vía correo electrónico.

El intervalo –en ese caso– entre el mensaje del oferente y el del destinatario de la oferta, conteniendo su aceptación o no, debería ser siempre razonable y la oferta contendrá –invariablemente– un plazo dentro del cual el destinatario de la misma deberá enviar su respuesta.

En atención al artículo 1374 del Código Civil peruano y teniendo en cuenta que los usarios de la red, al intercambiar correspondencia y mensajes, cuentan con una dirección electrónica, la aceptación se considerará conocida en el momento que llegue a la dirección electrónica del oferente, a no ser que éste pruebe haberse encontrado imposibilitado de conocerla –sin su culpa–. Obviamente, dicho *E-mail* debería llegar a destino dentro del plazo señalado para aceptar.

3. Inicio de ejecución sin respuesta previa

En lo que corresponda, remitimos al lector, para el análisis de este punto de nuestro estudio, a lo expresado con oportunidad del tratamiento de los contratos celebrados por teléfono, ya que para tener un contrato celebrado por correo electrónico –y aun cuando las partes no se encuentren en comunicación directa, es decir que sólo una de ellas se encuentre haciendo uso de la red–, tanto

el mensaje del oferente como la aceptación deben conducirse vía el *E-mail*.

4. El silencio circunstanciado

Si, como fue expresado anteriormente, tomamos a un contrato celebrado –en estricto– a través del correo electrónico, la declaración conjunta de una voluntad común debería engendrarse sólo a través de este medio (el correo electrónico), razón por la cual nunca podríamos tener una aceptación tácita, pues la «costumbre» consiste en emitir una aceptación expresa.

En ese sentido, una situación de silencio circunstanciado nunca será pasible de presentarse.

5. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente

Estando o no las partes en comunicación inmediata a través del correo electrónico, resultan aplicables al tema los efectos precisados por el artículo 1383 del Código Civil peruano ante la muerte o posterior incapacidad del oferente.

La fuerza vinculante de la oferta resulta transmisible a los herederos o representantes legales del oferente, posibilitando la celebración del contrato, salvo que la decisión del destinatario de la oferta vaya en sentido contrario.

6. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta

El fallecimiento o la incapacidad sobreviniente del destinatario, antes de enviar un *E-mail* aceptando la

propuesta, determina la caducidad de la oferta y por ende su ineficacia.

7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta

Son dos las oportunidades que tiene el oferente para hacer llegar una oferta, precisando que ésta puede ser revocada en cualquier momento mientras no se torne –estrictamente– obligatoria (llegando a conocimiento del propio oferente la aceptación del destinatario).

Puede ocurrir que al enviar el oferente un *E-mail* donde proponga la celebración de un contrato, en el mismo haga saber que su oferta no es obligatoria; como también podría enviar, en acto seguido pero simultáneo, otro *E-mail* haciéndole tal precisión, de modo que el destinatario tomaría conocimiento de ambos mensajes casi en el mismo instante.

8. Supuestos de caducidad de la oferta

Como ha sido señalado, podría darse el caso de que cuando nos encontremos frente a contratos celebrados por correo electrónico, nos hallemos ante a un supuesto en el cual las partes estén en una relativa comunicación inmediata (si ambas se hallan conectadas a la red y ésta funciona fluidamente) o nos encontremos frente al supuesto en que no exista comunicación inmediata, en razón de que una de las partes no se encuentre conectada a la red.

En relación a lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1385 del Código Civil, el mismo que establece que la oferta caduca si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente acep-

tada, debemos decir que –si fuese el caso– esta disposición devendría en aplicable.

En lo referente al inciso 2 del referido numeral, en el sentido que la oferta caduca si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste, debemos señalar que habría que tener en cuenta las eventuales demoras que en muchas ocasiones se producen en la comunicación a través de la red, lapsos que habría que considerar en favor del destinatario de la oferta.

Por último, recordamos lo dispuesto en el inciso 3 del referido artículo 1385, que nos plantea el supuesto de caducidad de la oferta en la eventualidad de que antes o simultáneamente con el momento de su recepción, llegase a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

Esta hipótesis resultaría pertinente en la eventualidad de que la oferta no llegue a destino de manera inmediata, sino que demore su arribo en virtud del congestionamiento de la red.

En tal sentido, resultaría factible pensar que el oferente pudiera utilizar un medio de comunicación más rápido y eficaz que el correo electrónico, a fin de retractarse de la oferta formulada.

9. Supuestos de inexistencia de la aceptación

Como se sabe, en virtud de lo establecido por el artículo 1386 del Código Civil, se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento del oferente la retractación del aceptante.

Para este caso hacemos de entera aplicación los comentarios vertidos recientemente al analizar el artículo 1385 del Código Civil.

ANÁLISIS DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS DOCTRINAS TRADICIONALES RELATIVAS A LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD DEL ACTO JURÍDICO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS A TRAVÉS DE MEDIOS INFORMÁTICOS

•

CONTRATOS CELEBRADOS POR TELÉFONO

SUB-CAPÍTULO I

Contratos celebrados por teléfono entre dos personas que se encuentran en Comunicación Inmediata

1. La nulidad del acto jurídico

1.1. Nulidad por ausencia de manifestación de voluntad del agente

Como ha sido señalado oportunamente, de conformidad a lo establecido por el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

Sin lugar a dudas, esta causal de nulidad mantiene vi-

gencia absoluta en cuanto a los diversos medios tecnológicos utilizados en la contratación contemporánea, en la medida que ante la ausencia de la manifestación de voluntad por parte del agente, no podríamos estar en presencia de acto jurídico alguno, y, obviamente, al ser el contrato un acto jurídico, tampoco de ningún contrato.

Como se recuerda, el Código Civil declara nulos una serie de actos y contratos a lo largo de todo su articulado. El Código Civil peruano, en general, hace referencia a los actos nulos en un buen número de sus normas[1].

Frente a la ausencia de manifestación de voluntad en cualquiera de los dos agentes o partes que se encuentran en comunicación inmediata, a través de la línea telefónica, resultará evidente que se producirá la nulidad del acto. Los contratos se celebran por el acuerdo de voluntades; y en la medida que no exista dicho acuerdo por ausencia de manifestación de voluntad de una parte, o de ambas, simplemente no habrá contrato.

Sin embargo, debemos señalar que nos reservamos para tratar en nuestro análisis del disentimiento relativo a la contratación a través de medios informáticos, la vinculación que existe entre el acto nulo por ausencia de declaración y el disentimiento.

1 Los artículos en los cuales el Código Civil peruano hace referencia al tema son los siguientes:
V del Título Preliminar, 24, 27, 73, 104, 140, 144, 156, 172, 193, 218, 219, 220, 222, 223, 224, 225, 229, 254, 255, 264, 268, 274, 275, 276, 279, 280, 295, 450, 629, 675, 688, 808, 811, 813, 814, 815, 827, 864, 865, 1066, 1092, 1111, 1130, 1167, 1169, 1170, 1207, 1286, 1287, 1304, 1308, 1309, 1310, 1328, 1345, 1352, 1405, 1406, 1408, 1411, 1412, 1425, 1444, 1453, 1520, 1528, 1543, 1562, 1582, 1587, 1605, 1623, 1624, 1631, 1650, 1734, 1780, 1784, 1817, 1858, 1871, 1925, 1927, 1932, 1944, 1945, 1986, 1990, 2001, 2039, 2070, 2079 y 2080.

1.2. Nulidad por incapacidad absoluta

Es en esta causal de nulidad de los actos jurídicos en donde consideramos se presentan serios inconvenientes en relación a los contratos celebrados a través de medios informáticos.

Pensamos que, como resulta natural por el devenir histórico del Derecho, la gran mayoría (si no todas) de sus figuras e instituciones han surgido o han sido concebidas antes de la aparición de los medios informáticos que ayudan hoy en día a la contratación entre los particulares, de modo tal que relacionar el tema de la capacidad con la contratación contemporánea reviste singular importancia dentro de nuestra legislación civil y dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En tal sentido, resulta evidente que casi todos los preceptos referidos a la nulidad y anulabilidad de los actos jurídicos o a la contratación, están pensados en las formas tradicionales de contratar, las que, más allá de ser verbales o escritas, por lo general requerían la presencia de las partes en un mismo lugar, las mismas que primero negociaban y luego celebraban el contrato.

Es así que, salvo el tema de la contratación epistolar que, dicho sea de paso, siempre ha sido porcentualmente poco significativo, los contratos, antes de la aparición del teléfono se celebraban casi en su totalidad entre personas que se encontraban frente a frente, en un mismo lugar, en situaciones en las cuales una podía verle la cara a la otra, conocer cuáles eran –en términos generales– sus aptitudes y defectos, sus características físicas, como es el caso de la edad, para determinar si era

mayor o menor de edad, sus eventuales taras o defectos mentales, etc.

Y en esta medida, no debía resultar muy difícil para una parte, saber si se encontraba tratando con un adulto, con un joven o con un niño, es decir, si en relación a la edad la persona que tenía al frente era o no un sujeto con capacidad de ejercicio.

Además, antes resultaba común que los diversos países del mundo establecieran que la mayoría de edad se adquiría a los 25 ó 21 años, con lo cual, era muy fácil distinguir entre un niño, un adolescente y un adulto.

En nuestro tiempo, los países del mundo establecen la mayoría de edad a los 18 años, e incluso algunos la han establecido por debajo de esa edad, como es el caso –hasta donde recordamos– de Nicaragua, donde las personas de 16 años son ya mayores de edad (artículo 47 de la Constitución Política de la República de Nicaragua).

Además hasta hace poco tiempo, los niños aparentaban ser niños, los niños se vestían como niños, los niños hablaban como niños, los niños, en buena cuenta, parecían niños. Hoy en día y cada vez con mayor rapidez, se borran las diferencias en el trato, hablar, vestir y razonar, entre los niños y los adultos.

Además, por razones que desconocemos y que responden seguramente a la genética o al ámbito de las ciencias naturales, los niños crecen más rápidamente y crecen a mayor altura. Antes en el Perú, era raro ver muchachos de 14 años con 1.80 metros de altura. Hoy eso es común.

Hoy en día, los niños y las niñas cada vez se alejan más de la imagen tradicional de los niños y niñas; cada vez se parecen más a los adultos.

Es decir, si ya en el plano de la contratación entre personas que se encuentran presentes en un mismo lugar, resulta muchas veces difícil distinguir quién es o no mayor de edad, lo será aun más cuando dos personas se comuniquen por teléfono.

Debemos confesar que cuando un niño de quince o una niña de esa edad habla por teléfono, no resulta nada fácil distinguir –en la mayoría de las veces– si es un adulto o no. Y, la mayoría de ocasiones, ni siquiera dudaremos de que se trata de un adulto, ya sea por el timbre de voz o por el nivel de la conversación, en la medida que en nuestros días la educación se ha difundido, y el alcance de los medios de comunicación, en especial de la televisión y la radio, hacen que los niños hablen como adultos y se expresen como tales, y se refieran a temas cuyo contenido antes les era vedado.

En tal sentido, consideramos que cada vez cobra mayor vigencia lo dispuesto por el artículo 1358 del Código Civil, norma que prescribe que: «Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.»

Resulta necesario precisar que esta norma comprende tanto a los incapaces absolutos (cuyos actos resultan generalmente nulos) como a los incapaces relativos (cuyos actos resultan por lo general anulables).

Pero más allá de esta precisión, estimamos importan-

te detenernos un instante en el tema relativo a las necesidades ordinarias de la vida diaria[2].

Debemos confesar que cada semestre, cuando nos enfrentamos al dictado de la clase del Curso de Contratos Parte General, en la que se comprende el tema de la contratación por incapaces, nos encontramos ante un serio problema: el de delimitar cuál es el ámbito de las necesidades de la vida diaria de los incapaces.

2 Sobre las necesidades ordinarias de la vida diaria como requisito de aplicabilidad del artículo 1358 del Código Civil, el doctor Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*, 1ª parte, t. I, pp. 382 a 385) señala lo siguiente:
«El Código civil de 1936 establecía, sin excepción alguna, la nulidad absoluta del acto jurídico practicado por persona absolutamente incapaz y la nulidad relativa del acto por incapacidad relativa del agente.
Similar disposición existe en numerosos códigos extranjeros.
La doctrina, que reconoce que la aplicación estricta de esta disposición acarrearía como necesaria consecuencia que todos los contratos celebrados por los menores de edad quedaran sancionados con nulidad o anulabilidad, no se resigna a este resultado por encontrarlo inarmónico con la vida misma del Derecho. Dice Spota que los negocios jurídicos de la vida cotidiana no pueden ser negados aun a un menor absolutamente incapaz si no cerramos los ojos ante lo que ocurre en el tráfico jurídico.
Por ello, los juristas empezaron a elaborar la tesis de los «pequeños contratos», entendidos éstos como los actos menudos de la vida corriente, para los cuales la incapacidad de los menores es sólo una «pura fórmula», que podría ser calificada de teórica.
Capresi nos habla que se admite comúnmente, tal vez más porque se toma el acto como una insuprimible realidad que porque se lo repute en armonía con los principios del ordenamiento jurídico, que una limitada capacidad de obrar, la cual se considera por esto como capacidad de obrar especial, compete a los menores en orden a esos actos menudos de la vida cotidiana (adquisición de pequeñas cantidades de mercadería o de servicios de uso corriente que importan un costo limitado.
Existe consenso en que los «pequeños contratos» deben referirse a actos de la vida cotidiana y es dentro de este marco, como dice Spota (uno de los adalides de este movimiento), citando a Ferrera, que los menores actúan en la escena jurídica, «si no queremos caer en la acertada crítica que alguna vez se ha hecho: «es un jurista: deduce, pero no observa». Es decir, no ve alrededor de sí mismo, lo que ocurre en la vida diuturna y se limita a establecer «principios» y «corolarios» como en pleno campo geométrico, incurriéndose en las exageraciones de toda doctrina meramente conceptual».
Borda, observando que desde muy corta edad los menores, y también los dementes y sordomudos, hacen compras de poco monto al contado, se trasladan de un lugar a otro en los medios colectivos de transporte, pagando su pasaje, asisten a cinematógrafos y otros espectáculos, pagando su entrada, dice que estos contratos son perfectamente válidos. Lo más importante e innovador de su planteamiento es que «no se trata, como suele creerse, de actos nulos pero tolerados, sino de actos lícitos, porque responden a una necesidad tan ineludible que aunque el legislador los prohibiera expresamente, continuarían cumpliéndose» (En la misma línea de pensamiento Gordillo dice: «Por último, y sin salir del ámbito de las actuaciones eficaces del incapaz, no obstante su incapacidad, debe señalarse ese conjunto de actos ordinarios y menores –*atti minuti della vita quotidiana*, se dirá en Italia– en los cuales el incapaz proyecta su esfera de actuación congrua, sin perjuicio, ni suyo ni ajeno, y sin contradicción de nadie. Creemos que mantener aquí otra cosa sería tanto como abocar el Derecho al terreno de lo irreal y de lo absurdo. Tiene razón Giovanni Giunta cuando afirma que, justificada la incapacidad para la tutela del incapaz, nadie podrá sostener que no pueda éste adquirir por sí mismo un mendrugo de pan o ejercitar modestas actividades retribuidas. El reconocimiento legal más explícito de este sector de actuaciones eficaces se encuentra en el Nº 52, 3 del ZGB de la DDR; la regla general de la ineficacia de los actos de los incapaces se excepciona en los contratos sobre objetos de escaso valor y tendentes a la atención de las necesidades de la vida ordinaria, siempre que las obligaciones de ellos derivadas encuentren inmediato cumplimiento por las partes»).

Para nosotros no existen dudas referidas a aquellos supuestos que se citan con frecuencia en relación al tema, como sería el caso de un niño de seis años que en el colegio se compra un chocolate, o una gaseosa, o algo similar.

Las dudas, precisamente, se dan en relación a que conforme pasan los años, las necesidades de los seres humanos en las sociedades modernas se amplían de ma-

nera considerable; de modo tal que aquello que hasta hace pocos años no resultaba –objetivamente hablando– una necesidad de la vida diaria de un niño, como sería adquirir accesorios de computadora o *software*, hoy en muchos casos sí lo es.

¿Acaso son pocos los niños de seis u ocho años que utilizan a la perfección computadoras sofisticadas? ¿Son pocos los niños que adquieren bienes o servicios que revisten considerable importancia económica y elevada sofisticación?

Sin duda, las repuestas a estas interrogantes son positivas.

Todo ello hace que el tema que ya de por sí resultaba, complicado en sus concepciones tradicionales, lo sea aun más, en la medida que esos parámetros que entendíamos o asumíamos como ciertos, de manera muy rápida se estén borrando o desapareciendo.

Ahora bien, si unimos las dificultades que implica el distinguir cuándo estamos frente a un menor de edad; y la cada vez mayor gama de bienes y servicios que son materia de contratación cotidiana por parte de menores de edad, el problema se tornará de muy difícil solución.

Sin lugar a dudas, el artículo 1358 se aplica hoy en día a una inmensidad de supuestos mucho mayor que aquellos a los cuales era aplicable en 1984, a la entrada en vigencia del Código Civil.

Ante esta realidad inocultable, que revela la admisión de la tesis de los «pequeños contratos», la Comisión Reformadora, a propuesta de Max Arias-Shreiber, decidió abrir la puerta grande a esta nueva concepción, dándole su espaldarazo mediante una regulación legislativa para evitar que esos juristas a que se refiere Spota invocaran miopemente la rigidez del sistema de nulidades. Fue así como surgió la idea del actual artículo 1358 del Código Civil.

La fórmula adoptada es muy feliz.

Por un lado, permite a todos los incapaces, tanto a los absolutos como a los relativos, la celebración de contratos, con la atinada limitación de que no se encuentren privados de discernimiento. Esta limitación resulta indispensable, pues para dar valor a los contratos celebrados por los incapaces debe partirse del concepto de que ellos puedan darse cuenta, no necesariamente de sus consecuencias jurídicas, sino de distinguir lo que están obteniendo mediante el contrato, o sea que es distinto adquirir una golosina que un cuaderno, o asistir a un cine que a un espectáculo deportivo. Así podrán apreciar que el contrato tiene, en cada caso, un valor económico.

De otro lado, el objeto del contrato, o sea la relación jurídica, debe estar vinculado con las necesidades ordinarias de la vida diaria, entendiéndose que este vínculo ha de ser en función de cada contratante. Son muy distintas las necesidades ordinarias de un niño de once años y las de un joven de dieciséis. Son también distintas las necesidades de un sordomudo, que puede tener bastante cultura, y las de un retardado mental.

Son necesidades ordinarias de la vida diaria aquellas que es necesario o conveniente satisfacer para el desarrollo normal de las actividades cotidianas, que atañen bien sea al sustento o bien a la educación, el vestido, la recreación, el deporte, etc. Si entendemos el contrato como un fenómeno social, toda persona, así sea incapaz, necesita relacionarse con otras personas para obtener, a través del contrato, la satisfacción de tales necesidades.

Una circunstancia que influye también fuertemente en la conveniencia de permitir a los incapaces la celebración de contratos es el creciente auge del fenómeno de la contratación en masa, que muchas veces se presenta bajo el manto de las relaciones contractuales de hecho. El incapaz no puede verse excluido de este tráfico, que versa sobre la provisión de bienes y servicios indispensables para la vida cotidiana de todos, capaces e incapaces, como son el uso de los transportes públicos, la asistencia a espectáculos, las compras en los almacenes de autoservicio, etc.

En tal sentido, el artículo 1358 del Código Civil está complementado con el artículo 1396 del mismo Código, según el cual en los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando sea incapaz.»

Pero el problema se torna seriamente complicado cuando unimos a estas ya de por sí grandes dificultades otra más: la contratación a través de medios informáticos.

Decíamos hace un momento que la contratación tradicional se ha caracterizado por el hecho de que las partes se veían la cara, por la situación de que contrataban una frente a la otra, en un mismo lugar.

Sabemos que en nuestros días ello no es necesariamente así, y que un gran número de actos –cada vez más– se celebran a través de todos los medios informáticos que ofrece la tecnología moderna, en los cuales las partes no se ven la cara, en los cuales la mayoría de veces se contrata a distancia y donde los contratantes ni siquiera se conocen.

Creemos que adquiere singular importancia que paralelamente a la ampliación del ámbito de aplicación del artículo 1358, se da la pérdida de importancia del requisito de capacidad para contratar o, en términos generales, para celebrar actos jurídicos.

Creemos que la magnitud del problema debe alertar al Derecho, a fin de que se proceda a efectuar una revisión de las doctrinas y teorías clásicas sobre el tema, ya que muchas de ellas –en la práctica– están dejando de tener vigencia.

No vaya a ser que todo esto acarree como consecuencia el hecho de que las normas de capacidad, que hoy son la regla, terminen siendo la excepción del artículo 1358 (que hoy es norma de excepción y que mañana puede constituirse en regla general).

Si no, hagámonos una pregunta: independientemente de si el contrato que vamos a mencionar forma parte de las necesidades de la vida diaria de una persona, quién se pregunta en nuestros días si es válido o no, sea quien fuere el que llame, el acto celebrado con una pizzería de reparto a domicilio, por una persona, sea cual fuere ésta, capaz o incapaz.

Es más, creemos que en este tipo de contratos masivos (lo que es ratificado por el artículo 1396 del propio Código Civil), al Derecho le está dejando de interesar el tema de la capacidad e, incluso, de la posibilidad de discernimiento.

La realidad hace que frente a este tipo de actos el Derecho no pueda estar preguntándose y analizando si alguien es capaz o no. La velocidad de la sociedad moderna impide que ello sea así, y lo que antes era relevante para consideraciones jurídicas, hoy no lo es.

1.3. Nulidad por objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable

Como ha sido señalado en su oportunidad, de conformidad con el artículo 219, inciso 3 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

Consideramos que este punto resulta de meridiana aplicación a toda la contratación, más allá de los medios que sirvan a efectos de contratar, en la medida que aquí lo relevante es la imposibilidad jurídica o la indeterminabilidad del objeto, causales de nulidad cuya presencia resulta independiente del medio que se utilice para llegar a contratar.

1.4. Nulidad por fin ilícito

Como se recuerda, establece el artículo 219, inciso 4, que el acto jurídico es nulo cuando su fin sea ilícito.

Sobre este punto podríamos formular similares comentarios que aquellos efectuados con relación al acápite precedente.

1.5. Nulidad por simulación absoluta

De conformidad con lo establecido por el artículo 219, inciso 5, el acto jurídico es nulo cuando adolezca de simulación absoluta.

En relación al tema de la simulación absoluta sí habría que decir algunas cosas.

En principio, la simulación debería ser un tema aplicable a la generalidad de actos jurídicos o contratos; y no estamos diciendo que no lo sea, pues es claro que lo es.

Pero lo que ocurre generalmente es que cuando aludimos a la simulación, de común estamos frente a algún documento, en el cual las partes que han disimulado ese acto lo han traducido por escrito, por lo general con la finalidad de que el mismo tenga o surta efectos respecto de terceras personas en relación a las cuales quienes han simulado el acto desean generar determinadas consecuencias.

Es más, prácticamente no imaginamos mayor utilidad en el hecho de recurrir a simular un acto y que esta simulación sólo sea verbal, no constando ella en escrito alguno.

En razón de estas consideraciones es que el tema de la simulación no reviste mayor trascendencia en los contratos celebrados por teléfono.

1.6. Nulidad por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad

Prescribe el artículo 219, inciso 6, que el acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Sobre el tema de la forma en los contratos y la contratación celebrada a través de medios informáticos, resulta indispensable anotar algunas consideraciones.

Para mucha gente ajena al ámbito del Derecho, cuando se alude a la palabra contrato, se entiende que también se está haciendo alusión a los documentos en los que constan los contratos. Es más, para mucha gente el contrato es el documento o el documento es el contrato.

Pero sabemos que ello no es así. Los contratos pueden o no constar en documentos.

En principio, la inmensa mayoría de contratos que se celebran en nuestra sociedad son de carácter consensual, vale decir que para su celebración solamente se requiere del consentimiento de las partes, bastando que el mismo se efectúe de manera verbal para que dichos contratos se hayan celebrado.

Para un número reducido de contratos la ley sigue estableciendo requisitos de forma. Ellos son los contratos formales: aquellos para cuya celebración se requiere, además del consentimiento, del cumplimiento de una

formalidad; o, dicho de una manera más propia, aquellos en los cuales el consentimiento se expresa a través de una determinada formalidad.

Vale decir que el cumplimiento de esta formalidad puede estar impuesto por la ley o autoimpuesto por las partes.

No entramos a distinguir a los contratos formales, pues ello no corresponde a un trabajo de esta naturaleza, pero anotamos simplemente, que los mismos se dividen en aquellos en que la formalidad es solemne y aquellos en que la formalidad resulta necesaria solamente para efectos de probanza (*ad solemnitatem y ad probationem,* respectivamente).

Resulta evidente que las normas acerca de la forma en los contratos siguen teniendo vigencia en la práctica. Es obvio también que cuando se trata de contratos para los cuales la ley exige el cumplimiento de una determinada formalidad, las partes, más allá de los medios informáticos que tengan para contratar, deberán seguir dicha formalidad, pues caso contrario, su contrato o no será válido (nulo) o no podrán probar su existencia –en la eventualidad de necesitarlo–.

Pero lo que también resulta cierto, es que con cada vez mayor frecuencia las partes van eliminándo las formalidades para celebrar aquellos contratos en los que la ley no exige formalidad alguna. Antes era frecuente que para muchos contratos las partes recurriesen a la forma escrita. Hoy en día, mientras se pueda eludir alguna formalidad, ésta se elude.

Por ello no nos cabe la menor duda de que si antes el teléfono servía sólo para celebrar contratos de menor importancia patrimonial, hoy en día este medio de comunicación también se emplea para concertar acuerdos de mediana y gran importancia.

1.7. Nulidad derivada del mandato de la ley

Conforme al artículo 219, inciso 7, el acto jurídico es nulo cuando la ley lo declara nulo.

Resulta evidente que esta causal de nulidad no se alterará ni tampoco tendrá relevancia para tal efecto el hecho de que el contrato se haya celebrado por algún medio informático moderno, en el caso que nos ocupa: el teléfono.

1.8. Nulidad por estar comprendido en el artículo V del Título Preliminar

De conformidad a lo prescrito por el artículo 219, inciso 8, el acto jurídico es nulo en el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

El artículo V del Título Preliminar establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

El hecho de contratar por teléfono resulta indiferente a esta causal de nulidad de los actos jurídicos.

2. La anulabilidad del acto jurídico

2.1. Anulabilidad por incapacidad relativa del agente

De acuerdo a lo establecido por el artículo 221, inciso

1, el acto jurídico es anulable por incapacidad relativa del agente.

Estimamos que resultan aplicables a este punto, los comentarios que efectuamos en razón del análisis al segundo supuesto de nulidad por incapacidad absoluta del agente.

Sin embargo, podríamos agregar que es en el caso de incapaces relativos donde el artículo 1358 del Código Civil adquiere relevancia de mayores proporciones, ya que los supuestos a los que resulta aplicable devienen en cuantitativamente más considerables.

Para comprobarlo sólo basta recordar que las personas relativamente incapaces son los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años de edad; los retardados mentales; los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad; los pródigos; los que incurren en mala gestión; los ebrios habituales; los toxicómanos; y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Dentro de tal orden de ideas, resulta evidente que es más probable que contrate cualquiera de estas personas que aquellas de las mencionadas en el artículo 43 del Código Civil (norma referida a los incapaces absolutos).

Pero también resulta evidente que al contratar con cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 44 (incapaces relativos) es más fácil que la contraparte no advierta su situación de incapacidad, con el correlato de la posibilidad de anulación posterior del acto.

Resulta obvio que a pesar de todas las dificultades

contemporáneas es mucho más fácil identificar a un niño como menor de edad que hacerlo en relación a un adolescente; que resulta casi imposible identificar a simple vista o trato personal a un pródigo, a un mal gestor, a un ebrio habitual (que no esté en estado de ebriedad o aun estándolo, porque esta situación no implica que sea un ebrio habitual), a un toxicómano o a alguien que sufre pena que lleve anexa la interdicción civil.

Demás está decir que si ello ya resulta casi imposible personalmente, podremos imaginar cómo aumentarán las dificultades si esta persona se encuentra al otro lado de la línea telefónica.

Para finalizar nuestro análisis de este punto es conveniente señalar que cuando nos hemos referido al artículo 1358, lo hemos hecho para anotar que los actos que estamos analizando serían válidos, por haber sido salvados, no de nulidad absoluta (como ocurría en el supuesto anterior) sino de nulidad relativa (anulabilidad).

2.2. Anulabilidad por vicio de la voluntad

2.2.1. Anulabilidad por error

Si el error resulta ser una fuente o causa frecuente de anulación de actos jurídicos por actos celebrados entre personas presentes, es decir, entre personas que se encuentran en un mismo lugar al momento de la celebración del acto, será evidente que este vicio de la voluntad se presentará con mayor asiduidad en los contratos celebrados por teléfono.

Y es que si el agente que incurre en error, ignora o hace una interpretación errónea de la realidad, caerá

mucho más fácil en una situación de esta naturaleza, cuando no tenga la posibilidad de un contacto directo con el objeto sobre el cual está contratando, en la eventualidad que el mismo no se encuentre a su alcance.

Resulta evidente que la contratación por teléfono acentúa de por sí la posibilidad de incurrir en error, en cualquiera de los supuestos que sobre este vicio de la voluntad contempla el Código Civil.

De este modo, haciendo un recorrido por las normas que el Código Civil contiene acerca del error, diremos que será más frecuente que por teléfono el agente se equivoque sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.

Esto, en la eventualidad de que no tenga el objeto del contrato a la vista, o, lo que tendría los mismos efectos, que el mismo se halle en la esfera o posesión de su contraparte, la misma que se encuentra en el otro extremo del hilo telefónico.

Y si resulta factible que el agente se equivoque acerca del objeto del acto, resultará aún mucho más factible que yerre en consideración a la persona de su contraparte, incurriendo en el supuesto de error esencial contemplado por el inciso 2 del artículo 202 del Código Civil, cuando señala que será tal el error que recaiga sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.

En el tema del error de derecho, –lo consideramos así–, no influirá mayormente el que la contratación se celebre por teléfono, ya que la materia sustantiva de este vicio de la voluntad no tiene relación con el medio de comunicación empleado para contratar.

En relación al error *in quantitati*, es decir el error sobre la cantidad, sí tendría relevancia el tema de contratar por teléfono, en la medida que tal vez el agente que incurre en error vicie su voluntad al no tener la posibilidad de efectuar una consideración adecuada de la magnitud de los bienes sobre los cuales está contratando (y no nos referimos –naturalmente– al simple cálculo o cómputo que se pudiera hacer sobre los bienes) materia del contrato.

Respecto al error en el motivo, podemos decir que este tema no tendría mayor relación con la contratación por teléfono, ya que daría exactamente lo mismo el medio que se emplee para la contratación, pues el motivo será susceptible de viciarse en cualquiera de ellos.

Por otra parte, podríamos recordar que el artículo 208 del Código Civil prescribe que las disposiciones de los artículos 201 a 207 también se aplican, en cuanto sean pertinentes, al caso en que el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, al objeto principal de la declaración o a la identidad de la persona, cuando la consideración a ella hubiera sido el motivo determinante de la voluntad, así como al caso en que la declaración hubiese sido trasmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo.

Pensamos que en sede de contratación por teléfono el error en la declaración podría asumir caracteres de ma-

yor relevancia, en la medida que las partes no se encuentran comunicándose una frente a la otra, sino a distancia.

En razón de esta consideración es que podría estimarse que ese hecho influya en que las partes asuman una actitud distinta en cuanto a la reflexión de sus declaraciones, ya sea tomando mayores o menores precauciones de las que se hubiesen tomado si estuvieran frente a frente; y, por otra parte, habrá que tomar en consideración si las personas se encuentran igualmente serenas al contratar a distancia que al contratar en presencia una de la otra.

En relación a la contratación por teléfono resulta también relevante lo prescrito por el artículo 209 del Código Civil, en el sentido que el error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no vicia el acto jurídico, cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar a la persona, al objeto o al acto designado.

Decimos que adquiere relevancia esta norma en razón de que en este medio de comunicación será un tanto difícil apreciar el texto del contrato, en la medida que resulta muy probable que éste no exista, a menos que las partes, a pesar de haber contratado por teléfono, se hayan ayudado de un texto escrito que ambas o una de ellas tenga y se lo hayan leído recíprocamente.

También será evidente que el tema de las circunstancias a que alude el artículo 209 del Código Civil, resultará poco claro en la medida que mucho más fácil será apreciar dichas circunstancias cuando nos encontremos

entre personas que contratan una frente a otra, caso en el cual ellas podrán percibir –de manera más diáfana– todos los elementos que rodean al contrato que se ha celebrado, los mismos que podrán conducir o no a error respecto a la identificación de la persona, del objeto o del acto designado.

Para concluir el tema del error en relación a la contratación por teléfono, debemos mencionar el tema de la cognoscibilidad del error.

Tal vez sea en este punto donde adquiera mayor relevancia el hecho de que las partes contratantes no se encuentren en un mismo lugar y frente a frente. Decimos esto, en función a que el tema de la cognoscibilidad del error, es decir, la aptitud de la contraparte (de aquella que no comete el error) de haberse podido dar cuenta o percibir que la otra se estaba equivocando, será mucho más probable que se presente cuando las dos personas están una frente a otra, en la medida que ambas podrán apreciar o percibir los gestos, actitudes, señas y demás elementos que hagan o puedan hacer pensar que la contraparte está incurriendo en error.

Mientras menos elementos de juicio se tengan respecto del actuar de la otra parte, menos posibilidades habrán de considerar que el error ha sido susceptible de ser conocido por aquel sujeto que no incurrió en error.

Con esto queremos decir que cuanto más cercanía y contacto exista entre las partes contratantes, mayor será la posibilidad de que el error sea cognoscible. Y caso contrario, cuanto más distantes estén las partes, y cuando tengan menos elementos de juicio para conocer

de esta situación, menores serán las posibilidades de que el error sea cognoscible.

Y el no ser cognoscible el error, trae como correlato que el mismo no sea esencial, situación que lleva a que no se den los supuestos de error vicio, contemplados en el artículo 201 del Código Civil y, consecuentemente, que el acto no sea susceptible de anulación.

2.2.2. Anulabilidad por dolo

Como ha sido señalado oportunamente, el dolo es el error en que incurre una parte inducido por la otra.

Incluso hemos dicho que el dolo hace muchas veces que un error no esencial constituya causa de anulabilidad de un acto jurídico. En buena cuenta, los errores, sean esenciales o no, adquieren relevancia cuando son cometidos por dolo o engaño de la contraparte.

Para muchas personas resulta fácil engañar o inducir al engaño a otras.

Si esta situación la pensamos en función de actos o contratos celebrados o concertados entre dos personas que se encuentran frente a frente y en un mismo lugar, imaginemos en qué medida podría aumentar la posibilidad del engaño en los contratos celebrados por teléfono, cuando las partes ni siquiera se están viendo.

Pero también podría sostenerse lo contrario, en la medida que cuando quien engaña se encuentra frente a su víctima, cuenta tal vez con mayores elementos o recursos para sorprender o inducir a error a su contraparte, como es el caso de los recursos visuales, o del lugar,

del ambiente y otros que en sede penal nos harían recordar a la denominada *mise en scène* o puesta en escena, de la que habla la doctrina francesa en relación al delito de estafa, en el cual el estafador arma todo un tinglado de elementos que lleven o conduzcan a su víctima a relacionarse con él y a sufrir un detrimento patrimonial en favor suyo o de un tercero, lo que, justamente, constituye el tipo penal o figura delictiva.

Debemos señalar que a la contratación telefónica resulta plenamente aplicable lo dispuesto por el artículo 210 del Código Civil, norma que establece que el dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Asimismo, cabe la posibilidad, aunque no lo parezca, que en un contrato concertado por teléfono estemos en presencia del dolo cometido por tercero, aquel del cual se ocupa la segunda parte del referido artículo 210, al señalar que cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él.

Dicho tercero podría intervenir en la conversación telefónica habida entre aquellos que celebran el contrato, ya sea por la modalidad de conferencia tripartita o por la convencional, empleando el aparato telefónico de aquel que se verá beneficiado por el error de su contraparte.

No obstante ello, consideramos que no desnaturalizaría en lo más mínimo al acto, el hecho de que el tercero que actúe dolosamente (es decir, aquel que haga incu-

rrir en error a la víctima del engaño) influya personalmente con el perjudicado. Esto, haciendo la salvedad de que sí nos estaríamos alejando en alguna medida de aquello que resulta relevante en este trabajo.

Por lo demás también creemos que resulta de aplicación al tema que nos ocupa, lo relativo al numeral 211 del Código Civil, precepto que establece que si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios.

En materia de conversaciones telefónicas y de la contratación que se puede generar a través de las mismas, resulta evidente también que se podría presentar tanto el dolo por acción como el dolo por omisión.

Tal vez la conversación a través de la línea telefónica resulte el medio más propicio para el dolo por omisión, en la medida que al no verse los contratantes, resultará más fácil para aquel que quiere inducir a error al otro, quedarse callado respecto de un punto, sin que sus gestos de picardía o mala intención puedan ser percibidos por la contraparte, la misma que tal vez incurrirá en error de una manera más fácil y rápida.

Resulta obvio que la disposición del numeral 213 del Código Civil en el sentido que para que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes, también resulta de aplicación a la contratación celebrada por teléfono.

Iguales consideraciones podemos formular en relación a lo dispuesto por el artículo 218, en el sentido que es nula la renuncia anticipada a la acción que se funda en dolo, con la salvedad de que en sede de contratación telefónica dicha renuncia no constaría en documento alguno, salvo que haya sido grabada por la parte a quien beneficiaba, a pesar de lo cual carecería absolutamente de validez.

2.2.3. Anulabilidad por intimidación

Hemos dicho en su oportunidad, que la intimidación como conducta antijurídica influye sobre el agente causándole miedo o temor, con la amenaza de un mal futuro inminente o grave, presionando su voluntad o ánimo para declarar algo que no quiere.

En materia de contratación telefónica, puede ocurrir que la intimidación se haya producido dentro de la misma conversación, vale decir, que ese temor respecto del mal inminente y grave que le pueda ocurrir al agente se haya infundido en la propia conversación telefónica que haya derivado en un contrato, de modo tal que todas estas situaciones se produzcan utilizando el medio de comunicación a que nos estamos refiriendo.

Ello resultaría plenamente factible, en la medida que para intimidar no resulta necesario que quien intimida se encuentre frente a frente con su víctima. Bastaría, pues, que utilizando la línea telefónica se infunda el mencionado temor. Es más, nos atreveríamos a decir que cuando de intimidación se trata, resulta más usual que esta situación ilícita se produzca por teléfono, en la medida que ello permitirá en muchos casos reservar el

anonimato de la persona de quien proviene la intimidación.

Es necesario señalar además que la intimidación puede también ser hecha por un tercero, con conocimiento del eventual beneficiario del acto celebrado con este vicio (pues de lo contrario, el acto no sería anulable).

Pensamos que la intimidación puede provenir de diversas fuentes, siempre y cuando se haga en conexión o con el consentimiento expreso o tácito del mencionado eventual beneficiario.

Por lo demás, resulta necesario precisar que la intimidación puede haberse producido también fuera de la conversación telefónica, es decir, personalmente o empleando cualquier otro medio de comunicación; situaciones en todas las cuales el acto sería anulable por intimidación.

Adicionalmente, el teléfono resulta medio idóneo para intimidar, en la medida que la intimidación no implica, como sabemos, violencia física, sino acciones dirigidas contra la mente o el pensamiento de la víctima.

Por lo demás, la intimidación efectuada por vía telefónica no requiere que el mal que se piensa causar vaya a producirse de manera instantánea, pues el elemento de inmediatez deberá ser apreciado en función de las circunstancias del caso.

Finalmente, debemos señalar que resultan plenamente aplicables al tema de la contratación por teléfono lo dispuesto por el artículo 214 del Código Civil, en el sentido que la intimidación puede haber sido empleada

por un tercero que no intervenga en el acto; lo establecido por el artículo 215, que extiende los efectos de la intimidación al cónyuge y parientes de la víctima, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación según las circunstancias.

También deberá tenerse presente lo prescrito por el artículo 216 del Código, en el sentido que para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad.

Igualmente, dentro de la contratación por teléfono también resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 217 en el sentido que la amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el acto.

Ahora bien, en relación a la posibilidad de pactar anticipadamente una renuncia a la anulabilidad del acto por intimidación, sabemos que ello no tendría ningún efecto, ya que esta disposición estaría viciada de nulidad absoluta.

No obstante ello, en la contratación por teléfono, el acordar una disposición de esta naturaleza carecería mayormente de sentido, pues en realidad la utilidad ficticia de cláusulas de esta naturaleza se da en la medida que la contraparte (beneficiaria de la «renuncia») pueda contar con dicha renuncia de manera escrita.

Pero aun así, entendemos que resultaría posible, pero sin efectos jurídicos, recurrir a una renuncia de esta naturaleza.

Ello nos llevaría a formular la pregunta de cuál sería la utilidad práctica de un convenio de esta naturaleza, a lo que responderíamos, tal como lo hacemos en la cátedra, que cláusulas de esta naturaleza, a pesar de ser nulas, tienen efectos disuasivos, en la medida que la víctima del vicio de la voluntad (en este caso de intimidación) que renuncia a cualquier acción al respecto, no necesariamente conoce de Derecho, así como tampoco necesariamente tendrá una adecuada asesoría jurídica, situaciones que en muchos casos lo llevarán a abstenerse de intentar la anulación del acto, por creer firmemente que no tiene derecho a ello.

Además, el plazo que la ley peruana otorga a la víctima de un vicio de la voluntad para intentar la anulación del acto es muy breve, pues tal como lo establece el artículo 2001, inciso 4, del Código Civil, la acción de anulabilidad prescribe, salvo disposición diversa de la ley, los dos años (entendidos, naturalmente, desde el momento de la celebración del acto), término al cual se llegará en muchos casos de manera inadvertida.

Esta es, sin duda, la razón por la cual en nuestros días, y a pesar de la disposición expresa de la ley, continúa siendo cláusula de estilo, en prácticamente todos los contratos celebrados por escrito, aquella en la cual las partes renuncian recíprocamente a intentar cualquier acción que conduzca a anular el acto por vicios de la voluntad o a rescindirlo por causa de lesión.

2.2.4. Anulabilidad por violencia

En la contratación por vía telefónica resulta relevante analizar el funcionamiento de la violencia física como vicio de la voluntad.

Decimos esto, por cuanto la violencia física implica que al momento en que se celebra el acto la víctima ha sufrido o sufre violencia física, de modo que declara aquello que no quiere; hechas las salvedades en el sentido que dicha violencia puede llegar a anular por completo la voluntad del agente, caso en el cual el acto sería nulo, o a constituir un elemento importante en la obtención de una voluntad viciada, supuesto en el cual permaneceríamos en presencia de un vicio de la voluntad.

Pero cualquiera sea el caso, nos lleva a señalar que la violencia tiene, necesariamente, que implicar contacto personal entre la víctima y el agente causante de la violencia o de un tercero que actúe en concordancia con dicho agente, pues, caso contrario, nos encontraríamos dentro del ámbito de la intimidación, y no dentro del de la violencia.

En tal sentido, podría ocurrir que antes o coetáneamente al momento en que la víctima declara su voluntad, ésta haya sufrido actos de violencia dirigidos por su contraparte o un tercero, pero, más allá del contacto físico que implica la realización de estos actos violentos, la declaración que lleva o conduce a celebrar el contrato, se haya producido telefónicamente.

Es obvio que en muchos casos, el delincuente que emplea violencia para que su víctima celebre un acto jurí-

dico no será quien actúe por si mismo, sino que en la mayoría de casos se valdrá de terceros para conseguir sus fines. De este modo, es probable que se obligue a la víctima, inmediatamente después de haber sufrido daños corporales, o al estar sufriéndolos, a que llame por teléfono al autor intelectual de dichos actos, para manifestar su «voluntad» de contratar o celebrar aquel negocio perjudicial a sus intereses, que beneficiará al mencionado delincuente.

Vemos pues, como la violencia física puede jugar un papel de interrelación con los contratos celebrados por teléfono.

2.3. Anulabilidad por simulación relativa

Como se recuerda, en virtud de lo establecido por el inciso 3, del artículo 221, el acto jurídico es anulable por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.

Hemos mencionado hace un momento que el tema de la simulación adquiere relevancia en la medida que dicho acto conste en un documento que sirva o tenga utilidad para oponer dicha simulación frente a los terceros ante quienes se quiera acreditar algo ficticio como real.

En el caso de la simulación relativa, estamos en presencia de un acto verdadero que ha sido ocultado o disimulado por las partes con un acto ficticio, el mismo que desean aparente ser el real.

Dentro de este orden de ideas, entendemos que efectuar una simulación a través de la línea telefónica carecería, en la mayoría de los casos, de utilidad, en la medida que no constará en ningún documento, ni tampoco será conocido por persona alguna, distinta a aquellas que celebran el acto.

No obstante ello, podríamos imaginar la eventualidad de que las partes simulen un acto a través de la línea telefónica, ocultando uno verdadero, y haciendo que un tercero, frente a quien se quiere oponer dicha simulación, tome conocimiento del acto celebrado, ya sea por acceso directo a la conversación telefónica o por estar escuchando a alguna de las partes.

Sin embargo, más allá del plano teórico, creemos que la utilidad práctica de una situación de estas características, resultaría ínfima, en la medida que no quedará acreditada la celebración del acto simulado.

2.4. Anulabilidad derivada del mandato de la ley

Como se recuerda, en virtud de lo prescrito por el inciso 4, del artículo 221 del Código Civil, el acto jurídico es anulable cuando la ley así lo declara.

Sobre este particular, nos abstenemos de efectuar mayores comentarios, en la medida que la citada disposición resulta aplicable a todos los actos jurídicos, independientemente del medio que empleen las partes para celebrarlos.

SUB-CAPÍTULO II

Contratos celebrados por teléfono, con respuesta dejada en una contestadora automática de llamadas

1. La nulidad del acto jurídico

1.1. Nulidad por ausencia de manifestación de voluntad del agente

Ante todo debemos precisar que en materia de contratos celebrados con respuesta dejada en una contestadora automática de llamadas, tendrá relevancia la nulidad por ausencia de manifestación de voluntad del agente, en la medida que la declaración de voluntad del aceptante no llegue a destino, como podría ser el caso en que su voz no quede grabada en la referida contestadora automática de llamadas, caso en el cual al no haber llegado a la grabación la mencionada respuesta, muchos menos podrá considerarse conocida por su destinatario, razón por la cual, en este caso, habremos de considerar simplemente que no hay manifestación de voluntad del agente.

1.2. Nulidad por incapacidad absoluta

Tal como fue dicho en nuestro análisis de la nulidad del acto jurídico en los contratos celebrados por teléfono entre dos personas que se encuentran en comunicación directa, en nuestros días resulta sumamente complicado identificar, tanto personalmente como cuando nos encontramos hablando por teléfono, a una persona en cuanto a si es o no un sujeto con capacidad de ejercicio.

Ya anotamos en nuestro análisis del punto antes mencionado lo complicado que resulta en nuestros días saber por teléfono, si alguien es capaz o no.

Todas estas dificultades, que ya de por sí son bastante grandes en la conversación telefónica normal, se agravan mucho más cuando nos encontramos en una comunicación telefónica en que las personas no se encuentran hablando directamente, ya que al dejarse un mensaje como respuesta a una eventual oferta contractual, esto implicará que quien lo recibe no pueda indagar directamente con la persona que emitió ese mensaje, acerca de sus capacidades o impedimentos.

Pero más allá de estas consideraciones, en el plano teórico, resultan plenamente aplicables a este punto todas las doctrinas relativas a la nulidad por incapacidad absoluta, independientemente de que las mismas, tal como ha sido manifestado en su oportunidad, van perdiendo importancia para la sociedad y para el Derecho.

1.3. Nulidad por objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable

Hacemos de aplicación a este punto lo señalado con

ocasión de nuestro análisis de la nulidad en los contratos celebrados por teléfono entre dos personas que se encuentran en comunicación directa, ya que lo establecido por el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil, en el sentido que el acto jurídico es nulo cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible o indeterminable, resulta aplicable a la contratación celebrada utilizando cualquier medio de comunicación.

1.4. Nulidad por fin ilícito

Resulta evidente que un acto puede revestir fin ilícito independientemente del medio de comunicación que se emplee para celebrarlo, situación que resultará irrelevante en cuanto a la finalidad mencionada.

Por tal razón, un acto con fin ilícito será nulo más allá de si se haya celebrado de la manera que estamos estudiando, de acuerdo a lo establecido por el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil.

1.5. Nulidad por simulación absoluta

Si bien es cierto que el tema de la nulidad por simulación absoluta resulta aplicable a todos los actos en general, debemos recordar la observación que formulamos en nuestro análisis de la aplicación del inciso 5 del artículo 219 del Código Civil, en relación con los contratos celebrados por teléfono entre dos personas que se encuentran en comunicación inmediata. Allí dijimos que simular un acto en esas condiciones no tendría mayor sentido, ya que se carecería del instrumento en el cual conste el acto simulado, el mismo que serviría para poder oponer la existencia de ese «acto» frente a terceros.

Sin embargo, dicha observación no resultaría del todo aplicable a la simulación absoluta de un contrato que constase en una contestadora automática de llamadas, en la medida que podría resultar factible acreditar con la referida grabación la supuesta existencia de ese acto.

No obstante ello, resultan aplicables a este punto todas las salvedades que efectuamos en razón de nuestro análisis de la simulación absoluta y la nulidad de los contratos celebrados por teléfono entre personas que se encuentran en comunicación inmediata.

1.6. Nulidad por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad

Hemos señalado en su momento, que de acuerdo a lo establecido por el inciso 6 del artículo 219 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Está claro que el tema de la forma se flexibiliza muchísimo en nuestros días respecto de aquellos actos para los cuales la ley no establece una formalidad determinada, supuesto en el cual las partes, con mayor frecuencia, prescinden de cualquier formalidad, que antes se solían imponer.

Está claro que en los contratos celebrados a través de mensajes dejados en una contestadora automática de llamadas, no podremos aplicar los criterios tradicionales respecto del cumplimiento de alguna formalidad relativa a la celebración de los contratos.

Sin embargo, no podría descartarse el hecho de que las partes se hubieran impuesto como formalidad la de

dejar el mensaje de aceptación en dicha contestadora de llamadas, eventualmente bajo sanción de nulidad.

Pero ello sería exótico.

Resulta también evidente que si la ley establece alguna forma solemne para un acto determinado, las partes deberán seguir dicha formalidad, es decir, que no podrán celebrar el acto de la forma que nos encontramos estudiando, sino que deberán recurrir, necesariamente, al cumplimiento de la forma prescrita.

1.7. Nulidad derivada del mandato de la ley

Como se recuerda, el inciso 7 del artículo 219 del Código Civil, establece que el acto jurídico es nulo cuando la ley así lo declara.

En tal sentido, esta nulidad será aplicable a cualquier acto de los señalados por ley, independientemente del medio empleado para su celebración, en este caso, la comunicación telefónica con respuesta dejada en la contestadora automática.

1.8. Nulidad por estar comprendido en el artículo V del Título Preliminar

Resulta irrelevante que un acto haya sido celebrado por el medio de comunicación bajo estudio, para que sea considerado nulo, en virtud de lo establecido por el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil, es decir, cuando el acto que se desea celebrar fuese contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

2. La anulabilidad del acto jurídico

2.1. Anulabilidad por incapacidad relativa del agente

Todas las dificultades y observaciones que formulamos con ocasión de los contratos celebrados por teléfono entre personas que se encuentran en comunicación inmediata, en relación con la eventual anulabilidad de un acto por incapacidad relativa del agente, resultan aplicables al punto materia de estudio.

Sin embargo, debemos subrayar que dichas dificultades y problemas se podrán ver agravados en actos de este tipo, en la medida que cuando se deja una respuesta en una contestadora automática de llamadas no existe comunicación inmediata.

2.2. Anulabilidad por vicio de la voluntad

2.2.1. Anulabilidad por error

No podemos decir que aquellos conceptos referidos a la anulabilidad de un acto por error en los contratos celebrados por teléfono por dos personas que se encuentran en comunicación inmediata resulten de plena aplicación a los contratos celebrados dejando la aceptación en una contestadora automática de llamadas.

Decimos esto, porque en el caso que nos ocupa no existe comunicación inmediata, vale decir, la persona que va a dejar el mensaje en la contestadora, probablemente no se encontrará presionada por las circunstancias que imponen dar una respuesta inmedita a una persona que nos está escuchando.

Se entiende que si se ha convenido que se conteste de

la manera que nos encontramos analizando, aquél que debe responder tendrá el tiempo necesario para reflexionar acerca de su contestación, y una vez que haya pensado lo suficiente sobre el particular, podrá emitir su respuesta.

Dentro de tal orden de ideas, la posibilidad de que se presente el vicio de error en un contrato celebrado dejando el mensaje en una contestadora automática de llamadas, tal vez será la misma que se presente en otros medios en los cuales existe el tiempo necesario para meditar y responder.

No obstante lo señalado, cabría formular algunos razonamientos que podrían llevarnos a dudar de hacer absolutos los alcances de nuestra afirmación anterior. Concretamente nos estamos refiriendo a un hecho que tal vez pasa inadvertido en términos generales, cual es que algunas personas no se sienten muy cómodas, y hasta se ponen nerviosas cuando tienen que dejar un mensaje en una contestadora automática de llamadas. En algunos casos, el solo hecho de escuchar la voz de una grabación y tener que responder ante el sonido de un timbre perturba a las personas más de lo que podemos imaginar, de modo tal que no será infrecuente que en muchas ocasiones los errores provengan, precisamente, de esta circunstancia.

2.2.2. Anulabilidad por dolo

Para que se produzca el dolo como vicio de la voluntad, es necesario que haya habido inducción por la otra parte o por un tercero para que la víctima vicie su vo-

luntad, vale decir, para que se produzca un supuesto de error inducido.

Ahora bien, esta inducción al error (que precisamente conduce al dolo) no podría ser realizada directamente en los contratos celebrados dejando la respuesta en una contestadora automática de llamadas, en la medida que no existe comunicación inmediata entre la víctima y el agresor; pero ello no impedirá que se produzca la inducción al error por un medio diferente, incluso en forma personal, y se convenga que dicha víctima deje el mensaje de aceptación en la contestadora automática de llamadas.

De este modo, esa puesta en escena positiva (por acción) o negativa (por omisión) siempre se producirá, pero lo que estamos diciendo es que ello no ocurrirá empleando la forma de contratar bajo estudio.

2.2.3. Anulabilidad por intimidación

En lo que respecta a la anulabilidad por intimidación, hacemos aplicables a los contratos celebrados dejando el mensaje en una contestadora automática de llamadas, los comentarios que efectuamos en razón de los contratos celebrados por teléfono entre personas que se encuentran en comunicación inmediata.

Ello, en consideración a que para estos efectos no se requiere que la intimidación se produzca de manera directa, es decir, inmediatamente anterior o coetánea al momento de la celebración del acto (que en el caso que nos ocupa coincidirá con el momento en que se deja la respuesta en la contestadora automática de llamadas),

sino que el acto intimidante podrá haberse producido con una notoria anticipación o incluso coetáneamente, pero, lo que resulta obvio, por una vía distinta a la que nos encontramos estudiando.

2.2.4. Anulabilidad por violencia

Estimamos que resultan aplicables al tema bajo análisis las consideraciones que esgrimimos en relación al punto, referidas a la contratación por teléfono entre personas que se encuentran en comunicación inmediata.

En virtud de ello, no abundaremos sobre el particular.

2.3. Anulabilidad por simulación relativa

Sabemos que de acuerdo a lo prescrito por el artículo 221, inciso 3 del Código Civil, el acto jurídico es anulable por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.

En razón de que la simulación cobra relevancia en la medida que el acto simulado conste en algún medio documental, resulta muy relativa la utilidad que para las partes simuladoras tenga un acto de dichas características que hubiese sido celebrado a través de una contestadora automática de llamadas.

Pero si bien es cierto que cuestionamos la efectividad práctica de una situación de estas características, ello no implica que estemos negándole validez teórica.

2.4. Anulabilidad derivada del mandato de la ley

Ya hemos dicho que el artículo 221, inciso 4 del Código Civil, establece que el acto jurídico es anulable cuan-

do la ley así lo declara, situación que se extenderá a cualquier contrato, independientemente del medio que se emplee para su celebración.

CONTRATOS CELEBRADOS POR FACSÍMIL

1. La nulidad del acto jurídico

1.1. Nulidad por ausencia de manifestación de voluntad del agente

Sabemos holgadamente que el artículo 219, inciso 1 del Código Civil, establece que el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

Consideramos necesario puntualizar que cuando nos referimos a la contratación por facsímil, la aludida declaración de voluntad deberá hacerse por la vía facsimilar lo que equivale a decir que aunque el agente hubiese manifestado su voluntad, por ejemplo de manera verbal, pero esta todavía no se hubiera traducido en la redacción del facsímil y en el envío efectivo de éste a destino, simplemente se considerará que no ha habido declaración alguna.

Resulta claro también que habrá ausencia de manifestación de voluntad en todas aquellas hipótesis en las

cuales el *fax*, a pesar de haber sido enviado no hubiese llegado al aparato de destino, y en los supuestos en que dicha comunicación hubiera sido recibida defectuosamente, de modo tal que el destinatario de la misma se vea imposibilitado de conocer su contenido.

Como vemos, la nulidad por ausencia de manifestación de voluntad del agente resulta un punto común a los medios de contratación que nos encontramos estudiando.

1.2. Nulidad por incapacidad absoluta

Como hemos señalado en nuestro análisis de la contratación por teléfono entre dos personas que se encuentran en comunicación inmediata, son múltiples las consideraciones que surgen en torno a una eventual nulidad por incapacidad absoluta del agente.

Concretamente en esa oportunidad hicimos mención de diversas situaciones en las cuales resultaba difícil para los contratantes advertir recíprocamente la capacidad o incapacidad de su contraparte.

Dentro de esta situación, vimos como se iba diluyendo en el campo de la contratación moderna, la importancia de la capacidad para contratar, en la medida que este requisito se exige cada vez menos y en razón de que en muchas ocasiones resulta casi imposible advertir la presencia o asencia de este elemento.

Sin embargo, el tema de la nulidad por incapacidad absoluta reviste matices diversos en la contratación por facsímil, por varias razones.

En primer lugar, porque el facsímil, si bien ha tenido

una gran difusión en nuestro país durante los últimos años, sigue siendo un medio de comunicación que en la casi totalidad de supuestos es poseído y utilizado por profesionales y empresas, situación que lleva a que exista un menor grado de probabilidad de que dicho medio sea empleado por incapaces, en la medida que resulta inusual que un incapaz trabaje en un estudio u oficina de un profesional o en una empresa, y que si se diese el caso, resultaría aún más difícil que tuviera a su disposición un *fax* para su uso.

El empleo del facsímil por los incapaces será más factible en los casos que dichos aparatos se encuentren instalados en domicilios o residencias y en la medida que no exista un adecuado control de su uso por parte de las personas que tienen a su cargo a los mencionados incapaces.

No obstante las ideas anotadas, y en la eventualidad de que un incapaz acceda al uso de un facsímil, le resultará más complicado, justamente por su incapacidad, el redactar un documento que revista caracteres de credibilidad.

No es lo mismo que un niño de 10 años llame a una pizzería y pida una pizza por teléfono a que el mismo niño redacte un *fax* y lo envíe a una empresa para comprar una determinada mercadería. Los términos o expresiones que se utilizarán en un supuesto o en el otro serán absolutamente distintos. En el primer caso, es probable, incluso, que el niño se haga pasar por un mayor de edad (lo que al fin y al cabo para efectos prácticos no interesa), pero en el segundo caso realmente será muy difícil que ese niño redacte el *fax* en términos y ex-

presiones que estén a la par con las que se utilizan en el comercio para operaciones de esta naturaleza.

Con ello no estamos diciendo que una situación semejante resulte imposible, pero sí resultará inusual; y en la eventualidad de que se redactara un *fax* de esta naturaleza, lo más probable será que quien lo reciba advierta que no ha sido redactado por una persona capaz, situación en la cual para todos será claro que el acto está atacado por nulidad absoluta.

Sin embargo, no debe descartarse que el menor de edad o incapaz pida a una persona que le redacte el *fax* y que sea el propio menor de edad el que lo envíe, supuesto en el cual resultaría muy difícil para la contraparte descubrir –sólo con estos elementos– la incapacidad del agente.

Adicionalmente es necesario señalar que el empleo de los facsímiles se da en operaciones que revisten por lo menos mediana importancia, razón por la cual quien recibe un *fax*, en muchos casos, tendrá vivo interés en verificar quién es el signatario del otro *fax*. Esto nos da un elemento que también debemos considerar; y es el hecho de que los facsímiles generalmente se firman, con lo que resultará más fácil advertir que se trata de la firma de un incapaz o la firma de una persona capaz, esto, por trazos que generalmente representan indicios respecto de la seguridad con que se ha firmado y la coherencia de la misma firma.

Por último, es necesario advertir que el artículo 1358 del Código Civil, no resulta plenamente aplicable a la contratación por *fax*, en la medida que es difícil imaginar, por lo menos hoy en día, que forme parte de las necesidades de la vida diaria de un niño el contratar por *fax*.

1.3. Nulidad por objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable

Como sabemos, de acuerdo a lo establecido por el artículo 219, inciso 3 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

Reiteramos en este punto, que el citado precepto resulta aplicable a la contratación en general, independientemente del medio empleado para contratar.

1.4. Nulidad por fin ilícito

Resulta evidente que lo dispuesto por el artículo 219, inciso 4 del Código Civil, en el sentido que el acto jurídico es nulo cuando su fin sea ilícito, es plenamente aplicable a la contratación celebrada a través de cualquier medio, incluyendo el facsimilar.

1.5. Nulidad por simulación absoluta

En virtud de lo dispuesto por el artículo 219, inciso 5 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando adolezca de simulación absoluta.

A este punto no son de aplicación los comentarios que efectuamos en razón de nuestro análisis de la contratación por teléfono, tanto en relación a la comunicación telefónica directa como aquella con mensajes dejados en la contestadora automática de llamadas.

Como se recuerda, nuestra principal objeción a aplicar las normas de simulación absoluta en relación a la comunicación telefónica, consistía en que en esta forma de contratación no existe documento alguno en el cual conste el contenido de dicha conversación, elemento que por lo general resulta esencial en materia de simulación.

Sin embargo, en la contratación por facsímil la situación es distinta, en la medida que sí existe un documento en el que conste por escrito, por lo menos la aceptación o el contrato en su integridad, elemento que podría servir para ser opuesto a los terceros frente a quienes se quiere disimular el acto inexistente (simulación absoluta).

Sin embargo, es importante mencionar que deberán tener mucho cuidado las partes si quieren conservar ese documento como prueba del acto supuestamente efectuado, ya que los facsímiles se borran rápidamente, razón por la cual si desean conservar por un mayor tiempo gráficamente dicho documento, deberán tomarle una fotocopia de buena calidad, la misma que, a pesar de deteriorarse con el paso de los años, sin lugar a dudas, durará más que un simple facsímil.

1.6. Nulidad por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad

Como sabemos, en virtud de lo establecido por el artículo 219, inciso 6 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Es sabido que los actos jurídicos –en principio– son consensuales, pero que las partes o el mandato de la ley pueden imponerles una forma bajo sanción de nulidad.

En estos casos, tanto la ley como las partes imponen, por lo general, la forma escrita, pudiendo dividir a esta forma escrita en simple o por escritura pública.

De modo que si las partes se hubiesen impuesto como forma escrita bajo sanción de nulidad, un escrito simple, entonces si se hubiese celebrado el contrato por *fax*, se estaría cumpliendo con la formalidad preestablecida.

De allí que en la contratación por facsímil puede tener, como vemos, relevancia la forma escrita, en la medida en que es justamente ésta la manera en que se efectúa dicha comunicación.

1.7. Nulidad derivada del mandato de la ley

Ya ha sido dicho por nosotros que el artículo 219, inciso 7 del Código Civil, establece que el acto jurídico es nulo cuando la ley así lo declara.

Es claro que esta nulidad tiene vigencia más allá del medio empleado para contratar, en este caso, la vía facsimilar.

1.8. Nulidad por estar comprendido en el artículo V del Título Preliminar

Hacemos de aplicación a este punto los comentarios vertidos con ocasión del análisis del acápite anterior.

2. La anulabilidad del acto jurídico

2.1. Anulabilidad por incapacidad relativa del agente

Resultan aplicables al tema de la incapacidad relativa del agente, los comentarios que efectuamos en nues-

tro análisis de la nulidad por incapacidad absoluta del agente, referida a la contratación por facsímil.

2.2. Anulabilidad por vicio de la voluntad

2.2.1. Anulabilidad por error

No resultan aplicables a la contratación por facsímil los comentarios que efectuamos en relación a los contratos celebrados por teléfono, en cualquiera de sus dos modalidades.

Creemos que cuando se contrata por teléfono existen mayores posibilidades de incurrir en error, dada, muchas veces, la prisa y la rapidez con que se producen las conversaciones telefónicas.

Es así, que equivocarse por teléfono será más frecuente que equivocarse por *fax*, en la medida que para que se transmita un *fax* el agente deberá haber meditado de manera adecuada su respuesta, de modo tal que incluso tendrá la posibilidad de revisar aquello que ha escrito, lo que le permitará subsanar eventuales errores en que haya incurrido.

Ahora bien, no debe entenderse que en este tipo de contratos quede descartada la posibilidad de que se presente el error como vicio de la voluntad.

Ello, en razón de que más allá de las posibilidades de tener control sobre el texto de la respuesta a enviar, será posible que quien comete el error lo haga por tener una visión distorsionada de la realidad, hecho que le llevará a incurrir en error de todas maneras, más allá del

contenido del texto en el que manifieste su aceptación a la oferta contractual.

En tal sentido, es claro que dentro de la contratación facsimilar podrán presentarse los supuestos que configuran el error esencial, fundamentalmente aquellos contenidos en el artículo 202 del Código Civil, en sus incisos 1, 2 y 3.

Es obvio también que podrá tratarse de un error *in quantitati*, regulado en el artículo 204; o un error en el motivo (artículo 205).

Creemos, sin embargo, que resultará menos factible se presente un caso de error en la declaración (artículo 208 del Código Civil), en consideración a las posibilidades que tienen las partes en la contratación por *fax* de revisar el contenido de su futura respuesta.

Menos aún, si nos encontramos dentro del supuesto del artículo 209, norma que establece que el error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no vicia el acto jurídico, cuando por su texto o las circunstancias se pueda identificar a la persona, al objeto o al acto designado.

Finalmente, por tratarse de un medio de contratación en el cual el acuerdo o la respuesta que da lugar al mismo van a constar por escrito, resultaría factible que se empleara, de modo disuasivo, una cláusula de estilo de renuncia a la acción de anulabilidad por error.

Sin embargo, más allá del efecto práctico o psicológi-

co que pudiera tener una estipulación de esta naturaleza, obviamente carecería de validez jurídica.

2.2.2. Anulabilidad por dolo

Sin duda este vicio de la voluntad también puede estar presente dentro de la contratación facsimilar.

Resultará claro que la acción dolosa que lleve a un contratante a celebrar un acto jurídico por facsímil, no se realizará de manera directa al momento de su declaración, por lo menos a través del mismo medio de comunicación empleado.

Lo que podría ocurrir es que la acción dolosa se haya realizado antes o coetáneamente a la celebración del contrato por *fax*, empleando la contraparte (aquella que se beneficia con la celebración del acto) la acción propia o de un tercero, que induzca a la víctima a celebrar el acto.

El medio empleado por el agresor o el tercero para inducir a error puede haber sido la vía facsimilar o cualquier otra, situación que carecerá de relevancia para nuestro objeto de estudio.

De lo antes señalado, resulta claro que el dolo puede haber sido cometido o por el directo beneficiario o por un tercero (artículo 210 del Código Civil); así como también podría haberse producido por acción o por omisión (artículo 212).

Pero más allá de estas consideraciones, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 211 del Código Civil, norma que prescribe que si el engaño no es de tal

naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese celebrado en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta lo establecido por el numeral 213 del Código Civil, norma que establece que para que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes.

Para concluir, debemos mencionar que más allá de los efectos disuasorios que pueda tener –sobre todo en el caso del dolo– la renuncia anticipada a la acción de anulabilidad del acto jurídico, ella resultaría siempre nula, tal como lo dispone el artículo 218 del Código Civil.

2.2.3. Anulabilidad por intimidación

Más allá de considerar que la contratación implica una comunicación inmediata, estimamos que resultarían aplicables a este punto, *mutatis mutandis*, nuestros comentarios efectuados con ocasión del análisis de la intimidación en la contratación telefónica, en cualquiera de sus dos modalidades.

2.2.4. Anulabilidad por violencia

Igualmente hacemos de aplicación, en lo que resulte pertinente al tema, nuestros comentarios sobre la violencia en los contratos celebrados por teléfono.

2.3. Anulabilidad por simulación relativa

Como se recuerda, en virtud de lo establecido por el inciso 3 del artículo 221 del Código Civil, el acto jurídico

es anulable por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.

En el caso de la contratación por facsímil, resultará frecuente la presencia de actos simulados, en la medida que existen documentos que acreditan la celebración de los actos, los mismos que podrían ser opuestos a terceras personas, frente a las cuales se quisiera oponer el acto disimulado.

2.4. Anulabilidad derivada del mandato de la ley

Conforme a lo prescrito por el artículo 221, inciso 4 del Código Civil, el acto jurídico es anulable cuando la ley lo declara anulable, disposición que extiende sus alcances a todos los actos jurídicos y contratos, más allá del medio de comunicación que se emplee para celebrarlos (en este caso el facsímil).

CONTRATOS CELEBRADOS POR BEEPER O SISTEMA BUSCA-PERSONAS

1. La nulidad del acto jurídico

1.1. Nulidad por ausencia de manifestación de voluntad del agente

Antes de abordar este punto, nos vemos en la necesidad de recordar que la contratación por *beeper* reviste características bastante especiales, en la medida que si asumimos que el contrato se celebrará con la respuesta que dé una parte a la otra utilizando este sistema o medio de comunicación, no existirá entre ellas comunicación inmediata.

Al no existir dicha comunicación inmediata entre aquellos que desean contratar, la parte que va a enviar la aceptación no podrá hacerlo de manera directa, sino indirecta, recurriendo a la central telefónica del sistema de busca-personas, para que desde ese punto sea retransmitido el mensaje al abonado con quien quiere contratar.

En tal sentido, resulta indispensable precisar qué naturaleza jurídica tiene dicha central receptora y retransmisora de mensajes.

Estimamos que se trata de un nuncio o mensajero[1].

Consideramos que es nuncio o mensajero, en la medida que de acuerdo al contrato celebrado con el usuario, esta central tiene por misión única y exclusivamente retransmitir al abonado aquellos mensajes que le sean dejados en su respectivo número.

1 En palabras de Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena (LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Op. cit., pp. 163 y 164.):
«... la intervención del nuncio reviste ciertas peculiaridades que pueden resumirse en que no dispone de auténtico poder de decisión, como no sea el de eventualmente optar entre las variantes que le sean indicadas. De este modo su participación en el acto jurídico vendría a ser puramente instrumental, como transmisión de una voluntad ajena, que es propiamente la generadora del contenido de la declaración que habrá de emitirse de modo físico por el nuncio. A partir de estos principios señala Betti que la interposición de un hecho que no configura el negocio, sino sólo un elemento de él, que es la forma expresiva, considerada como manera de hacer evidente una voluntad que ya está determinada por el titular del negocio. Sobre la base de estas ideas se había venido considerando más o menos enfáticamente que la sustitución por mucho no podía encajar en la dogmática de la representación, por asimilarle a un sencillo portavoz o mensajero de voluntades. En este sentido se han pronunciado no pocos tratadistas que consideran que la representación consiste sustancialmente en la total elaboración de una voluntad para el representado y que a él habrá de afectarle.
Luis Diez Picazo observa, sin embargo, que la distinción entre el nuncio y el representante es sumamente borrosa, pues en toda actividad representativa han de diferenciarse y apreciarse distintas graduaciones. Para ello –dice– han de hacerse notar las dos hipótesis extremas. De un lado, cuando el sustituto está en aptitud de poder decidir la conveniencia o no de un negocio y determinar sus características fundamentales. En suma, señalar el contenido negocial. De otro lado y sustancialmente diferente es el otro extremo de la hipótesis. Es decir, cuando una persona es mero portavoz de una declaración de voluntad ajena y la traslada a la otra parte, cumpliendo así una función de emisario.

Resulta, pues, evidente que la función de estas centrales de comunicaciones no pasan por interpretar los mensajes recibidos y retransmitirlos o interpretarlos, sino única y exclusivamente retransmitirlos tal y como son recibidos.

No obstante ello, cabe la posibilidad de que por la

Una vez señalados estos dos polos opuestos, añade, habrá de convenirse en que entre ellos existe toda una gama de posibles actitudes representativas que imposibilitan determinar exactamente el fin de la representación y el principio de la actuación del nuncio. Con el agregado, por ende, que a veces existe intervención conjunta del *dominus* y del nuncio, de suerte que no es posible independizar netamente la función realizada.
Por último, indica Diez Picazo, también es impropio señalar que el nuncio se limita a reproducir exactamente la voluntad del representado, pues con frecuencia la manifestación del emisario no es auténtica reproducción, sino una nueva expresión de la declaración, lo que supone que el nuncio ha realizado una labor interpretativa de la declaración recibida. Por ello, los términos finales del negocio no serán los derivados de la declaración del representado, sino los que resulten de la efectuada por su emisario.
Para abundar en la dificultad de excluir de la representación la actuación del nuncio, ha de advertirse también que la relación entre éste y el representado puede ser la misma que entre representado y representante auténtico; que no existe sustancial diferencia entre la capacidad o idoneidad para ser nuncio o ser representante; que los efectos finales del negocio son los mismos, y que tanto el genuino representante como el nuncio están sujetos a responsabilidad por su conducta.
De todo lo expuesto cabe concluir que a menos que se identifique y circunscriba de modo definitivo la labor del nuncio en la de estricto y fiel reproductor y emisario de voluntades sin capacidad para imprimir su personalidad en el acto jurídico, ninguna utilidad reviste separar y retirar su actuación del marco de la representación. Sería, como apunta Castán Tobeñas, un sustituto en la manifestación de voluntad, pero no en la determinación total o parcial de la misma.
En nuestra opinión, pues, cuando el nuncio no sea un simple reproductor de la declaración, su actividad queda regulada por la doctrina de la representación. Además, así vienen a reconocerlo los artículos 163 y 166 del Código que aluden (aunque el último implícitamente) a determinación del contenido del negocio por el representado.»

longitud o extensión del mensaje recibido, éste deba ser abreviado por la central, pues de lo contrario no se podría enviar al aparato receptor del abonado.

Tal vez si alguna actividad le cabe a esta central de busca-personas es la de resumir los mensajes que revistan estas características.

Sin embargo, resulta obvio que resumir un mensaje es un acto meramente material, que no requerirá, prácticamente, ninguna labor de decisión o interpretación, mucho menos discresional.

Por ello, la central de este sistema es un simple mensajero y no un representante.

En virtud de lo antes señalado, resulta obvio que no son aplicables al tema los conceptos y normas sobre la representación.

Ahora bien, en lo que respecta a la nulidad del acto por ausencia de manifestación de voluntad del agente, debemos hacer algunas distinciones acerca de este tema.

Dadas las características del medio de contratación y comunicación bajo estudio, resulta claro que la ausencia de manifestación de voluntad es un elemento que está referido al agente que expide o debiera expedir o manifestar su voluntad.

En tal sentido, dentro de la forma de contratación bajo estudio, habría ausencia de manifestación de voluntad en la medida que quien desea dejar la respuesta en la central busca-personas, no lo haga, a pesar, incluso de tener todas las intenciones de querer celebrar el contrato.

Pero una situación de esta naturaleza sería común a toda la contratación. Lo peculiar en relación a este medio de contratación estaría dado por el hecho de que exista manifestación de voluntad del agente, pero al llegar a la central del sistema busca-personas dicho mensaje no sea retransmitido por la operadora. En tal caso, si bien es cierto que habría habido manifestación de voluntad, ésta no habría llegado a conocimiento del usuario.

No obstante ello, cabría preguntarse si en un caso como el mencionado debería considerarse o no que hay declaración.

Siguiendo la línea de las expresiones vertidas con ocasión del análisis del consentimiento en relación a este medio de contratación, tendríamos que concluir en que sí hay declaración, en la medida que quien emite esa declaración y la confía al sistema de busca-personas, no tiene por qué ser responsable del mal funcionamiento de este sistema, escogido por el destinatario de la aceptación.

En este orden de ideas, es obvio que habría contrato y, lo que resulta evidente, la declaración que ha dado lugar al mismo.

De lo dicho se deduce que la central de sistema busca-personas es nuncio o mensajero del abonado a quien se deja el mensaje, en tanto que no lo une vínculo alguno con aquella persona que ha dejado el referido mensaje.

Por esta razón, las eventualidades, problemas, desperfectos o cualquier otra situación anormal que afecte

a la central no tienen por qué perjudicar a aquél que dejó el mensaje; en todo caso, el perjudicado debería ser el abonado que confió a la central la transmisión de los mensajes que reciba.

Por todo lo antes señalado, consideramos que la nulidad del acto por ausencia de declaración solamente se podrá dar en la medida que dicha ausencia de declaración haya provenido del aceptante, ya que la ausencia de declaración de la central de sistema busca-personas no tendría relevancia alguna.

1.2. Nulidad por incapacidad absoluta

El tema de la nulidad de los contratos por incapacidad absoluta del agente, tendrá relevancia en la medida que esta nulidad afecte a aquel que deja el mensaje en una central de sistema busca-personas o a aquel individuo destinatario del mensaje.

En cuanto a estas personas, que en buena cuenta son partes en el contrato a celebrar, es evidente que resultan de aplicación todos los principios generales expresados por nosotros y relativos a la nulidad por incapacidad del agente.

Sin embargo, consideramos que en este punto serían de aplicación los conceptos vertidos con motivo del análisis de la incapacidad de las partes en los contratos celebrados por teléfono.

En aquella oportunidad decíamos que resultaba difícil para las partes –en nuestros días– descubrir si la otra parte es una persona que goza o no de capacidad de ejercicio.

Estimamos que estas consideraciones se acentúan en cuanto a la dificultad que representará conocer la capacidad de la contraparte en la contratación que se realice empleando el sistema busca-personas, en la medida que ni siquiera se escuchará la voz de la contraparte, habida cuenta de que los mensajes se dejan a través de un intermediario (la central).

Pero también consideramos conveniente detenernos un momento en analizar si resulta relevante el hecho de que la persona (recepcionista) que recibe y retransmite el mensaje en la central del sistema busca-personas, sea o no una persona capaz.

Entendemos que al no ser un representante, sino única y exclusivamente un nuncio o mensajero, no tendrá relevancia alguna el hecho de que la empleada o empleado que recibe dicho mensaje sea o no capaz, teniendo en cuenta que sólo transmite una voluntad ajena y que, correlativamente, no manifiesta en lo absoluto su propia voluntad.

1.3. Nulidad por objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable

Como hemos señalado en oportunidades anteriores, la nulidad por objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable, establecida por el artículo 219, inciso 3 del Código Civil, resulta aplicable a todos los actos, independientemente del medio de comunicación empleado para contratar, en este caso, la vía facsimilar.

1.4. Nulidad por fín ilícito

En relación a la nulidad prescrita por el artículo 219,

inciso 4 del Código Civil, cuando el fin del acto sea ilícito, hacemos de aplicación nuestros comentarios vertidos en el punto anterior.

1.5. Nulidad por simulación absoluta

Como se recuerda, en virtud a lo establecido por el artículo 219, inciso 5 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando adolezca de simulación absoluta.

No obstante que este dispositivo resulta aplicable a la generalidad de actos jurídicos, independientemente del medio de comunicación empleado para tal efecto, consideramos que el tema de la simulación absoluta no tendría mayor relevancia en cuanto a la contratación por *beeper*, en la medida que no se estaría dando un elemento fundamental en toda simulación, cual es la existencia de un documento en el que conste el acto simulado, ya que al fin y al cabo interesará oponerlo a aquellos terceros frente a los cuales se quiere hacer valer la simulación.

Sin embargo, no por ello negamos la posibilidad de que la simulación también tenga lugar en la contratación por *beeper*; lo único que hemos hecho es anotar que sus efectos serían muy relativos.

1.6. Nulidad por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad

Es evidente que en ningún caso la ley impone como forma a seguir, bajo sanción de nulidad, para la celebración de un contrato, el que éste se concierte por *beeper*; de modo que podemos descartar, de plano esta posibilidad.

Sin embargo, sería factible la eventualidad de que las partes se autoimpongan como formalidad a seguir para la celebración del contrato, el que éste se concierte por medio de la utilización del sistema busca-personas, situación, si bien rara, no por ello imposible.

1.7. Nulidad derivada del mandato de la ley

Como se recuerda, establece el inciso 7 del artículo 219 del Código Civil, que el acto jurídico es nulo cuando la ley así lo declara.

Tal como ha sido dicho por nosotros en reiteradas ocasiones, esta nulidad resulta aplicable independientemente del medio de comunicación que se emplee para contratar.

1.8. Nulidad por estar comprendido en el artículo V del Título Preliminar

Como recordamos, establece el artículo 219, inciso 8 del Código Civil, que el acto jurídico es nulo en el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa; en tanto dicho artículo V señala que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Hacemos de aplicación a este punto, los comentarios efectuados con ocasión del análisis del acápite precedente, en la medida que carecerá de relevancia alguna si el contrato se celebra por *beeper* o por cualquier otro medio.

2. La anulabilidad del acto jurídico

2.1. Anulabilidad por incapacidad relativa del agente

Entendemos que son aplicables a este punto, *mutatis*

mutandis, los comentarios que efectuamos con ocasión de nuestro análisis de la nulidad por incapacidad absoluta en los contratos celebrados por *beeper*.

2.2. Por vicio de la voluntad

2.2.1. Anulabilidad por error

En cuanto al error, consideramos conveniente distinguir entre si dicho vicio de la voluntad se presenta a nivel del oferente o del aceptante, o, en todo caso, si se presenta a nivel del nuncio o mensajero, que en el caso bajo análisis está constituido por la central del sistema busca-personas.

Si se tratara de un error en el oferente o en el aceptante, resulta evidente que podrá consistir en cualquier tipo de error jurídicamente relevante, razón por la cual no vamos a entrar a un análisis detallado de la materia.

Sin embargo, creemos que en virtud del medio de comunicación bajo estudio, lo más probable es que nos encontremos en presencia de un error obstativo que recaiga en la identidad de la persona, de manera tal que, por ejemplo, se deje un mensaje para un abonado distinto; o que se dé un error vicio, que recaiga sobre una equivocada interpretación del mensaje, ya sea de la oferta o de la aceptación.

Ahora bien, a nivel del nuncio o mensajero (central del sistema busca-personas), podría tratarse de un error obstativo o en la declaración que recaiga sobre la identidad de la persona a la que se transmite el mensaje, o de un error obstativo o en la declaración, que recae en la transmisión de la misma.

2.2.2. Anulabilidad por dolo

Al tratar acerca del tema del error inducido en la contratación por *beeper*, podríamos pensar que los actos que han inducido a la víctima a cometer error, pueden haber sido empleados por su contraparte en el contrato o por un tercero.

Es evidente también que se podría tratar tanto de un supuesto de dolo por acción como de uno de dolo por omisión.

Y, además, dicha acción u omisión dolosa podría haberse producido a través de una comunicación por *beeper* o empleando un medio distinto, situaciones que, al fin y al cabo resultarían irrelevantes para la configuración del vicio.

Por último, si las partes renunciaran expresamente –al celebrar el contrato– a la posibilidad de demandar posteriormente la anulación del acto por dolo, dicha renuncia carecería de relevancia jurídica y sus efectos disuasorios se verían notablemente relativizados, en la medida que la misma no constaría en documento alguno.

2.2.3. Anulabilidad por intimidación

El miedo o temor que se cause en el agente, para llevarlo a manifestar una voluntad determinada, destinada a celebrar un contrato, es sabido que puede ser empleado por la contraparte o por un tercero, y además debemos precisar que los actos intimidatorios podrán tener lugar tanto utilizando una comunicación a través del sistema busca-personas como empleando un medio diferente, distinción que carece de relevancia.

Al fin y al cabo lo que interesa en cuanto a la intimidación no es que ella sea transmitida a través de un medio de comunicación determinado, sino que llegue a conocimiento de la contraparte y cause en ella el miedo o temor que está destinado a ocasionar.

Es obvio que, dada la naturaleza de la comunicación por *beeper*, en la que se puede mantener el anonimato, la intimidación puede surtir todos los efectos deseados por el delincuente.

Estimamos que son aplicables a la contratación por *beeper* todos los conceptos expresados al analizar las doctrinas generales sobre la intimidación como vicio de la voluntad.

2.2.4. Anulabilidad por violencia

Al constituir la comunicación por el sistema busca-personas una en la cual los sujetos no se encuentran en comunicación directa, el empleo de la violencia deberá realizarse a través de una vía distinta que la propia comunicación por *beeper*, ya que resulta absolutamente imposible emplear violencia a través del envío de un mensaje.

Para tal efecto, el agresor deberá recurrir a una acción directa en contra de su víctima, ya sea de manera personal o valiéndose de terceros.

Finalmente, la renuncia anticipada a una eventual acción de anulabilidad del acto jurídico viciado por violencia, carecería de efectos jurídicos, ya que es nula, de acuerdo a lo establecido por el artículo 218 del Código Civil.

2.3. Anulabilidad por simulación relativa

Como se recuerda, en virtud de lo prescrito por el inciso 3, del artículo 221 del Código Civil, el acto jurídico es anulable por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.

Hacemos de aplicación a este punto, *mutatis mutandis*, los conceptos que vertimos en el análisis de la contratación por *beeper* en cuanto a la nulidad por simulación absoluta.

2.4. Anulabilidad derivada del mandato de la ley

Está claro que el acto jurídico será anulable cuando la ley así lo declare (artículo 221, inciso 4 del Código Civil), más allá de si dicho acto ha sido celebrado por el sistema de busca-personas o por algún medio diferente.

Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada, Tomo III,
se terminó de imprimir en el mes de
octubre de 1996 en los talleres
gráficos de Editorial e Imprenta
DESA S.A. (Reg. Ind.16521),
General Varela 1577,
Lima, 5, Perú.

Publicaciones Recientes

GERARDO ALARCO LARRABURE
Agustín de Hipona. 1996. 154 p.

GUILLERMO DAÑINO
Esculpiendo Dragones. 1996. Tomo I. 416 p. Tomo II. 524 p.
La Pagoda Blanca. 1996. 296 p.

FERNANDO DUPUY
Imperio y Jurisdicción Voluntaria. 1996. 216 p.

FELIPE MAC GREGOR
Perú siglo XXI. 1996. 120 p.

ISMAEL P. MÁRQUEZ - CÉSAR FERREIRA
Asedios a Julio Ramón Ribeyro. 1996. 324 p.

MANUEL MARZAL
Historia de la Antropología Social. 1996. 388 p.

JOHN V. MURRA - MERCEDES LOPEZ-BARALT (Editores)
Las Cartas de Arguedas. 1996. 368 p.

HÉCTOR NOEJOVICH
Los Albores de la Economía Americana. 1996. 584 p.

MIGUEL A. RODRÍGUEZ R.
Tras las Huellas de un Crítico: Mario Vargas Llosa. 1996. 236 p.

VIRGINIA ROSASCO D.
Evolución del Derecho Marcario Peruano (1985-1994). 1996. 344 p.

EDUARDO VILLANUEVA M.
Internet: Breve Guía de Navegación en el Ciberespacio. 1996. 206 p.

Biblioteca de Derecho Contemporáneo

Volúmenes publicados:

EL DERECHO EN LA SOCIEDAD POSTMODERNA.
René Ortiz Caballero.

LAS REGLAS DEL AMOR EN PROBETAS DE LABORATORIO (Reproducción Humana Asistida y Derecho).
Marcial Rubio Correa.

LAS DOCTRINAS TRADICIONALES FRENTE A LA CONTRATACION COMPUTARIZADA.
Mario Castillo Freyre.

EL PRINCIPIO PRECAUTORIO Y SU APLICACION A LOS ENSAYOS NUCLEARES SUBTERRÁNEOS FRANCESES EN EL PACIFICO SUR.
Elvira Méndez Chang.

LA CONSIDERACION JURIDICA DEL EMBRION IN VITRO.
Gorki Gonzales Mantilla.

De próxima aparición:

EL DELITO INFORMATICO EN EL CODIGO PENAL PERUANO.
Luis Alberto Bramont-Arias Torres.

HACIA UNA CONCEPCION JURIDICA UNITARIA DE LA MUERTE.
Juan Morales Godo.

LA REVOLUCION DEL DERECHO DE SEGUROS Y DEL DERECHO LABORAL (Genética y Derecho: El Proyecto Genoma Humano).
Pinkas Flint Blanck.

FONDO EDITORIAL
Av. Universitaria, cuadra 18 s/n,
San Miguel.
Apartado 1761. Lima - Perú.
Tels. 462-2540 anexo 220 y 462-6390.