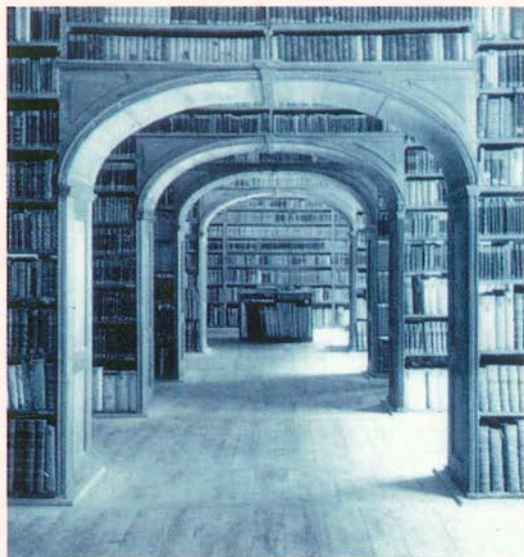


Mario Castillo Freyre

Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada



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



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

FONDO EDITORIAL 1996

El advenimiento de la tecnología de la información ha signado el desarrollo de la sociedad contemporánea. Hoy, en efecto, la cultura de nuestro tiempo se explica por la influencia que en ella ejerce el despliegue vertiginoso de la informatización. Y el Derecho no se ha mantenido ajeno a esta realidad. El presente trabajo se ubica en el horizonte generado por estas transformaciones con la mira puesta en el examen de los principios jurídicos cuestionados por el impacto de las tecnologías informáticas. La investigación analiza la incidencia de los diferentes y más usuales medios computarizados en el funcionamiento de las doctrinas clásicas de nuestro Derecho, en materia de consentimiento, nulidad, anulabilidad y disentimiento de los contratos.

Mario Castillo Freyre es abogado en ejercicio y magister en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente cursa el Doctorado en Derecho en la misma casa de estudios. Es profesor de Obligaciones y Contratos en las Facultades de Derecho de la PUCP y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Es autor de diversas obras, entre ellas, *Los contratos sobre bienes ajenos* (1990); *El bien materia del contrato de compraventa* (1992); *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta* (1993); a la vez es coautor del *Tratado de las Obligaciones* (Primera Parte, tomos I al IV -1994- y Segunda Parte, tomos V al VII -1996-) y del *Estudio sobre las obligaciones dinerarias en el Perú*, este último publicado en México (1995).

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 II



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 9972-42-047-7

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 II

TERCERA PARTE

ANÁLISIS DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS DOCTRINAS TRADICIONALES RELATIVAS AL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS A TRAVÉS DE MEDIOS INFORMÁTICOS	13
---	----

CAPÍTULO I

CONTRATOS CELEBRADOS POR TELÉFONO	13
---	----

SUB-CAPÍTULO I

CONTRATOS CELEBRADOS POR TELÉFONO ENTRE DOS PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN EN COMUNICACIÓN INMEDIATA	13
--	----

1. Teorías que rigen la formación del consentimiento	13
1.1. Teoría de la declaración	14
1.2. Teoría de la expedición	17
1.3. Teoría de la recepción	21
1.4. Teoría de la cognición	25

2. Plazo para aceptar	26
3. Inicio de ejecución sin respuesta previa	32
4. El silencio circunstanciado	34
5. Efectos de la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente	35
6. Efectos de la muerte o incapacidad sobrevenida del destinatario de la oferta	37
7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta	38
8. Supuestos de caducidad de la oferta	38
9. Supuestos de inexistencia de la aceptación	41

SUB-CAPÍTULO II

CONTRATOS CELEBRADOS POR TELÉFONO, CON RESPUESTA DEJADA EN UNA CONTESTADORA

AUTOMÁTICA DE LLAMADAS	43
------------------------------	----

1. Teorías que rigen la formación del consentimiento	43
1.1. Teoría de la declaración	43
1.2. Teoría de la expedición	44
1.3. Teoría de la recepción	46
1.4. Teoría de la cognición	49
2. Plazo para aceptar	51
3. Inicio de ejecución sin respuesta previa	54
4. El silencio circunstanciado	55
5. Efectos de la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente	56
6. Efectos de la muerte o incapacidad sobrevenida del destinatario de la oferta	57
7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta	57
8. Supuestos de caducidad de la oferta	58
9. Supuestos de inexistencia de la aceptación	60

CAPÍTULO II

CONTRATOS CELEBRADOS POR FACSIMIL	61
1. Teorías que rigen la formación del consentimiento	61
1.1. Teoría de la declaración	61
1.2. Teoría de la expedición	63
1.3. Teoría de la recepción	65
1.4. Teoría de la cognición	68
2. Plazo para aceptar	70
3. Inicio de ejecución sin respuesta previa	73
4. El silencio circunstanciado	74
5. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente	74
6. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta	74
7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta	75
8. Supuestos de caducidad de la oferta	75
9. Supuestos de inexistencia de la aceptación	76

CAPÍTULO III

CONTRATOS CELEBRADOS POR <i>BEEPER</i> O SISTEMA BUSCA-PERSONAS	79
1. Momento y lugar de la celebración del contrato	79
1.1. Teoría de la declaración	79
1.2. Teoría de la expedición	80
1.3. Teoría de la recepción	83
1.4. Teoría de la cognición	85
2. Plazo para aceptar	87
3. Inicio de ejecución sin respuesta previa	90

4.	El silencio circunstanciado	91
5.	Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente	92
6.	Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta	92
7.	Excepción a la obligatoriedad de la oferta	92
8.	Supuestos de caducidad de la oferta	93
9.	Supuestos de inexistencia de la aceptación	95

CAPÍTULO IV

CONTRATOS CELEBRADOS CON LA INTERMEDIACIÓN DE COMPUTADORES PROGRAMADOS ALGORÍTMICAMENTE PARA REALIZAR LA CONTRATACIÓN	97
---	----

1.	Teorías que rigen la formación del consentimiento	99
1.1.	Teoría de la declaración	101
1.2.	Teoría de la expedición	102
1.3.	Teoría de la recepción	106
1.4.	Teoría de la cognición	107
2.	Plazo para aceptar	109
3.	Inicio de ejecución sin respuesta previa	112
4.	El silencio circunstanciado	113
5.	Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente	114
6.	Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta	115
7.	Excepción a la obligatoriedad de la oferta	116
8.	Supuestos de caducidad de la oferta	116
9.	Supuestos de inexistencia de la aceptación	118

CAPÍTULO V

CONTRATOS CELEBRADOS EN EL SUPUESTO QUE EL O LOS COMPUTADORES FUNCIONEN CON DOS TERMINALES CONECTADOS ENTRE SÍ A TRAVÉS DE UNA LÍNEA DE PUNTO A PUNTO, EN DONDE LA COMUNICACIÓN ES RECIBIDA POR UN OPERADOR	119
---	-----

SUB-CAPÍTULO I

QUE AMBAS PARTES SE COMUNIQUEN POR TELÉFONO	119
---	-----

1. Teorías que rigen la formación del consentimiento	119
1.1. Teoría de la declaración	120
1.2. Teoría de la expedición	121
1.3. Teoría de la recepción	124
1.4. Teoría de la cognición	128
2. Plazo para aceptar	129
3. Inicio de ejecución sin respuesta previa	131
4. El silencio circunstanciado	132
5. Efectos de la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente	133
6. Efectos de la muerte o incapacidad sobrevenida del destinatario de la oferta	133
7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta	134
8. Supuestos de caducidad de la oferta	134
9. Supuestos de inexistencia de la aceptación	135

ANÁLISIS DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS DOCTRINAS TRADICIONALES RELATIVAS AL CONSENTIMIENTO 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. Teorías que rigen la formación del consentimiento

Los problemas que presenta la contratación por teléfono, en relación a este punto, son múltiples. Para el análisis de los mismos abordaremos el tema estudiándolo detenidamente en función de cada una de las cuatro teorías que rigen la formación del consentimiento⁽¹⁾.

1 Sobre la contratación por teléfono, el Doctor Manuel de la Puente y Lavallo (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el Contrato Privado*, t. I, pp. 263 a 269.) manifiesta lo siguiente:
«Dado que el teléfono ofrece la peculiaridad de permitir a los

1.1. Teoría de la declaración

En primer lugar, tendríamos que responder a una pregunta: ¿cabe la posibilidad de que cuando dos personas se encuentran conversando por teléfono, y una de ellas lanza una oferta contractual a la otra, esta última, declare aceptar, sin que dicha aceptación sea expedida?

La respuesta —en apariencia— debería ser negativa, pero la realidad nos informa algo distinto.

Ocurre que cuando una persona habla por teléfono, cabe la posibilidad de que, impidiendo ser escuchada por

interlocutores escucharse inmediatamente, tal cual si estuvieran frente a frente, no obstante estar situados en lugares que pueden quedar muy distantes entre sí, ha motivado que la doctrina se preocupe si se trata de un contrato celebrado entre presentes o entre ausentes. Desde luego, el problema del contrato por teléfono es el mismo que se suscita cuando se utilizan medios de comunicación como banderas, rayos luminosos, télex, cuando ambos interlocutores se encuentran operando sus respectivos aparatos, etc., en los cuales se da la igual circunstancia de ser posible el inmediato intercambio de manifestaciones de voluntad, aun cuando los manifestantes se encuentran alejados el uno del otro. Por lo tanto, todo lo que a continuación se diga sobre el contrato por teléfono será aplicable a los contratos celebrados por los medios de comunicación que se acaban de indicar.

La problemática de estos contratos radica, en realidad, en que no coinciden el tiempo con el lugar en que se manifiesta la aceptación, lo que origina que si bien pueda considerarse como un contrato entre presentes con relación al tiempo, no ocurre lo mismo tratándose del lugar debido al hecho físico de que uno de los interlocutores se encuentra en un sitio distinto del otro. Cuando hablo de un sitio distinto del otro me refiero no a la mayor o menor cercanía entre las personas, pues aun encontrándose los interlocutores frente a frente están siempre separados por un espacio, por pequeño que éste sea, sino a la distancia que determina que pueda tener diferentes efectos jurídicos la manifestación de voluntad expresada por el aceptante.

Antes de seguir adelante, conviene precisar que lo realmente importante en el contrato por teléfono es el lugar donde se encuentra el aceptante, ya que es la manifestación de éste el elemento

la otra, declare aceptar la oferta. Este paso, como es evidente, sería la declaración. El siguiente estaría determinado por la expedición de esa declaración, la misma que se produciría cuando la persona que ha declarado decida transmitir su declaración por el conducto telefónico.

De lo antes señalado, podríamos concluir en que esa persona, a pesar de haber declarado aceptar, podría arrepentirse y expedir una declaración distinta a la original.

De ahí que si tomásemos la teoría de la declaración en la contratación por teléfono —para la formación del consentimiento—, quien propone la oferta se encontraría

determinante de la formación del contrato, aun cuando por sí sola no dé necesariamente lugar a su perfeccionamiento. Aun aceptándose la teoría de la cognición, que es la que se acepta en este trabajo, lo que realmente permite la formación del contrato es la aceptación del destinatario, no obstante que la perfección del mismo ocurre cuando la aceptación es conocida por el oferente. Es por ello que, tratándose específicamente del lugar en que se manifiesta la voluntad, se va a dar principal importancia a la ubicación del aceptante.

Continuando el desarrollo del problema, el hecho de que los interlocutores puedan conocer de inmediato sus respectivas manifestaciones, no influye en lo menor respecto a los efectos jurídicos que pueda tener la respuesta del aceptante por razón del lugar en que se encuentra, pues, como se ha dicho anteriormente al tratar de los conceptos de presencia y de ausencia, una lejanía muy grande dentro de una misma circunscripción territorial puede tener efectos bastante distintos que una separación pequeña, pero que coloca al aceptante dentro de un régimen jurídico diferente al que está sujeto el oferente.

Teniendo en cuenta esta especial característica de los contratos por teléfono, se van a analizar a continuación las principales cuestiones a que su celebración da lugar.

A) *Perfeccionamiento del contrato*

Es generalmente aceptado que, cuando por mandato del ordenamiento legal o por estipulación contenida en la oferta respecto a la exigencia de una respuesta inmediata, la oferta que es formulada a un destinatario que puede escucharla de inmediato y, con la misma celeridad, formular su respuesta, se considera rechazada si el

vinculado contractualmente a la otra parte, sin saber, siquiera, si ésta ha aceptado.

Además, la manifestación del aceptante quedaría en sus dominios, pues en cualquier momento, como hemos dicho, podría variarla, anularla o hacerla inexistente, quedando —de esta forma— en manos del aceptante la celebración y control del contrato.

Por otra parte, la teoría de la declaración proporciona a la persona que acepta el derecho a arrepentirse y a revocar su aceptación, ya que conservando en su poder la manifestación de aceptación y manifestando, contraria-

destinatario no la acepta lo más rápido dentro de lo razonablemente posible.

Esta regla se manifiesta diciéndose que el contrato entre presentes, cuando no se ha señalado plazo determinado para la aceptación, sólo se perfecciona con la aceptación inmediata.

La peculiaridad de la contratación por teléfono ha llevado a los tratadistas a adoptar tres posiciones distintas, unos consideran que, por existir la posibilidad de la respuesta inmediata, se trata de un contrato entre presentes, que sólo se perfecciona con la respuesta en el acto; otros piensan que, encontrándose los contratantes en lugares diferentes, se da el caso de un contrato entre ausentes, por lo cual no es aplicable la regla de la aceptación inmediata; finalmente, otro grupo de autores opina que se trata de un contrato entre presentes para los efectos del momento en que se perfecciona el contrato y de un contrato entre ausentes respecto del lugar de su perfección.

B) *Momento de celebración del contrato.*

No cabe duda que el contrato por teléfono permite una aceptación inmediata, entendido este último término como el tiempo razonable para entender la oferta, reflexionar lo más rápidamente posible sobre sus alcances y manifestar enseguida la respuesta.

Si consideramos, como se ha considerado en este trabajo, que el concepto de ausencia (para facilidad de explicación se indica el concepto de ausencia, debiendo entenderse el concepto de presencia como el opuesto a aquél) es la existencia de un elemento que impida que las manifestaciones de la oferta y la aceptación tengan las mismas consecuencias jurídicas relevantes que si hubieran sido emitidas en el mismo momento, hay que aceptar que el contrato por

mente, la revocación, puede lograr, de manera fácil, desvincularse de un contrato ya celebrado.

1.2. Teoría de la expedición

En lo que respecta a la teoría de la expedición, debemos decir que se expide la declaración del aceptante, cuando éste emite su declaración por la línea telefónica, con la intención de que llegue a conocimiento de la otra parte.

Aparentemente, dadas las características de la comunicación a través del teléfono, cuando se emite (expide)

teléfono, para los efectos del momento de su celebración, debe considerarse un contrato entre presentes desde que no hay nada que impida jurídicamente una respuesta inmediata a la oferta.

La eventualidad citada por VON TUHR (...) de que la comunicación telefónica se interrumpa no tiene, en realidad, mayor significación, no sólo porque dado el constante mejoramiento del servicio telefónico ello ocurre muy infrecuentemente, sino también porque lo mismo puede ocurrir entre dos personas físicamente presentes cuyo diálogo es interrumpido por un hecho externo que es extraño a ellas (como la llegada impensada de un tercero que debe ser atendido de inmediato, un temblor, etc.), eventualidad en la cual debe entenderse que la conversación continúa inmediatamente al momento en que se restablece la comunicación, salvo que el oferente manifieste al destinatario, antes de que éste haya expresado su aceptación, que ha revocado su oferta.

C) *Lugar de celebración del contrato.*

Así como no hay duda que el contrato por teléfono permite una contestación inmediata, tampoco la hay respecto de que los interlocutores se encuentran físicamente situados en lugares diferentes.

Esto ha dado motivo a dos posiciones doctrinarias distintas.

Sin embargo, el problema del contrato por teléfono puede ser notablemente (no digo totalmente por las razones que a continuación expondré) solucionado si se establece como regla general que, salvo estipulación en contrario, el contrato se forma tanto entre presentes como entre ausentes en el momento y en el lugar en que el oferente conoce la aceptación. De esta manera, todo lo referente a la ley aplicable al

una declaración, ésta debería llegar casi de inmediato a oídos de la contraparte.

Pero debemos advertir que podrían darse algunas hipótesis en las cuales ello no ocurra de esta forma.

Una de las observaciones que con mayor frecuencia se hace a la teoría de la expedición es aquella que sostiene que facilita el arrepentimiento y la revocación de la aceptación, utilizando un medio de comunicación más rápido que el empleado para el envío de dicha aceptación.

Ello, sin embargo, no ocurre cuando empleamos la comunicación por teléfono, ya que a pesar de ser un medio de relativa antigüedad, no existe en nuestros días ningún otro a través del cual, uno de los contratantes —a distancia— pueda retractarse de modo más rápido, de su declaración de voluntad emitida (expedida).

Otro de los argumentos en contra de la teoría de la expedición es que si bien el aceptante demuestra —de la manera más evidente— su voluntad de concertar el contrato, tal demostración no tiene valor alguno por cuanto

contrato, tomando en consideración la regla generalmente aceptada de que la naturaleza y efectos de la obligación se rigen por la ley del lugar donde fue contraída, quedará limitado a aplicar la ley que rija en el lugar de la formación del contrato, cualquiera que haya sido la situación física y jurídica de los contratantes, especialmente del aceptante.

He dicho que el problema no puede ser totalmente solucionado, porque no es posible descartar la posibilidad de que alguna ley nacional imponga que determinados contratos queden regidos por la ley de ese país cuando alguno de los contratantes tiene la nacionalidad de éste, tal como ocurre con el artículo 17 de la Constitución Política del Perú (De la Puente se refiere a la del año 1979) y, en general, con las disposiciones legales de los países que han incorporado a sus legislaciones el sentido de la cláusula Calvo.»

el aceptante puede retirar la respuesta aun después de expedida.

Sin embargo, esta situación no se presenta en la contratación por teléfono, toda vez que la declaración de voluntad emitida (expedida) por el aceptante, se lleva a cabo casi al instante de ser recibida la del oferente, no pudiendo el aceptante retirarla luego.

Asimismo se ha manifestado que la teoría de la expedición facilita el fraude, no sólo por cuanto el aceptante puede retirar la aceptación y conservar la constancia de haberla expedido, sino también porque es muy fácil acreditar el envío de una correspondencia, mas no así su contenido, de tal modo que la pérdida de la comunicación puede permitir al aceptante mentir respecto a su verdadero tenor, manifestando que su comunicación contenía un rechazo y no una aceptación.

Pensamos que esta objeción a la teoría de la expedición no tiene mayor alcance en lo que respecta a la contratación por teléfono. Es evidente que las cuatro teorías que estamos analizando (de antigua data) han sido pensadas en función de la contratación por correspondencia, entre personas que se encuentran separadas por distancias considerables. Hoy en día resulta sumamente restringido el ámbito de la contratación epistolar, ya que existen otros medios mucho más eficaces y rápidos que el correo.

La observación a esta teoría en el sentido de que facilita el fraude, no tiene correlato en la contratación por teléfono. En ésta resulta prácticamente imposible recu-

rrir a los ardidés que se podrían emplear en la contratación epistolar.

Una última crítica que efectúa la doctrina 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 tiene escasa validez en la contratación por teléfono. El único supuesto en que sería de aplicación es aquel en el cual el oferente (destinatario de la aceptación), por alguna causa, imputable o no a él, no esté en capacidad de escuchar o comprender la respuesta formulada por el destinatario de la oferta, caso en el cual, de acuerdo a la teoría de la expedición, se daría el supuesto en que se habría celebrado el contrato sin que el oferente haya conocido la respuesta.

Pero también podría presentarse el caso en que el oferente (destinatario de la aceptación) no reciba la respuesta, por la sencilla razón de que exista algún desperfecto en la línea telefónica, que impida que aquélla llegue a destino.

De acuerdo a la teoría de la expedición, se habría celebrado el contrato a pesar de que la respuesta no hubiese sido escuchada por la persona a la que estaba destinada (oferente).

Pero en los demás casos, consideramos que una respuesta formulada por la vía telefónica no será ignorada por el oferente, ya que dadas las características de este medio de comunicación, no habrá la menor duda de que el momento de la expedición prácticamente coincidirá con el de su recepción y conocimiento.

1.3. Teoría de la recepción

Como sabemos, de acuerdo a la teoría de la recepción el contrato se celebra con la llegada de la comunicación del aceptante al domicilio del oferente, aunque este último no se encuentre en dicho domicilio o se encuentre en la imposibilidad de conocer el contenido de la comunicación.

En lo que respecta a la contratación por teléfono, el momento de la recepción estará constituido por el instante en que la palabra del aceptante es escuchada en el parlante (auricular) del teléfono, independientemente de si en la práctica está siendo oída por el oferente. Es decir, que para esta teoría se considerará celebrado el contrato cuando la voz del aceptante se escuche en dicho auricular, no interesando para la misma, ninguna otra circunstancia adicional.

En relación a la teoría de la recepción se ha señalado, como primer argumento en contra de la misma, que si se celebra un contrato cuando existe el concurso de las voluntades, no se percibe razón alguna por la cual la recepción de una comunicación, cuyo contenido no se conoce, o sea que puede contener tanto una aceptación como un rechazo, pueda dar lugar a la celebración del contrato; agregándose que la simple recepción no es, por consiguiente, uno de los elementos constitutivos del contrato.

En relación a esta crítica formulada a la teoría de la recepción, podemos decir que en principio la consideramos válida, ya que no por el hecho de recibirse una respuesta, se conoce el contenido de la misma. Resulta evidente, además, que no tienen por qué coincidir necesari-

riamente los momentos de la recepción de una comunicación y del conocimiento de su contenido.

Pero también es cierto, tal como lo dijimos en su oportunidad, que esta teoría ha sido pensada en función de la contratación por carta. En este medio de comunicación resultaba evidente que una cosa era recibir el sobre conteniendo la carta y otra muy distinta era conocer el contenido de la misma.

Pero con la comunicación por teléfono es distinto, pues salvo los casos en que el oferente se halle en la imposibilidad de escuchar, comprender o entender la respuesta recibida, en todos los demás supuestos habrá conocido la respuesta en el mismo momento en que ésta haya llegado al auricular del teléfono, identificándose, en la práctica, la mayoría de las veces, los momentos de recepción y cognición.

También se ha señalado como crítica a la teoría de la recepción que si lo que se busca mediante ella, es establecer una presunción de conocimiento (en el sentido de que se presume que el destinatario de la comunicación conoce su contenido en el mismo momento que la recibe) ¿por qué buscar una presunción tan frágil, teniendo en consideración que la llegada de la comunicación es un acontecimiento bastante difícil de probar?

Este cuestionamiento, si bien resulta aplicable a la contratación por teléfono, reviste menos gravedad que en la contratación epistolar. En esta última, resulta sumamente difícil probar en qué momento llega una carta a destino, a menos que se trate de una misiva enviada por correo certificado o por correo privado o *courier*, ya

que en estos medios sí resulta factible acreditar la llegada de una carta con el cargo de su recepción, en el que se indicará la fecha y hora de tal hecho.

En lo que respecta a la comunicación por teléfono, será muy fácil conocer el momento en el cual una respuesta llega a destino, pues dicho momento coincidirá, por lo general, con aquel en el cual ella se ha expedido. Pero, sin embargo, lo que sí podría resultar difícil sería probar judicialmente el momento de la aceptación, pues para tal efecto se tendría que contar con algún testigo que así lo acreditara o con algún otro medio probatorio típico o atípico, contemplado por el Código Procesal Civil.

Una tercera crítica que suele formularse a la teoría de la recepción, manifiesta que si lo que se busca mediante ella es tener la seguridad de que el aceptante no puede variar su aceptación, entonces ¿por qué hacer descansar toda la existencia del consentimiento en un hecho tan extraño al acuerdo de voluntades como es la regularidad del medio de comunicación empleado?

Esta objeción se dirige a cuestionar que el mecanismo del consentimiento se sustente en la eficacia del correo, es decir que habrá contrato si el correo cumple con hacer llegar la carta a destino, en tanto que no habrá contrato si el correo incumple con hacer llegar dicha carta. Además, el momento de la celebración del contrato estará sujeto al instante en que el correo cumpla con llevar a destino la correspondencia. Decimos esto, pues es obvio que el medio de comunicación al que alude esta objeción es el postal.

A lo antes señalado, podemos agregar que si bien es

cierto que se está dejando buena parte de la mecánica del consentimiento a la eficacia o ineficacia de un medio de comunicación, no tenemos alternativa, pues es precisamente ese medio de comunicación el que se encargará —por haberlo escogido el destinatario de la oferta (aceptante)— de llevar la respuesta a destino. Por lo tanto, resultará indispensable que este medio de comunicación sea eficaz, pues, caso contrario, se romperá el ciclo vital del consentimiento.

A lo dicho debemos agregar que en relación a la contratación por teléfono, podríamos esgrimir las mismas consideraciones señaladas en torno a la eficacia de la comunicación postal, ya que el mecanismo del consentimiento, en relación a la contratación por teléfono, funcionará o no dependiendo de si este medio es capaz de transmitir fielmente la respuesta.

Por último, se ha señalado en contra de la teoría de la recepción que no resulta totalmente cierto que el aceptante no pueda variar su aceptación, ya que es posible concebir que logre retirar la carta del domicilio del oferente antes de que éste la lea, razón por la cual el aceptante podría —incluso en la teoría de la recepción— cambiar una aceptación por un rechazo.

Debemos señalar que este argumento, de por sí exótico para la contratación epistolar (ya que sería una hipótesis un tanto difícil de presentarse), resultaría imposible de ocurrir en la contratación por teléfono, ya que no podríamos imaginar el caso en que luego de recibida una respuesta telefónica, el aceptante logre retirar dicha respuesta antes de que el oferente la conozca.

1.4. Teoría de la cognición

El sustento de esta teoría es que para que exista consentimiento es necesario que ambas partes conozcan que están de acuerdo, vale decir que sus voluntades coincidan. Así, el contrato sólo se celebrará en el momento en que el oferente sepa que el destinatario ha prestado su aceptación y que, por consiguiente, hay contrato.

Como primer argumento crítico a esta teoría, manifiesta la doctrina que si se exige que el oferente debe conocer la aceptación del destinatario para la formación del contrato, con la misma razón debe exigirse que el destinatario sepa que el oferente tuvo razón oportunamente de su aceptación y que por ello se configuró el contrato, y así sucesivamente, con lo cual —acota la doctrina— se formaría un círculo vicioso en el que no se sabe quién es el último que debe estar informado de la comunicación recibida por el otro.

Tal círculo vicioso no se configura en la contratación por teléfono, dado que, como ya se manifestó, tanto la oferta emitida por el proponente como la declaración hecha por el destinatario, aceptando la misma, se presentan en un solo acto y casi en el mismo instante.

Expone asimismo la doctrina, que la teoría de la cognición propicia el fraude, ya que el oferente, obligado irrevocablemente a su declaración, puede cambiar su opinión y, no interesándole ya la formación del contrato propuesto al destinatario, demora en abrir la carta en la que viene la aceptación, o, simplemente, niega tener conocimiento de esta aceptación, con lo cual se co-

loca injustamente al aceptante en una posición muy desventajosa.

El citado argumento resulta de patente aplicación a la contratación epistolar, toda vez que dicha circunstancia sí es factible de presentarse en ese medio de comunicación; pero en lo concerniente a la contratación por teléfono no existen posiciones desventajosas por parte de ninguno de los contratantes, pues una vez emitida la oferta y transvasada por el auricular, no hay posibilidad de cambio, ni demora considerable en tener conocimiento de la aceptación.

Finalizan las críticas a la teoría de la cognición, señalándola de ilógica y basada en principios falsos, pues se dice que quien ofrece a otro la celebración de un contrato está aceptando anticipadamente que si el destinatario está de acuerdo con él se formará el contrato, pues es lo único que él busca; y que el contrato no se forma con el encuentro material de los signos que manifiestan el consentimiento, ya que ello importaría volver al formalismo romano y resucitar los actos sacramentales.

Sin embargo, aplicándola a la contratación por teléfono, resulta ser la teoría más racional y la que mejor calza para la formación de negocios concertados a través de este medio de comunicación, pues la premisa requerida por esta teoría (vale decir, el conocimiento de la aceptación por parte del oferente) para la formación del contrato, se realiza sin dilación alguna; no existiendo, pues, riesgos de que no se conozca oportunamente la aceptación.

2. Plazo para aceptar

Según el sentido del artículo 1373 del Código Civil

peruano, uno de los requisitos de la aceptación es que ésta sea oportuna, tempestiva, vale decir que debe ser hecha mientras la oferta se encuentre vigente, a tiempo, o dentro del plazo fijado por el oferente.

Así, el artículo 1375 del mismo cuerpo legal dispone que la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él.

Aplicando dichos dispositivos a la contratación concertada por teléfono y considerando que las partes se encuentran en comunicación inmediata, el interín o suspenso que media entre la declaración de la oferta y la declaración de la aceptación será ínfimo, dependiendo del momento que le tome al destinatario de la oferta pensar en la propuesta hecha por el oferente. Sin embargo, y en consideración al artículo 1375 del Código Civil peruano, esta situación de inmediatez puede variar en la medida que el oferente establezca o no un plazo para aceptar.

El plazo para aceptar da lugar, pues, a determinadas cuestiones que examinaremos siguiendo el esquema creado por la doctrina en este punto⁽²⁾.

Puede ocurrir que al formular la oferta, el oferente no haya indicado el plazo dentro del cual la otra persona con la que está entablando conversación por el teléfono—destinatario de la oferta— debe declarar su aceptación, y en ese sentido éste puede hacer su declaración en cualquier momento, en tanto no se revoque la oferta, no estando, pues, presionado a declararla en ese instante.

2 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios sobre el Contrato Privado. t. I, p. 222.

Pero si, por el contrario, el oferente, sin señalar un plazo, indica al lanzar su oferta que ésta debe ser aceptada de inmediato, pues si no quedará sin efecto, debe el aceptante manifestar su conformidad o disconformidad en el instante, esto es, dentro de un tiempo razonable, durante el cual pueda comprender la oferta, reflexionar brevemente sobre su contenido y adoptar una decisión.

Precisa la doctrina que para facilitar el tráfico, conviene que se establezca que el destinatario de la oferta debe emplear un medio de comunicación igual o más rápido que el utilizado por el oferente. Así, si la oferta fue hecha por teléfono, la aceptación no deberá hacerse por carta, sino también por teléfono.

Una tercera cuestión apreciada por la doctrina es aquella en la cual la falta de aceptación oportuna determina, como consecuencia inmediata, la caducidad de la oferta, por lo cual ya no habría la posibilidad de que se forme el contrato propuesto por el oferente. Esta situación puede presentarse, por ejemplo, en el supuesto que el destinatario de la oferta, estando en comunicación inmediata con el oferente y debiendo responder en ese momento, lo haga evasivamente sin concretar nada al respecto, o, por el contrario, teniendo un plazo para responder, llegado éste no «devuelva la llamada», frustrando así la intención del oferente.

Una aceptación formulada luego de vencido el término, debe importar —dice la doctrina— en primer lugar, la formulación de una nueva oferta hecha por el ex-destinatario al ex-oferente en las mismas condiciones que la primera oferta, protegiendo así la formación del contra-

to, permitiendo al ex-oferente que con su sola aceptación tardía, dé lugar a que se celebre un contrato exactamente igual al que propuso. Así, la aceptación tardía se presenta como la propuesta para celebrar un nuevo contrato. Según esta pauta protectora de la formación del contrato, uno negociado por teléfono puede constituirse a través de una llamada tardía del ex-destinatario de la oferta en la que plantee la celebración de un contrato en los mismos términos propuestos por el ex-oferente.

Es posible que una aceptación, formulada por el destinatario de la oferta cuando tenía oportunidad para hacerlo por no haber vencido el plazo de la misma, sea recibida o llegue tardíamente a conocimiento del oferente, es decir después de vencido el indicado plazo. Se producen –tal como lo presenta la doctrina–, dos posiciones igualmente respetables: a) para el oferente, la aceptación recibida después de vencido el plazo señalado es una de naturaleza tardía; b) para el aceptante, la aceptación declarada o expedida dentro del citado plazo es una aceptación oportuna, debiendo preguntarnos ¿a quién debe preferirse?, ¿cuál es el interés que merece mayor protección?

Adaptando esta situación a los contratos concertados por teléfono –cuando el oferente haya establecido un plazo para aceptar–, ella podría presentarse cuando –por citar un ejemplo– el aceptante hace la llamada destinada a poner su aceptación en conocimiento del oferente, de modo oportuno, es decir, dentro del plazo señalado por el oferente, pero dadas las circunstancias no es el oferente quien constesta dicha llamada, sino un tercero; y éste recién la pone en su conocimiento dos

días después de vencido el plazo, sin indicarle que la misma fue oportuna.

El Código Civil peruano de 1936 preveía que ante esta situación, la declaración hecha oportunamente por el destinatario de la oferta se consideraba ineficaz como aceptación (artículo 1331), debiendo el oferente comunicar sin dilación el hecho al destinatario, bajo pena de responder por los daños y perjuicios ocasionados, pero ello no significaba vulnerar el contrato.

No estableciendo la obligación del oferente de comunicar sin demora al aceptante, el Código Civil peruano de 1984 precisa —como se sabe— que el contrato queda perfeccionado (celebrado) en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente, cuando la aceptación llegue a su conocimiento dentro del plazo que éste estableció; salida lógica, toda vez que el sistema adoptado por nuestro cuerpo sustantivo se rige por la teoría de la cognición.

No obstante las normas expuestas, el doctor Manuel de la Puente y Lavallo⁽³⁾, en cierta ocasión expresó su disconformidad con estas soluciones, tildándolas de injustas, pues —manifestaba— que una aceptación declarada oportunamente, esto es dentro del plazo, por el destinatario y que llega a conocimiento del oferente después de vencido dicho plazo, debería considerarse como una aceptación válida y dar lugar a la formación del contrato. Así, aconsejaba que se adoptase como solución legislativa que el plazo de la oferta no sea relativo a la vigencia de ésta considerada aisladamente, sino teniendo

3 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., t. I, p. 226.

al plazo como relativo a la formación del contrato, vale decir, que el término final constituya la oportunidad en que se considere formado el contrato; de esta forma se solucionaría definitivamente el problema de la aceptación que es emitida en forma oportuna y conocida de modo tardío.

Respetando la opinión de tan distinguido jurista, consideramos que el plazo de la oferta y el de la formación del contrato no pueden considerarse aisladamente, toda vez que la vigencia y oportuna aceptación de la oferta conlleva o está íntimamente ligada a la formación o celebración del contrato en sí.

Otra cuestión vinculada a la anterior es la relacionada a si el oferente que tuvo conocimiento tardío de la aceptación –también tardía–, puede producir una aceptación válida o eficaz, lo que importaría –dice la doctrina– considerarla como una nueva oferta. Vale decir, por ejemplo, que una llamada, aceptando la oferta, hecha en fecha posterior a la señalada por el oferente y que éste tome conocimiento de ella luego de dos días, pudiese hacer considerar como oportuna dicha aceptación y por ende celebrado el contrato.

Aplicando extensivamente el artículo 1376 del Código Civil peruano (ya que este precepto señala el supuesto de una aceptación tardía, mas no de un conocimiento también tardío de la misma), deberíamos decir que el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía, con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante.

Como bien acota la doctrina, el aviso informativo que

diera el oferente al aceptante de considerar como válida su aceptación tardía (y por consiguiente el conocimiento tardío de la misma), no constituye una nueva declaración contractual, asimilable a la oferta o a la contestación, sino una simple comunicación informativa, pues de lo contrario ese aviso sería considerado como una aceptación, que es lo que precisamente se quiere evitar con la solución que se propone en el segundo párrafo del artículo 1376 del Código Civil peruano antes citado.

Finalizando el análisis referido a la oportunidad de la aceptación en los contratos celebrados por teléfono cuando las partes están en comunicación inmediata, debemos recordar las sugerencias señaladas por la doctrina en el sentido de que el aceptante —habiéndosele señalado un plazo para emitir su conformidad o no— debe tomar diligentemente todas las medidas del caso para lograr que su declaración sea conocida por el oferente o llegue a su dirección dentro del plazo establecido.

3. Inicio de ejecución sin respuesta previa

La figura contemplada en el artículo 1380 del Código Civil peruano es aquella en la cual un contrato queda celebrado en el momento y lugar en que comenzó la ejecución de la prestación a cargo de la otra parte.

Estamos, pues, ante una aceptación tácita, un hecho o comportamiento concluyente, donde la declaración expresa se presenta a través de medios distintos a la palabra.

Los presupuestos contemplados por el artículo 1380 del Código Civil peruano, a fin de que la prestación a

cargo del destinatario de la oferta haya de ejecutarse sin respuesta previa, son los siguientes: a) que el oferente lo solicite; b) que la naturaleza de la operación así lo requiera; c) que los usos así lo indiquen; y d) cuando estemos ante contratos que se celebren con falta de comunicación inmediata (vale decir, contratos entre personas que no se encuentren frente a frente).

En atención a lo precisado, podríamos anotar que los contratos celebrados por teléfono, estando las partes en comunicación inmediata, no serán susceptibles de un comportamiento concluyente.

Nos explicamos.

Podría darse el supuesto en el cual el oferente, negociando directamente a través del teléfono con el destinatario de su propuesta, le solicite ejecutar su prestación sin respuesta previa y que éste —efectivamente— proceda en tal sentido, comunicándole luego el inicio de dicha ejecución.

Ello —a nuestro modo de ver— no debería interpretarse como un contrato celebrado por teléfono. Estaríamos, sí, ante una propuesta hecha por teléfono que requiere de una aceptación tácita para la celebración del contrato.

Para estar —en sentido propio— ante un contrato concertado por teléfono, tanto la oferta como la aceptación deben darse a través de la línea telefónica, vale decir que todo el proceso de formación del contrato (conclusión y perfeccionamiento) se verifique a través del teléfono, encontrándose las partes en comunicación inmediata.

4. El silencio circunstanciado

La doctrina acepta que en determinadas ocasiones el silencio, dentro del marco de formación del contrato, pueda ser entendido como una manifestación de voluntad, generalmente en el sentido de aceptación de la oferta, lo que da origen al silencio circunstanciado.

El sistema que informa al Código Civil peruano, sólo permite que el silencio importe una manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio —como precisa Manuel de la Puente—⁽⁴⁾ le atribuyen ese significado.

El artículo 1381 del Código Civil peruano permite atribuir al silencio, cuando se producen determinadas circunstancias, el significado de aceptación de la oferta.

Esas determinadas circunstancias a las que hace mención el artículo 1381 del referido cuerpo sustantivo, limitan el silencio circunstanciado a supuestos muy precisos.

Dichos supuestos son: a) operaciones donde no se acostumbre la aceptación expresa; b) si el destinatario de la oferta ha hecho una invitación a ofrecer; y c) que la oferta sea acogida sin dilación; correspondiendo la prueba de la costumbre y de la invitación a ofrecer al oferente.

Otro supuesto —más bien conceptual y característico— es que en el silencio circunstanciado el destinatario de

4 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*, 1ª parte, t. II, p. 345.

la oferta permanece silencioso, no obstante lo cual esta falta de comportamiento tiene un significado jurídico positivo que equivale al asentimiento.

En atención a lo expuesto, podemos señalar que en los contratos celebrados por teléfono no podríamos encontrar una aceptación no expresa reflejada en un silencio.

Resulta evidente, pues, que al concertarse el contrato por teléfono siempre habrá una comunicación hablada; no siendo una situación donde se acostumbren manifestaciones tácitas, así como tampoco constituye uno de los medios empleados para hacer invitaciones a ofrecer; y no necesariamente la oferta será acogida sin dilación, más aún si tomamos en cuenta las diversas hipótesis susceptibles de presentarse, según lo estudiáramos anteladamente.

5. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente

La oferta —como se sabe— es autónoma, es independiente de la voluntad del oferente, de modo que desde que llega a conocimiento de la persona con la cual el oferente está negociando por teléfono, es apta durante todo el plazo de su vigencia para que, mediante su aceptación y consiguiente conocimiento de la aceptación por parte del oferente, el contrato quede concluido.

Siendo autónoma y teniendo como principio rector a la irrevocabilidad —salvo las excepciones contempladas por el artículo 1382 del Código Civil peruano—, la oferta no se ve privada de eficacia ante un imprevisto de muerte o incapacidad absoluta de su declarante.

La vida de la oferta nada sufre con tales acontecimientos; sigue desarrollándose y produciendo sus efectos, entre los cuales se encuentra, en primer lugar, permitir la conclusión del contrato.

En miras a proteger la celebración de los contratos, el artículo 1383 del Código Civil peruano señala que ante tales hechos —muerte o incapacidad sobreviniente del oferente—, la oferta sigue viva y obliga a los herederos o representantes legales del oferente, excepto en circunstancias u operaciones que determinen que la fuerza vinculante de la oferta sea intransmisible.

Mucho dependerá, sin embargo, de la decisión que tome el destinatario de la oferta al conocer el fallecimiento o la incapacidad, en el sentido de celebrar o no el contrato con los herederos o representantes legales del oferente, pues puede no tener interés para el eventual aceptante, encontrarse vinculado con dichas personas y en ese sentido podría no devolver la llamada destinada a la celebración del contrato.

Cabe recalcar que las consecuencias previstas por el Código Civil para tales situaciones desagradables que influyen en la celebración del contrato, suponen tanto una oferta hecha sin conceder plazo determinado o determinable, como cuando exista o no comunicación inmediata entre oferente y aceptante.

Concluimos, pues, aceptando que tales circunstancias —muerte o incapacidad sobreviniente del oferente— y sus correlativos efectos, son factibles de presentarse y aplicarse en la contratación por teléfono, cuando las partes se encuentren en comunicación inmediata.

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

Nótese que el artículo 1387 del Código Civil peruano se refiere a destinatario de la oferta y no a aceptante, ya que el destinatario de la oferta es a quien se dirige la oferta y la conoce, pero aún no ha declarado su aceptación; mientras que aceptante es el destinatario que declara su aceptación.

En ese sentido, el imperativo previsto por el mencionado artículo 1387 es correcto, ya que si se permitiera mantener la obligatoriedad de la oferta pese a haber muerto o devenido en incapaz el destinatario, se estaría dando posibilidad a que los herederos o representantes legales del destinatario la acepten.

Pero éstos no pueden conocer la voluntad del destinatario, ya que la misma no fue declarada. Sus herederos o representantes legales tendrían que declarar su propia voluntad y ella, en ningún caso, podría ser tomada como la del destinatario.

Pero podría ocurrir que el destinatario declarase su aceptación, convirtiéndose en aceptante, pero que muera o se incapacite antes de que su declaración sea conocida por el oferente.

En este caso estaríamos ante una aceptación existente pero ineficaz, la misma que por no llegar aún a conocimiento del oferente, no podría dar lugar a la conclusión del contrato.

Manifiesta la doctrina⁽⁵⁾ que estos supuestos supo-

5 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., 1ª parte, t. II, p. 408.

nen, también, cuando la oferta se haga sin conceder plazo determinado o determinable, que no exista comunicación inmediata entre el oferente y el aceptante. Si la oferta se hace concediendo plazo determinado o determinable, la hipótesis funciona tanto si existe o no comunicación inmediata.

En ese sentido, se aplica el efecto contemplado por el artículo 1387 del Código Civil peruano a los contratos celebrados por teléfono, cuando las partes se encuentran en comunicación inmediata.

7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta

La excepción contemplada en el artículo 1384 del Código Civil peruano, sólo tiene aplicación en los contratos celebrados por teléfono cuando las partes se encuentran en comunicación inmediata, en caso que el oferente, al instante de formular su propuesta, establezca un plazo dentro del cual el destinatario podrá aceptarla y le indicara, además, que dicha propuesta puede ser revocada en cualquier momento antes de su aceptación.

Vale decir, la propuesta se mantendrá con el carácter de no obligatoria, mientras el oferente no la revoque y mientras el aceptante no haga la correspondiente llamada, aceptándola.

8. Supuestos de caducidad de la oferta

Como se recuerda, el artículo 1385 del Código Civil peruano 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 aceptada.

Como ha sido dicho reiteradas veces, la comunicación telefónica tradicional nos plantea un supuesto de contratación entre personas que se encuentran en comunicación inmediata. Ello significa que resulta aplicable al caso el antes citado principio del inciso 1 del artículo 1385; de modo tal que la oferta caducaría, de no haberse concedido plazo determinado o determinable, si la persona a la que fue formulada no respondió afirmativamente a la misma de modo inmediato.

Sin embargo, en este punto debemos hacer una salvedad, en el sentido de que no se debe interpretar necesariamente esta inmediatez como inexistencia de intervalo entre la oferta y la aceptación.

Nos explicamos.

Si la oferta formulada al destinatario de la misma consistiese en una materia o planteamiento de fácil y rápida respuesta, ya sea porque se trate de un asunto de escasa importancia económica, o porque estemos frente a un tema que haya sido conversado con anterioridad y en exceso por las partes, resultaría evidente que la respuesta del eventual aceptante tendría, necesariamente, que formularse de manera inmediata, es decir, acto seguido de recibida la oferta.

Pero si, por el contrario, el asunto sobre el cual versara la oferta consistiese en uno de significativa importancia económica, como podría ser el caso en que se ofreciese la venta de un porcentaje representativo de acciones de una empresa minera, por un precio ascendente a US \$ 2'500,000.00, operación sobre la cual las partes no hubiesen conversado antes, sería ilógico pensar que el

destinatario de la oferta se encontrara en la obligación de responder a la misma de manera inmediata.

Como vemos, la inmediatez de que trata el Código Civil tiene, necesariamente, que ser vista de acuerdo a la naturaleza de la operación sobre la que se ofrezca contratar.

Estimamos que hubiese resultado imposible que el Código Civil estableciera parámetros exactos, ya que la infinita diversidad de hipótesis susceptibles de presentarse harían que cualquier encasillamiento al respecto resultara absurdo.

Dentro de tal orden de ideas, en la contratación por teléfono entre dos personas que se encuentran en comunicación inmediata, el destinatario de la oferta tendría la obligación de responder inmediatamente, o, por el contrario, contará con un plazo al respecto, el mismo que variará, de acuerdo a la naturaleza de la operación propuesta.

Por otra parte, el propio artículo 1385 señala (inciso 2) 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; sin embargo, dado que la comunicación telefónica tradicional constituye un supuesto de contrato entre personas que se encuentran en comunicación inmediata, este extremo del artículo 1385 del Código Civil resulta inaplicable a dicha manera de contratar.

Finalmente, en virtud del inciso 3 de la referida nor-

ma, se establece que la oferta caduca si antes de que se reciba, o simultáneamente con ella, llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

Dado que el contrato por teléfono es uno celebrado en comunicación inmediata, y teniendo en consideración que este medio resulta el más rápido de que disponen las personas que se encuentran a distancia para comunicarse, no imaginamos la posibilidad de que se presente la hipótesis antes transcrita del artículo 1385.

9. Supuesto de inexistencia de la aceptación

Tal como lo prescribe 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.

Resulta evidente que el contenido de la norma antes citada debe ser comprendido en función de lo señalado por el artículo 1373, precepto que establece que el contrato queda perfeccionado (celebrado) en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente; y por lo dispuesto en el artículo 1374, en el sentido que la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Hecha esta precisión, y dada la naturaleza del medio de comunicación bajo análisis, consideramos imposible que se produzca una retractación relacionada con una oferta contractual formulada por teléfono.

SUB-CAPÍTULO II

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

1. Teorías que rigen la formación del consentimiento

Aunque no lo parezca, la problemática de la formación del consentimiento varía notablemente en función de si se trata de un contrato concertado por teléfono por dos personas que se encuentran en comunicación inmediata o si es un contrato celebrado por dos personas, pero considerando la hipótesis en que el aceptante deje su aceptación en una contestadora automática de llamadas conectada a la línea telefónica del oferente.

1.1. Teoría de la declaración

En lo relativo a la teoría de la declaración debemos señalar que resultan aplicables por completo las consideraciones esgrimidas cuando analizamos el mismo punto en los contratos celebrados por teléfono entre dos personas que se encuentran en comunicación inmediata.

1.2. Teoría de la expedición

Como ha sido dicho en su oportunidad, de acuerdo a la teoría de la expedición, se emite la declaración del aceptante cuando éste expide su declaración por la línea telefónica, con la intención de que llegue a conocimiento de la otra parte.

En el caso de la comunicación por teléfono, si el destinatario de la oferta desea dar su aceptación, y para tal efecto llama por teléfono al oferente, puede ocurrir que su línea telefónica se encuentre, ya sea por ausencia, por imposibilidad de contestar, o por alguna otra razón, conectada a una contestadora automática de llamadas.

En este caso, una grabación en la contestadora solicitará al aceptante dejar su mensaje después de escuchar una señal. De considerarlo conveniente, dicho aceptante dejará el mensaje en la constestadora de llamadas.

Por la naturaleza de este sistema, la aceptación no llegará a conocimiento inmediato del oferente.

Ahora bien, cabría formularnos la pregunta de si esta aceptación va a llegar de todas maneras a conocimiento del oferente.

Ello podría no ocurrir, debido, tanto a causas no imputables a las partes, como a causas imputables al aceptante o al oferente.

Causas ajenas a las partes podrían ser, por ejemplo, una imposibilidad repentina de índole físico o mental por parte del oferente, que se malogre la contestadora luego de recibida la llamada, y otras de naturaleza análoga.

Causas imputables al oferente podrían ser, por ejemplo, que éste no se preocupe por conocer o enterarse de las llamadas que ha recibido en su contestadora.

Causas imputables al aceptante serían aquellas relacionadas con su arrepentimiento y con la posibilidad de revocar la aceptación mediante la utilización de un medio de comunicación más rápido que el empleado para el envío de la aceptación.

En el caso de una aceptación dejada en una contestadora de llamadas, ello puede ocurrir fácilmente, pues el aceptante podría ubicar en otro número telefónico al oferente y decirle que no acepta, agregando que deja sin efecto la respuesta dejada en la contestadora.

También cabe la posibilidad de que por cualquier otro medio de comunicación, o incluso personalmente, comunique al oferente una respuesta diversa, con lo que la primera respuesta quedaría sin efecto, pues la segunda es la que habría llegado a conocimiento del oferente con anterioridad.

En la modalidad de contratación telefónica bajo análisis, resulta de plena aplicación la crítica formulada por la doctrina en el sentido que el aceptante puede retirar la respuesta aun después de expedida. El retiro a que se hace mención podría darse de la manera antes señalada o a través de alguna otra forma por medio de la cual se reste eficacia a la aceptación formulada.

A la aceptación que se formula ante una contestadora de llamadas no resulta aplicable la objeción en el sentido que a través de la teoría de la expedición se facilita el

fraude, por cuanto el aceptante puede retirar la aceptación y conservar la constancia de haberla expedido, sino también porque podría acreditarse el envío de la respuesta pero no de su contenido, lo que permitiría al aceptante mentir respecto a su verdadero tenor, argumentando que su comunicación contenía un rechazo y no una aceptación; toda vez que dicha crítica es hecha en función a la contratación epistolar, situaciones o ardidés casi imposibles de presentarse en la modalidad contractual que estamos analizando, dado que la aceptación vertida en la contestadora no puede ser retirada, ni menos negada, por su emisor.

En torno a la crítica de que la aceptación no es conocida por el oferente sino hasta el momento en que recibe la comunicación y se entera de su sentido, ella resulta aplicable a la modalidad contractual estudiada; ya que definitivamente el destinatario de la aceptación (oferente), recién toma conocimiento de ésta al instante de revisar la contestadora y enterarse de los mensajes consignados en ella.

1.3. Teoría de la recepción

En consideración a esta teoría, el contrato concertado por teléfono con respuesta dejada en una contestadora automática de llamadas, quedaría concluido en el momento que la comunicación del aceptante quede grabada o recibida en dicho aparato, aun cuando el destinatario de aquélla (oferente) no se encuentre en el mismo lugar donde se halle conectada la contestadora o se encuentre imposibilitado de conocer el contenido y sentido de la comunicación.

Según una primera crítica a esta teoría, resulta irracional que la recepción de una comunicación, cuyo contenido no se conoce y que puede contener tanto una aceptación como un rechazo, pueda configurar la celebración del contrato.

Consideramos que resulta válida dicha apreciación y en definitiva encuadra en la modalidad contractual materia de análisis, pues si bien es cierto que el instante en que se deja grabada la comunicación en la contestadora, vale decir cuando es recibida, no coincide con el momento del conocimiento de su contenido, también es cierto que el hecho de recibir una respuesta (grabada en una máquina de tal naturaleza) no significa, necesariamente, conocer el sentido de la misma; no siendo pues, la simple recepción, un elemento constitutivo del contrato.

Se ha expuesto que la teoría de la recepción busca establecer una presunción de conocimiento (vale decir que se presume que el destinatario de la aceptación conoce su contenido en el mismo instante en que la recibe), y ante tal fundamento la doctrina cuestiona el por qué de éste fundamento tan frágil, toda vez que la llegada de la comunicación es un hecho muy difícil de probar.

Al igual que en una comunicación telefónica normal, en una comunicación telefónica con contestadora, el aceptante tendrá las mismas dificultades y ventajas para poder probar que respondió y que lo hizo en un determinado momento.

Como dijimos con ocasión del análisis de la comunicación por teléfono entre dos personas que se encuen-

tran en comunicación inmediata, no será difícil conocer el momento en el cual una respuesta llega a destino, pues dicho momento coincidirá, por lo general, con aquel en el cual se ha expedido la respuesta. No obstante ello, podría ser difícil probar judicialmente el momento mismo de la aceptación, pues para tal efecto se tendría que contar con algún medio probatorio previsto por la ley procesal.

Respecto de la objeción que se formula a la teoría de la recepción, en el sentido de que si lo que se busca mediante ella es contar con la seguridad de que el aceptante no pueda variar su aceptación, entonces se cuestiona el por qué se hace descansar el tema del consentimiento en un hecho ajeno al acuerdo de voluntades, como es el adecuado funcionamiento del medio de comunicación empleado.

Sobre este particular debemos decir que la objeción es válida, pero no se tiene alternativa, pues será indispensable contar con la eficacia del mismo, ya que en su defecto no habrá consentimiento.

Adicionalmente se señala en contra de la teoría de la aceptación que no resulta totalmente cierto que el aceptante no pueda variar su aceptación, ya que es posible concebir que logre retirar la respuesta antes de que el oferente la lea, motivo por el cual el aceptante podría variar una aceptación por un rechazo.

La posibilidad de que se sustituya una respuesta dejada en una contestadora automática de llamadas, si bien resulta difícil de presentarse, es más factible que ocurra en comparación con una respuesta dada en una

conversación telefónica entre personas que se encuentran en comunicación inmediata.

Podríamos imaginar diversos supuestos en los cuales se produzca una situación de esta naturaleza, pero, fundamentalmente, los mismos tendrían que pasar por borrar de la contestadora la respuesta afirmativa, dejando en blanco el espacio de la cinta, como si no se hubiese llamado, o luego de borrada la respuesta, responder negativamente.

Pero para poder proceder de esta forma, se tendría que contar, necesariamente, con la posibilidad de manipular la contestadora, de un teléfono fijo o celular.

1.4. Teoría de la cognición

Como recordamos, se critica a la teoría de la cognición, diciendo que en la misma se configuraría una especie de círculo vicioso, pues si se exige que el oferente debe conocer la aceptación del destinatario para la celebración del contrato, con la misma razón debería exigirse que el destinatario sepa que el oferente tuvo conocimiento oportuno de su aceptación y que en razón de esta circunstancia se celebró el contrato, y así sucesivamente, con lo que se configuraría un círculo vicioso en el que no se sabría quién es el último que debe estar informado de la comunicación recibida por el otro.

Como dijimos en su oportunidad, ese círculo vicioso no se configura en la contratación por teléfono entre personas que se encuentran en comunicación inmediata; sin embargo, sería susceptible de presentarse en los contratos celebrados telefónicamente dejando la acepta-

ción en la contestadora automática de llamadas, toda vez que cuando se recibe la llamada, el oferente no ha tomado conocimiento de la misma de manera inmediata, y no se sabe si en realidad lo tomará, en tanto que el aceptante tampoco tiene la certeza de que su respuesta llegará a conocimiento del oferente. Es así que la incertidumbre persistirá, de modo tal que se podría pensar que resultaría aplicable la objeción del círculo vicioso.

Sin embargo, esta crítica no tiene un fundamento sólido, pues resulta evidente que en algún momento se tendrá que terminar con la necesidad de que la contraparte conozca que la otra parte ha conocido. Pensar en la posibilidad de que sea necesario ampliar el número de veces en que se requiera el conocimiento del otro, configuraría una situación monstruosa.

En lo referente al argumento expuesto por la doctrina relativo a que la teoría de la cognición propicia el fraude, ya que el oferente podría cambiar su opinión y, estando desinteresado en la celebración del contrato, se demorase en revisar la contestadora telefónica, o simplemente negase tener conocimiento de la aceptación, situación en la cual se colocaría injustamente al aceptante en una posición desventajosa, el mismo podría resultar aplicable al medio de comunicación bajo estudio, ya que comparte —en esta materia— la estructura de la comunicación epistolar.

Finalmente, la teoría de la cognición es criticada porque se dice que quien ofrece a otro la celebración de un contrato acepta por anticipado que si el destinatario está de acuerdo con él, se celebrará el mismo, pues es lo

único que se busca, considerándose como sobrantes todos los actos posteriores.

Esta crítica la estimamos inconsistente, ya que resulta indispensable que el oferente conozca si el destinatario de la oferta la ha aceptado o no, pues de lo contrario se podría estar frente a una situación de incertidumbre, ya que el oferente desconocería si se ha celebrado ese contrato en el cual él sería parte.

2. Plazo para aceptar

Continuando con el esquema adoptado al analizar la primera modalidad contractual concertada por teléfono, y teniendo en consideración que el destinatario de la oferta debe utilizar el mismo medio de comunicación o uno más rápido que el empleado por el oferente para hacer llegar su declaración, debemos iniciar esta parte de nuestro estudio señalando que si al dejar el oferente su propuesta en una contestadora automática de llamadas, no estableciéndole plazo al aceptante para emitir su declaración, éste debe hacerle llegar el sentido de la misma, sin más dilación que el tiempo que normalmente demora en hacer una llamada y dejar grabado el mensaje en una máquina contestadora; todo ello según interpretación del artículo 1373 del Código Civil peruano.

Presentada así, resulta sencilla la figura. Pero los problemas se presentan en el supuesto que –en virtud del artículo 1375 del Código Civil peruano– el oferente establezca un plazo al destinatario de su oferta, tema que da lugar a determinadas cuestiones que examinaremos, tal como lo hiciéramos al estudiar los contratos ce-

lebrados por teléfono entre dos personas que se encuentran en comunicación inmediata.

La primera cuestión sería aquella en la cual una aceptación tardía, vale decir no oportuna, frustrase la celebración del contrato, mediando, pues, un plazo. Aquí pueden presentarse dos situaciones: a) que teniendo el aceptante un plazo para emitir su declaración, conteste la propuesta —dejándola en una contestadora automática— dentro del plazo, pero de manera evasiva, es decir sin darle al oferente una respuesta en concreto; b) que conteste el aceptante —a través de una contestadora automática— pero fuera del plazo establecido, haciendo fracasar la voluntad del oferente.

Según la idea —generalizada en el texto del Código Civil de 1984— tendiente a proteger al contrato (o a la relación contractual), una declaración del aceptante, dejada en la contestadora automática del oferente, hecha fuera del plazo establecido y en las mismas condiciones que lo hiciera el oferente, tiene el valor de una nueva oferta, conduce a la celebración un contrato semejante al propuesto.

Si aplicásemos este principio a la posición adoptada por el Código Civil peruano, no encontraríamos respuesta concreta al caso, o precepto que mejor calce al supuesto, ya que el artículo 1376 de dicho cuerpo sustantivo, al regular la figura de la contraoferta, prevé el caso de una aceptación tardía y el de una aceptación oportuna no conforme a la oferta, mas no de una aceptación tardía que viniese con proposiciones en los mismos términos que la oferta primigenia.

Nos mantenemos en línea semejante a la manifestada al estudiar la hipótesis consistente en que el aceptante haga llegar de manera oportuna su declaración, a través de un contestador automático; pero que, sin embargo, el oferente recién tome conocimiento de la misma —al revisar su contestadora— pasado dicho plazo. Vale decir, aparentemente el contrato no se celebraría, por cuanto la aceptación fue conocida por el oferente luego de vencido el plazo establecido.

Sin embargo, sí se habría celebrado el contrato, en virtud de la presunción de conocimiento establecida por el artículo 1374.

Asimismo, en virtud del artículo 1376, segundo párrafo, y debido a la referida presunción, no dependerá del oferente el considerar una aceptación grabada en su contestadora como fuera de plazo, si éste también tomó conocimiento de ella en dicho término.

Otra cuestión relativa a la oportunidad para aceptar es aquella concerniente a la aceptación parcial, sea ésta oportuna o tardía.

Se trata de un caso —el de la aceptación parcial— de aceptación de la oferta con modificaciones, requiriéndose que ésta sea divisible (respecto a los actos jurídicos que se propone celebrar o respecto a los bienes materia del contrato).

Se presenta como aceptación parcial la que se hace respecto de una parte de la oferta, rechazando el resto, de modo tal que la aceptación no coincide con la oferta, sin dejar de ser congruente con ésta.

Tal cuestión encuentra respuesta en el artículo 1376 del Código Civil peruano, norma que prevé la posibilidad de que el oferente considere eficaz a una aceptación con modificaciones, desde que la aceptación parcial, no obstante ser fraccionada, es congruente con la oferta, en el sentido de ser compatible con ella; pues por la naturaleza de la oferta, es posible aceptar parte de la misma y dejar de hacerlo respecto del resto, siempre que esté implícita la voluntad del oferente de admitir un rechazo parcial.

3. Inicio de ejecución sin respuesta previa

Sin lugar a dudas —y como ha sido expresado oportunamente—, el contrato celebrado por teléfono con respuesta dejada en una contestadora automática de llamadas, es uno donde las partes no se hallan en comunicación inmediata.

Se trata de uno de los presupuestos establecidos por el artículo 1380 del Código Civil peruano para que se configure un contrato que, sin respuesta previa por parte del aceptante, se celebre en el momento y lugar en que comenzó la ejecución.

Pero si tomásemos en cuenta la condición prevista por cierto sector de la doctrina, en el sentido de que el aceptante debe utilizar el mismo medio de comunicación o uno más rápido que el empleado por el oferente, para hacer llegar a su conocimiento la aceptación, debiendo además abrazar todas las precauciones del caso para que dicha aceptación llegue en su oportunidad, vale decir dentro del plazo establecido; y aun más, si deseamos tener un contrato celebrado por teléfono con respuesta

en contestadora automática –propriadamente dicho–, tanto la oferta como la aceptación deberían hacerse utilizando el mismo medio o uno más veloz que el empleado por la otra parte; y en ese sentido nunca podría presentarse un supuesto de comportamiento concluyente.

Como lo manifestáramos al analizar los contratos celebrados por teléfono cuando las partes se encuentran en comunicación directa, para tener uno concertado por teléfono con respuesta dejada en contestador automático, los dos hechos que incluyen tal formación deben darse a través del referido contestador automático.

Sin embargo, siendo una modalidad donde las partes no se encuentran en comunicación inmediata, dependerá del objeto del contrato para que éste quede concluido sin aceptación tácita, como sería el supuesto en el cual el contrato sea uno de prestación de servicios y el servicio sea la profesión habitual del aceptante, o cuando los servicios sean públicamente enunciados, hipótesis contemplada por el artículo 1758 del Código Civil peruano, en el cual se presume una aceptación.

4. El silencio circunstanciado

Si consideramos literalmente los presupuestos señalados por el artículo 1381 del Código Civil peruano, para encontrarnos frente a una aceptación venida de un silencio circunstanciado, no cabría –en el contrato que nos atañe– una respuesta positiva del aceptante que revista tales caracteres.

Si lo que se pretende es celebrar un contrato que quede concluido por teléfono, con respuesta dejada en una

contestadora automática, resulta inimaginable que el destinatario de la oferta haga saber su aceptación dejando un mensaje en la contestadora del oferente, en el que no diga nada.

Además, recordemos que en el contrato celebrado por teléfono con respuesta dejada en una contestadora automática, siempre mediará un lapso más o menos considerable entre la oferta y la declaración del aceptante, es decir que la oferta siempre será acogida con dilación.

5. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente

Teniendo en cuenta las precisiones establecidas al tratar sobre la primera modalidad contractual celebrada a través del teléfono, debemos observar algunas circunstancias relacionadas con la actitud del destinatario de la oferta ante la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente.

Puede ocurrir que el destinatario de la oferta conozca del fallecimiento o la incapacidad del oferente antes de emitir su aceptación, quedando libre para concluir o no el contrato, según convenga a sus pretensiones vincularse o no con los herederos o representantes legales del oferente.

Puede el destinatario, también, aceptar la oferta, desconociendo el hecho de que luego de escuchar el mensaje en su contestador el oferente falleció o se volvió incapaz, resultando integrante de una relación jurídica patrimonial con personas con quienes no tenía la intención de hacerlo o que sencillamente no conoce.

Puede, sin embargo, que le interese entablar tal relación, ya que según la naturaleza de la obligación que esté a cargo del oferente, el cambio de personas no le sea importante y mantendrá el contrato grabando su respuesta en el contestador de la otra parte.

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

Aquella situación que mencionáramos al tratar sobre los contratos celebrados por teléfono cuando las partes se encuentren en comunicación directa, en la cual el destinatario de la oferta se convierte en aceptante, pero muere o se incapacita sin ser su aceptación conocida por el oferente, no sería susceptible de presentarse en esta modalidad contractual, ya que para que quede celebrado un contrato por teléfono con respuesta dejada en la contestadora automática, el aceptante debería dejar su mensaje en la contestadora del oferente.

Así, se mantienen las apreciaciones respecto al numeral 1387 del Código Civil, en el sentido que los efectos contemplados ante dichas situaciones también se aplican para la modalidad que nos ocupa en este punto.

7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta

Estaríamos ante una oferta con carácter revocable cuando el oferente, dejando su propuesta en la contestadora automática del destinatario, le precise que podrá retirarla en cualquier momento antes de su aceptación, es decir, antes de que el destinatario grabe su respuesta en la contestadora del oferente.

8. Supuestos de caducidad de la oferta

Como se recuerda, cuando nos encontramos ante contratos celebrados por teléfono, dejando la respuesta en una contestadora automática, no existe comunicación inmediata. Para mayor abundamiento en relación a este punto, remitimos al lector a las consideraciones expresadas con ocasión del análisis de las teorías que rigen la formación del consentimiento.

Dentro de tal orden de ideas, debemos descartar para este punto la aplicación de lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1385 del Código Civil, norma 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 directa y no fue seguidamente aceptada.

En cambio, resulta de total pertinencia al tema lo establecido por el inciso 2 del referido artículo 1385, 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.

Teniendo en cuenta la presunción legal de conocimiento al momento de recibirse la aceptación, regulada por los artículos 1373 y 1374, ello significaría que el destinatario de la oferta, tendría como plazo para aceptar el que le demore llamar por teléfono al oferente y darle una respuesta, ya sea de manera directa o dejada en otra contestadora automática de llamadas; todo ello,

independientemente del tiempo que, como ha sido visto en su oportunidad, podría tomarle reflexionar acerca de la propuesta recibida.

Sin embargo, cabría la posibilidad de cuestionarnos la eventualidad de que cuando el destinatario de la oferta decida aceptar, no pueda hacerlo por la vía telefónica, debido a que la línea del oferente se encontrase congestionada o malograda.

En la primera hipótesis, estimamos natural y razonable que el eventual aceptante tenga derecho a que se le considere como tiempo adicionado aquél correspondiente al lapso en que encuentre ocupada la línea del oferente.

Sin embargo, dudamos en dar una respuesta tan categórica para el segundo supuesto, vale decir, para aquel en el cual la línea telefónica del oferente se encuentre malograda. Decimos esto, por cuanto resulta posible imaginar, dependiendo de la duración del desperfecto, que un destinatario (eventual aceptante) que actúe con diligencia, pueda dar rápida respuesta al oferente, por una vía distinta o, incluso, acercándose personalmente al domicilio del oferente. Esta salvedad tiene como valor entendido el hecho de que el destinatario de la oferta conozca de alguna otra forma en que le resulte viable y razonable comunicarse con el oferente.

Finalmente, el inciso 3 del artículo 1385 del Código Civil prescribe que la oferta caduca si antes de recibida o simultáneamente con ella llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

Entendemos que esta retractación resultaría viable en la medida que el oferente pudiese comunicarse con el

destinatario de la oferta antes de que este último hubiese tomado conocimiento del contenido del mensaje dejado en su contestadora automática de llamadas, con el propósito de manifestarle algo distinto o, simplemente, que se ha retractado de la oferta remitida anteriormente, la misma que deberá considerarse sin valor.

9. Supuestos de inexistencia de la aceptación

Tal como ha sido señalado, en virtud a 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.

Dentro de tal orden de ideas, no resultaría factible imaginar una retractación en el marco de una respuesta (aceptación) formulada directamente (de persona a persona) por la línea telefónica, habida cuenta de que resultaría imposible el empleo de un medio más rápido y eficaz para retractarse de la aceptación emitida.

Sin embargo, estimamos que ello sería factible en la medida que la aceptación fuese formulada a través de una vía idéntica a aquella por la cual fue recibida la oferta, vale decir, que dicha aceptación sea formulada por la línea telefónica, pero dejada en una contestadora automática de llamadas conectada a la línea del oferente (destinatario de la aceptación), supuesto al que resultan aplicables todas las consideraciones esgrimidas por nosotros al analizar la retractación de la oferta en el marco del artículo 1385 inciso 3 del Código Civil, en relación al medio de comunicación que nos encontramos estudiando.

CONTRATOS CELEBRADOS POR FACSIMIL

1. Teorías que rigen la formación del consentimiento

Ahora nos corresponde analizar los problemas relativos a la contratación por facsímil, abordando el tema en relación a cada una de las cuatro teorías que contempla la doctrina acerca de la formación del consentimiento.

1.1. Teoría de la declaración

Ante todo, estimamos necesario formular una pregunta en el sentido de si cuando se recurre al facsímil como medio de comunicación, nos encontramos o no frente a un contrato entre personas en comunicación inmediata.

Resulta necesario recordar que cuando nos referimos a personas que se encuentran en comunicación inmediata, éstas deben tener la posibilidad de comunicarse instantánea y simultáneamente, de modo tal que lo que diga una parte pueda conocerlo la otra dentro de un lap-

so mínimo, y viceversa. Esto es comunicación inmediata. Por lo tanto, será comunicación inmediata aquella situación en la cual una parte escuche o reciba la comunicación de otra, y pueda enviar simultáneamente mensajes a aquella parte que los envía.

En consecuencia, la contratación por facsímil sería considerada como una producida entre personas que se encuentran en comunicación inmediata.

En primer lugar debemos señalar que resulta obvio que puede darse el caso en que una persona que ha declarado su intención de enviar un facsímil aceptando una oferta contractual, luego se arrepienta de haber declarado aceptar y envíe un facsímil con una respuesta negativa. Por lo tanto, podría concluirse en que esa persona, a pesar de haber declarado aceptar, podría arrepentirse y expedir una declaración distinta a la original (la misma que —obviamente— nunca fue expedida).

De esta forma, si se tomase como teoría conducente a la formación del consentimiento a aquella de la declaración, podría haber contrato celebrado por facsímil, a pesar de que la respuesta enviada por este medio sea negativa, siempre y cuando la declaración original se haya efectuado en sentido afirmativo.

Adicionalmente, si se tomara esta teoría, en la contratación a través de facsímil, el oferente se hallaría vinculado contractualmente a la otra parte, sin saber siquiera si ésta ha aceptado.

En ese orden de ideas, quedarían la celebración y dominio del contrato en manos del aceptante, pues éste en

cualquier momento estaría en capacidad de variar, anular o hacer inexistente su manifestación, mientras ella no sea pasada por el facsímil; obteniendo de modo muy fácil y siempre dentro de la teoría de la declaración, su desvinculación de un contrato ya celebrado.

1.2. Teoría de la expedición

Según esta teoría, el contrato quedaría celebrado cuando el aceptante expida su declaración y/o decisión a través del facsímil, con el propósito de que llegue a conocimiento del oferente.

En torno al reparo que se hace a la teoría de la expedición, de facilitar el arrepentimiento y la revocación de la aceptación, mediante el empleo de un medio más rápido que el utilizado para su envío, debemos advertir que tal observación resulta acertada si la aplicamos a la contratación que nos incumbe en esta parte de nuestro estudio.

Sin desconocer la utilidad, eficacia e importancia de estos reproductores de imágenes a distancia (facsímiles o simplemente *fax*), pues entre sus principales virtudes está la significativa reducción de tarifas telefónicas, éstos no son precisamente los medios más veloces, prerrogativa que hasta hoy en día nadie puede rehusarle a la comunicación telefónica clásica, único medio a través del cual, uno de los contratantes puede retractarse del modo más rápido, de su declaración de voluntad expedida por un medio distinto, en este caso, la vía facsimilar.

Asimismo, se puede presentar el caso que a pesar de demostrar de la manera más evidente su voluntad de

concertar el contrato, el aceptante retire su decisión aun después de expedida.

Como recordamos, otra de las críticas que se esgrimen contra la teoría de la expedición, es que si bien el aceptante pone de relieve su voluntad de celebrar el contrato, tal demostración tiene un valor casi nulo, por cuanto puede retirar la respuesta aun después de expedida.

Esta situación, pasible de presentarse en la contratación epistolar, también se puede dar dentro de la contratación por facsímil.

Es evidente que una vez que se ha transmitido la integridad del texto por este medio de comunicación, resulta imposible retirar la respuesta o aceptación. Sin embargo, por las características del facsímil, cabe la posibilidad de que el aceptante interrumpa la transmisión, justamente antes de que se haya podido transmitir el texto donde acepta. En caso ya se hubiera transmitido parte del texto y en éste estuviese el tenor de la aceptación, resulta lógico suponer que allí no habría posibilidad alguna de retirar dicha respuesta.

En relación a la crítica que se formula en torno a la teoría de la expedición, en el sentido que facilita el fraude, no sólo por cuanto el aceptante puede retirar la aceptación y conservar la constancia de haberla expedido, sino también porque resulta sumamente sencillo acreditar el envío de la respuesta, pero no su contenido, de modo tal que la pérdida de la comunicación facsimilar podría permitir al aceptante mentir respecto de su verdadero contenido, manifestando que su comunicación era de rechazo y no de aceptación, podemos decir que

esta objeción, pensada fundamentalmente en función de la contratación epistolar, puede resultar aplicable a la contratación por facsímil, ya que el aceptante podría conservar la constancia de la expedición del facsímil, pequeño documento en el que figurarán, entre otros datos, el número del facsímil al cual fue transmitido, la fecha y hora de su transmisión y el número de páginas que contenía el documento.

Por último, manifiesta la doctrina, objetando la teoría de la expedición, que en ella la aceptación queda ignorada por el oferente hasta el momento en que recibe la comunicación y se entera de su sentido.

Aplicando esta crítica a la contratación facsimilar, la misma resulta válida, puesto que cabe la posibilidad de que se expida la comunicación y ésta no llegue a destino, o llegue a destino pero no a conocimiento del oferente. Estos casos podrían estar constituidos por múltiples situaciones, en las cuales el aceptante considere que su respuesta ha llegado a destino, pero en realidad ello no haya ocurrido así. En este caso, de adoptar la teoría de la expedición, se estaría considerando celebrado un contrato por facsímil sin que la respuesta haya llegado a destino.

Resulta evidente que sería absurdo que el oferente se encuentre vinculado a un contrato sin saberlo.

1.3. Teoría de la recepción

En lo que respecta a la contratación por facsímil, el momento de la recepción estará constituido por el instante en el cual el texto transmitido aparezca impreso

en el facsímil del oferente, independientemente de si en la práctica está siendo leído por este último. Vale decir, que para la teoría de la recepción se considerará celebrado el contrato cuando se imprima el texto de aceptación, no interesando para dicha teoría ninguna otra circunstancia adicional.

En lo que respecta a la teoría de la recepción, como recordamos, se objeta el hecho de que podría considerarse celebrado un contrato cuando se reciba una comunicación cuyo contenido ni siquiera se conozca, es decir que el documento recibido podría contener, tanto una aceptación como un rechazo, dando lugar esta situación a la celebración de un contrato; señalándose además que la simple recepción no es, por estas consideraciones, uno de los elementos constitutivos del contrato.

Esta teoría puede resultar aplicable a la contratación por facsímil, pues la aceptación dada a través de esta vía y que haya llegado a la máquina del oferente, no necesariamente va a ser leída de inmediato por este último, ya que por las más diversas razones —le sean imputables o no— podría darse el caso de que el momento en que el oferente lea la aceptación llegada a su facsímil sea uno posterior.

Así, de adoptarse como única teoría válida para la formación del consentimiento a la de la recepción, podría considerarse celebrado un contrato, incluso, sin que el oferente conozca que ha quedado vinculado en una relación jurídica.

Por otra parte, debemos recordar que se ha criticado a la teoría de la recepción, porque si lo que se busca me-

diante ella es establecer una presunción de conocimiento (en el sentido de que se presume que el destinatario de la comunicación conoce su contenido en el mismo instante que la recibe), entonces deberíamos preguntarnos por qué buscar una presunción tan frágil, teniendo en cuenta que la llegada de la comunicación es un acontecimiento bastante difícil de probar.

Esta objeción formulada a la teoría bajo análisis, pensada fundamentalmente respecto de la contratación epistolar, no resulta aplicable en gran proporción a la contratación por facsímil, en la medida que cuando se envía un texto por este medio de comunicación, resulta fácil obtener la constancia de que el destinatario lo ha recibido, documento con el que se podría acreditar —si bien de manera relativa— la recepción de la respuesta, mas no su contenido.

Como se recuerda, una tercera objeción que se opone a la teoría de la recepción argumenta que si lo que se pretende mediante esta teoría es tener la seguridad de que el aceptante no pueda variar su aceptación, entonces surge el cuestionamiento de cuál es la razón para hacer descansar toda la existencia del consentimiento en un hecho tan extraño al acuerdo de voluntades como es el adecuado funcionamiento de un medio de comunicación.

Nuestros comentarios en relación a esta crítica son fundamentalmente los mismos que aquellos esgrimidos cuando analizamos la contratación por teléfono en sus dos modalidades. Sostenemos que en todo contrato para cuya celebración se emplee un medio de comunicación, ya sea mecánico o automático, resultará indispensable el adecuado funcionamiento de dicho medio de comuni-

cación, pues de lo contrario sencillamente no se podría celebrar el contrato al no llegar la respuesta o aceptación a destino (domicilio del oferente).

Finalmente, y en relación a aquel argumento en contra de la teoría de la recepción, en el sentido de que no resulta totalmente cierto que el aceptante no pueda variar su aceptación, por ser posible concebir que logre retirar la respuesta del domicilio del oferente antes de que éste la lea, situación en la cual el aceptante estaría en la posibilidad, dentro de la teoría de la recepción, de cambiar una aceptación por un rechazo.

En relación a este argumento, el mismo que ha sido calificado por nosotros como difícil de presentarse, debemos decir que resulta teóricamente factible se dé una situación de tal naturaleza en la cual el aceptante —una vez enviado el facsímil y recibido por el oferente— tenga acceso al domicilio del oferente, de modo que esté en capacidad de retirar dicho facsímil antes de que sea leído por el oferente o, incluso, poder enviar otro facsímil a través del cual el aceptante manifieste una respuesta distinta, incluyendo la posibilidad de una negativa.

1.4. Teoría de la cognición

En relación a la contratación por facsímil debemos señalar que en ella se producirá el conocimiento de la aceptación en el momento que el oferente lea el documento enviado por el aceptante a través de este medio.

Como recordamos, un primer argumento crítico a la teoría bajo análisis señala que con esta sucesión de conocimientos necesarios para que se celebre el contrato,

podría presentarse lo que se ha dado en denominar como un círculo vicioso.

Este círculo vicioso, pensado inicialmente para la contratación por vía epistolar, resultaría factible en relación a los contratos celebrados por facsímil, en la medida que no se trata de un proceso de contratación entre personas que se encuentran en comunicación inmediata, lo que lleva a la situación de que la respuesta o aceptación no necesariamente va a ser conocida por el oferente en el preciso instante en que ha sido formulada y —más aún—, ni siquiera en el momento en que ha sido recibida.

No obstante ello, debemos decir que esta crítica no se basa en sólidas razones, ya que resulta obvio que en algún momento tendría que cesar la sucesión de conocimientos de las declaraciones formuladas por la contraparte. Como hemos señalado en su momento, la situación contraria sería inimaginable.

Se arguye también en contra de la teoría de la cognición, que ésta propicia el fraude, ya que el oferente puede perder interés en la celebración del contrato, demorando leer el facsímil o, simplemente, negando tener conocimiento de la aceptación, circunstancia en la cual se colocaría al aceptante en una injusta situación.

Resulta cierto que el oferente puede haber cambiado de opinión en cuanto a celebrar el contrato con el aceptante, razón por la cual al recibir el facsímil que contenga la respuesta del aceptante, opte por no leerlo, es decir, lo obvie.

Adicionalmente podría ocurrir que habiéndolo leído,

es decir habiendo tomado conocimiento de la aceptación, decida no considerarla, negando haberla recibido. En este caso, la situación del aceptante podría tornarse un tanto complicada, teniendo en cuenta que este último lo más que podría acreditar —e incluso de modo relativo— es que envió el facsímil, si es que tiene la constancia respectiva; pero lo que no podría probar documentalmente es el contenido de la respuesta enviada. En este sentido, para acreditar la veracidad de su afirmación, deberá contar con algún otro medio probatorio contemplado por la ley procesal.

Finalmente, en relación a la crítica esgrimida contra la teoría de la cognición, en el sentido de que ésta resulta ilógica, al señalar la necesidad de que el oferente tome conocimiento de la aceptación, considerando que al formular la oferta, ya había manifestado por anticipado su voluntad favorable a la celebración del contrato, debemos señalar que este argumento resulta totalmente deleznable, más aun si tomamos en consideración que el conocimiento que debe tener el oferente de la aceptación no implica una nueva aceptación, sino simplemente la necesidad —impuesta por la ley— de estar enterado de que se ha celebrado el contrato.

2. Plazo para aceptar

Siendo la contratación por facsímil una que se produce entre personas que se encuentran en comunicación inmediata, lo que exprese una parte puede ser conocido por la otra de manera casi instantánea o simultánea; pero siempre mediará un lapso —mínimo o relativamente considerable— entre la oferta y la aceptación, dependiendo del tiempo que demore al destinatario de la ofer-

ta —mediando plazo o no—, pensar en la propuesta y transmitir el mensaje vía facsímil.

Así, si el oferente no estableció plazo alguno, el destinatario de la oferta se encuentra en la más amplia libertad de transmitir su mensaje, por facsímil, en el momento que crea conveniente y haya meditado lo suficiente la propuesta, siempre y cuando antes no sea revocada la oferta.

Si, por el contrario, el oferente —haciendo uso también de un facsímil— lanza su propuesta, indicando en el mensaje enviado que ésta debe ser aceptada de inmediato, el destinatario de la oferta debe corresponder a dicho requerimiento —aceptando o no— en el instante, sin más dilación que la demora en redactar su respuesta y transmitirla por el facsímil.

Dado el supuesto en que el aceptante envíe su mensaje fuera del plazo establecido por el oferente, o dado el caso que el oferente, consciente de que el mensaje debía ser transmitido a determinada hora y día, desconecte su facsímil, impidiendo la transmisión de la aceptación, se configura la caducidad de la oferta. Vale decir, que una aceptación tardía puede presentarse, tanto por culpa del destinatario de la oferta, como por culpa del oferente, no concertándose así el contrato.

Sin embargo, debemos acotar que tal caducidad puede preverse por parte del aceptante, ya que si percibe la desconexión del facsímil —vía por la cual iba a transmitir su declaración—, bien podría recurrir a otro medio de comunicación para que su manifestación sea conocida por el oferente y llegue a la dirección de este

último dentro del plazo establecido; ello siguiendo el sistema establecido por el artículo 1374 del Código Civil peruano.

Puede ocurrir también que las figuras de oferente y aceptante se inviertan; por ejemplo: Juan pone en conocimiento de Manuel, su intención de venderle su última adquisición, un programa para juegos de video, indicándole un plazo para emitir su conformidad; pasado dicho plazo, Manuel envía un mensaje al facsímil de Juan en el que propone comprarle el programa informático, al mismo precio señalado por éste.

Aquí se han cambiado los papeles: el oferente o ex-oferente, se convierte ahora en destinatario de una nueva oferta y el aceptante o ex-aceptante, se convierte ahora en proponente de un nuevo contrato, negocio que tiene las mismas condiciones o los mismos términos que el originalmente propuesto.

Según lo manifestáramos al analizar los contratos celebrados por teléfono, esta situación no aprecia correlato determinado en los preceptos del Código Civil peruano, relativos a la oportunidad y forma de aceptar.

Ante la hipótesis de que una aceptación oportunamente enviada llegue a conocimiento del oferente de manera tardía, la cuestión es de muy fácil solución en la contratación por facsímil, pues si consideramos en primer término el precepto legislado por el artículo 1375 del Código Civil peruano, según el cual la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente, entonces una aceptación oportunamente transmitida vía facsímil que por diversas razones (fallas en la transmisión, lectura

del mensaje pasado el término, etc.) llegue tardíamente a conocimiento del oferente, no permitiría la concertación del contrato, vale decir que éste no se celebra; pero en atención a la presunción contemplada por el artículo 1374 del Código Civil peruano y al sistema que informa a la contratación entre ausentes, la aceptación se considera conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario. En ese sentido, si estamos ante un mensaje oportunamente enviado al facsímil del oferente, aun cuando éste lo lea pasado el término previsto, el contrato ya se habría perfeccionado.

En ese orden de ideas, también dependerá del oferente admitir una aceptación tardía que sea conocida por él pasado el plazo previsto.

3. Inicio de ejecución sin respuesta previa

En sentido estricto, tendríamos un contrato celebrado por facsímil cuando la propuesta hecha por el oferente sea enviada haciendo uso de un *fax*, y a su vez el aceptante ponga su determinación en conocimiento del oferente, por el mismo medio.

De esta forma, el contrato ha quedado celebrado a través del facsímil, no habiendo posibilidad de que se configure un comportamiento concluyente.

Pero dado que éste es un contrato donde las partes se encuentran en comunicación inmediata directa, nos remitimos al análisis de las observaciones que hiciéramos al estudiar la hipótesis de una aceptación tácita o de un inicio de ejecución sin respuesta previa, en los contratos celebrados por teléfono.

4. El silencio circunstanciado

En interpretación estricta de la modalidad contractual que nos ocupa (contratos concertados a través del facsímil), el contrato no se considerará celebrado en tanto la oferta no sea expresamente aceptada.

Del mismo modo, atendiendo a las características que imprimen a estos contratos, la oferta nunca será aceptada sin dilación, ya que –como precisáramos– entre uno y otro mensaje enviado a través del facsímil, siempre mediará un mínimo o relativamente considerable lapso de tiempo.

5. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente

Dado que las consecuencias previstas por el artículo 1383 ante la muerte o incapacidad absoluta del oferente, se aplican tanto cuando la oferta se haga concediendo o no plazo, como cuando las partes se encuentren o no en comunicación inmediata, no abundaremos en el tratamiento de este punto, ya que el análisis desarrollado al abordar los contratos celebrados por teléfono, corresponde también a un contrato concertado empleando el facsímil.

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

La muerte o incapacidad sobreviniente de una persona que recibe un facsímil en el que se le propone la celebración de un contrato, trae como correlato la caducidad o la ineficacia de la oferta. Es esa la solución contemplada por el artículo 1387 del Código Civil peruano.

7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta

Puede ocurrir que el declarante de la oferta haya omitido indicar en su mensaje enviado al facsímil del destinatario, que la oferta no es obligatoria, o sea que puede ser revocada en cualquier momento antes de que su aceptación sea conocida por él, deseando salvar esta omisión.

El artículo 1384 del Código Civil peruano le permite hacerlo mediante otro mensaje –inmediato o simultáneo–, en el sentido que puede revocar su oferta en cualquier momento antes de que él reciba la aceptación.

¿Cómo lograr ese envío simultáneo o inmediato?

Muy sencillo: una vez finalizada la transmisión del mensaje con la oferta, enviar uno de revocación o, por el contrario, en el mismo instante en que es transmitida la oferta, enviar la aclaración por otro facsímil.

8. Supuestos de caducidad de la oferta

Tal como ha sido dicho en reiteradas oportunidades, la contratación por facsímil es una que se da entre personas que se encuentran en comunicación inmediata.

En razón de estas consideraciones, puede afirmarse que a este modo de contratar le resulta aplicable lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1385 del Código Civil, norma que prescribe 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.

En cambio, no resulta de aplicación lo prescrito en 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 conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste.

Por último, en relación a lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 1385 del Código Civil, en el sentido que la oferta caduca si antes de recibida o simultáneamente con ella llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente, debemos precisar que en esta eventualidad, sin duda, sería posible imaginar que el oferente pudiese emplear un medio más rápido para ponerse en comunicación con el destinatario de su oferta y manifestarle, ya sea por teléfono o personalmente (por citar los dos supuestos más factibles) su negativa respecto del contenido de la oferta originalmente formulada, o alguna expresión en el sentido que la misma queda sin efecto.

9. Supuestos de inexistencia de la aceptación

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

Si el facsímil enviado por el aceptante al oferente, aceptando la oferta formulada, es conocido por este último en el mismo instante en que llega a destino, no cabría posibilidad alguna de que el aceptante pueda retractarse de su aceptación, en la medida que se habrían

verificado los supuestos de los artículos 1373 y 1374 del referido cuerpo legal.

Pero si el contenido del facsímil enviado por el aceptante al oferente no fuese conocido en el mismo instante de su llegada, resulta obvio que podría presentarse el supuesto en que el aceptante se retracte de su aceptación hasta antes de que el oferente tome conocimiento del contenido del facsímil recibido.

CONTRATOS CELEBRADOS POR *BEEPER* O SISTEMA BUSCA-PERSONAS

1. Momento y lugar de la celebración del contrato

En relación a los contratos celebrados por *beeper* o sistema busca-personas podemos señalar, en primer término, que se trataría de un proceso de contratación entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata, ya que el mensaje que el aceptante envíe al oferente tendría que ser dejado en una central de comunicaciones, a fin de que desde ese punto lo transmitan al aparato receptor del oferente.

1.1. Teoría de la declaración

Resulta evidente que la primera crítica que se formula a la teoría de la declaración, consistente en que cabe la posibilidad de que el destinatario de la oferta la acepte y luego envíe una comunicación al oferente en sentido contrario, o simplemente no envíe comunicación alguna, a pesar de lo cual se consideraría celebrado el contrato de acuerdo a esta teoría, de ser aplicada a la contrata-

ción por *beeper* o sistema busca-personas, se produciría una situación absurda.

De lo dicho podría concluirse en que una persona, a pesar de haber aceptado una oferta contractual, tendría la posibilidad de arrepentirse y expedir una declaración distinta a la original, de ahí que si se adoptara esta teoría en relación a la formación del consentimiento, el oferente se podría hallar vinculado contractualmente a su contraparte, incluso, sin saber si ésta ha aceptado.

Por lo demás, resulta obvio que la manifestación del aceptante queda en sus dominios, ya que en el momento que lo juzgue conveniente puede variarla, anularla o hacerla inexistente, quedando bajo el control del aceptante o destinatario de la oferta la celebración del contrato.

Adicionalmente debe recordarse la objeción que se formula a la teoría de la declaración, en el sentido que facilita a la persona que acepta el derecho de arrepentirse y de revocar su aceptación, pudiéndose desvincular de un contrato.

1.2. Teoría de la expedición

Como sabemos, de acuerdo a la teoría de la expedición, el contrato se considera celebrado una vez que la respuesta del aceptante es expedida por el medio de comunicación empleado.

En relación a la contratación por *beeper* o sistema busca-personas, se consideraría celebrado el contrato cuando el aceptante dé su respuesta telefónicamente a la central de comunicaciones.

Como recordamos, uno de los argumentos que se levantan con mayor frecuencia en contra de la teoría de la expedición es aquel que sostiene que promueve el arrepentimiento y la revocación de la aceptación, utilizando un medio más rápido que aquel empleado para formular la aceptación.

Esta objeción la consideramos plenamente válida en cuanto a la contratación por *beeper* o sistema busca-personas, ya que podría existir la posibilidad de encontrar un medio de comunicación más rápido que éste. Dependiendo del hecho de si la central de *beeper* o sistema busca-personas envía el mensaje de manera inmediata, o con un intervalo de tiempo, podría resultar factible que el aceptante que desee retractarse de su aceptación logre ubicar al oferente en un número telefónico directo, o bien lo ubique personalmente, comunicándole una respuesta diversa, dejando de esta forma sin efecto la aceptación original.

Reiteramos que esta posibilidad sólo será factible en la medida que la central demore la transmisión del dato, pero hacemos la observación en el sentido que dicha retractación no tendría ninguna validez para la teoría de la expedición, por cuanto para ésta el contrato se habrá celebrado en el momento en que se haya expedido la primera respuesta afirmativa. El esquema planteado por nosotros en los dos párrafos anteriores tendría validez, única y exclusivamente, en la medida que nos encontremos dentro del esquema legal previsto por el Código Civil peruano.

Otro de los argumentos que se esgrimen en contra de la teoría de la expedición, consiste en que si bien el

aceptante demuestra de la manera más evidente su voluntad de concertar el contrato, tal demostración no tendría validez alguna por cuanto el aceptante podría retirar su respuesta incluso después de expedida.

En relación a la contratación por *beeper* o sistema busca-personas, debemos decir que esta objeción no es pertinente, en la medida que la empresa que brinda este servicio tiene la obligación de transmitir el mensaje inmediatamente después de recibido.

Dentro de tal orden de ideas, si la empresa recibe de manera sucesiva dos mensajes por parte del destinatario de la oferta: el primero aceptando y el segundo rechazando la oferta, tiene que enviar ambos mensajes, en el orden en que los ha recibido, independientemente de que sean contradictorios, situación que corresponde juzgar única y exclusivamente al abonado y no a la empresa que brinda el servicio.

Por estas razones, sostenemos que en la comunicación por *beeper* o sistema busca-personas, el aceptante carece de la posibilidad de retirar la respuesta emitida.

Dada la naturaleza de la contratación por *beeper* o sistema busca-personas, no consideramos factible la posibilidad de que se presente aquella objeción que se formula a la teoría de la expedición en el sentido que resultaría fácil para el aceptante acreditar el envío de la comunicación, pero no de su contenido, de modo tal que la pérdida de la comunicación pueda permitir al aceptante faltar a la verdad respecto a su verdadero tenor, manifestando que ella contenía un rechazo y no una aceptación.

Decimos esto, por cuanto en la comunicación por *beeper* o sistema busca-personas el mensaje es recibido telefónicamente por la central que lo retransmite al usuario, de modo tal que no resulta posible para el aceptante acreditar de manera directa el envío del mensaje y su contenido (salvo que cuente con algún otro medio probatorio), mientras que, por otro lado, el usuario del servicio (oferente) sí ha recibido el mensaje original.

Finalmente se argumenta en contra de la teoría de la expedición el hecho de que cabe la posibilidad que la aceptación quede ignorada por el oferente hasta el momento en que reciba la comunicación y se entere de su sentido.

Esta crítica tiene plena validez para el caso de la contratación por *beeper* o sistema busca-personas, ya que cabría la posibilidad de que el aceptante envíe su aceptación a la central de comunicaciones, la misma que puede haberla recibido, pero por las más diversas razones o circunstancias, no la transmita, situación que de acuerdo a la teoría de la expedición sería absolutamente irrelevante, ya que se consideraría celebrado el contrato al haberse expedido la respuesta, independientemente de si ésta llegó o no a destino (aparato receptor del usuario -oferente-).

1.3. Teoría de la recepción

Ante todo deberíamos señalar que en la contratación por *beeper* o sistema busca-personas se estima recibido el mensaje en el momento que éste llega a la central de comunicaciones, pues esta central constituye una intermediaria entre la persona que deja el mensaje (aceptan-

te) y el destinatario del mismo, usuario del sistema (oferente).

Esta situación debe quedar meridianamente clara, pues lo contrario implicaría plantear un supuesto de por sí distorsionado.

Como recordamos, se ha señalado en contra de la teoría de la recepción que si se celebra un contrato cuando exista la concurrencia de voluntades, no se percibe razón alguna por la cual la recepción de una comunicación, cuyo contenido es desconocido, es decir que puede consistir tanto en una aceptación como en un rechazo, pueda dar lugar a la celebración del contrato; señalándose además que la simple recepción no es uno de los elementos constitutivos del contrato.

Hemos manifestado oportunamente que esta objeción puede resultar válida en alguna medida. En lo que atañe a la contratación por *beeper* o sistema busca personas, puede decirse que cabe la posibilidad de que no coincidan los momentos en que se recibe el mensaje y en que se conoce su contenido. Como se sabe, cuando un mensaje llega al aparato receptor, éste emite un sonido agudo, el mismo que indica al usuario su llegada. Pero cabe la posibilidad, obviamente, de que el usuario se encuentre imposibilitado momentáneamente de tomar conocimiento del mensaje, o, simplemente, que no se preocupe de leer su contenido, vale decir, que lo ignore.

Como se recuerda, se ha criticado también a la teoría de la recepción por considerar que si lo que se busca mediante la misma es establecer una presunción de conocimiento, entonces cuál sería el sentido de buscar una

presunción tan frágil, teniendo en cuenta que la llegada de la comunicación es un hecho bastante difícil de probar.

Esta observación, que como hemos dicho fue pensada originalmente en razón de la contratación epistolar, resulta relativizada en lo que respecta a la contratación por *beeper* o sistema busca-personas, ya que pensamos resultaría factible probar, a través de la empresa que brinda el servicio, el hecho de que se envió el mensaje en cuestión, además de acreditar su contenido.

Como sabemos, otra de las críticas que se formula a la teoría de la recepción manifiesta que si lo que se busca mediante ella es tener la seguridad de que el aceptante no pueda variar su aceptación, entonces, cómo es que se hace descansar todo el tema del consentimiento en un hecho tan extraño al acuerdo de voluntades como es el adecuado funcionamiento del medio de comunicación empleado.

Respecto de este punto, debemos manifestar similares términos que aquellos que sostuvimos en nuestro análisis de la contratación por teléfono y facsímil, en el sentido que en todas aquellas oportunidades que se utilice un medio de comunicación para efectos de contratar, necesariamente tendrá que contarse con el adecuado funcionamiento de este medio de comunicación, ya que en el supuesto contrario no resultaría posible que se llegue a celebrar el contrato.

1.4. Teoría de la cognición

Si aplicamos los términos de la teoría de la cognición a la contratación por *beeper* o sistema busca-personas,

deberíamos decir que el contrato se considerará celebrado en el momento que el usuario (oferente) lea el contenido del mensaje que aparece en su aparato receptor.

Como se recuerda, el primer argumento crítico a esta teoría es aquel que sostiene que la misma promueve la configuración de una especie de círculo vicioso, al requerir una sucesión de conocimientos de las declaraciones efectuadas por la contraparte.

Esta crítica, en principio, resultaría de aplicación a la contratación por *beeper* o sistema busca-personas, pero para rebatir los alcances de la misma, tendríamos que recordar los argumentos que sustentamos en nuestro análisis de la contratación por teléfono y facsímil, razón por la cual no vamos a expresar nada más sobre el particular.

Debemos recordar también que se señala en contra de la teoría de la cognición el hecho de que propicia el fraude, ya que permite que si el oferente ha cambiado de opinión, en el sentido de no desear ya la celebración del contrato, entonces resultará posible que dicho oferente decida no conocer el contenido del mensaje recibido, o, tomando conocimiento de él, opte por negar su recepción y contenido, razones por las cuales se podría sostener que se estaría colocando al aceptante en una posición desventajosa.

Respecto de esta crítica podríamos señalar que la misma no resulta ajena a la contratación por *beeper* o sistema busca-personas, pero también podemos decir que los riesgos de que se presente una situación de esta naturaleza no son mayores que aquellos que analizamos

con motivo de nuestro estudio de la contratación por teléfono y facsímil, de manera tal que nos remitimos a esos puntos en lo que respecta a nuestros argumentos en pro de los beneficios de esta teoría.

Finalmente, debemos recordar que también se sostiene en contra de la teoría de la cognición el hecho de que ésta resulta ilógica, a la vez que basada en principios falsos, ya que quien ofrece a otro la celebración de un contrato, acepta por anticipado que si el destinatario está de acuerdo con él, se celebrará el mismo, estando demás cualquier acto adicional.

Respecto a esta crítica hacemos de entera aplicación los argumentos que sostuvimos con ocasión de nuestro análisis de la contratación por teléfono y por facsímil.

2. Plazo para aceptar

Iniciando nuestro estudio de la oportunidad para aceptar en los contratos celebrados por *beeper*, debemos tener en consideración algunos aspectos:

- a) Estamos ante una modalidad contractual en la cual las partes no se encuentran en comunicación inmediata;
- b) La propuesta venida del oferente es dejada en una central desde la cual es enviada al aparato receptor del destinatario;
- c) La oferta puede o no incluir un plazo para responder, pero dada la naturaleza de estos contratos, siempre mediará un término razonable para que la aceptación sea conocida por el oferente; y

d) Dado que la oferta es hecha a través de un *beeper*, la forma para aceptar —a fin de facilitar el tráfico— deberá ser recurriendo al mismo medio de comunicación utilizado por el oferente o a uno más rápido.

Para efectos de nuestro análisis, tomaremos como supuesto el hecho de que tanto oferente como aceptante sólo se puedan comunicar vía *beeper*, vale decir que ambos cuenten con el servicio del sistema busca-personas.

Así, puede suceder que el oferente, al dejar el mensaje en la central, no indique un plazo dentro del cual deberá el destinatario de la oferta dar conocimiento de su respuesta.

En ese sentido éste podría responder en cualquier momento, no estando obligado a hacerlo en los minutos siguientes de haber recibido el mensaje.

Si, por el contrario, el oferente, al dejar el mensaje en la central, precisa que la oferta debe ser aceptada de inmediato, el destinatario de la misma deberá responder a tal pretensión tan pronto como reciba el mensaje y reflexione sobre el mismo; llamará a la central, dejará su mensaje y éste será enviado al aparato receptor del oferente.

El lapso que medie entre una y otra declaración y su puesta en conocimiento a cada una de las partes, dependerá de la eficacia de la empresa que presta el servicio.

Respecto a aquel supuesto contemplado en la estructura de nuestro análisis de este punto, en el cual una aceptación tardía ocasiona la caducidad de la oferta y por tanto constituya un obstáculo a la celebración del

contrato, nos debemos preguntar ¿hasta qué punto se puede considerar una aceptación tardía en un contrato celebrado por *beeper*?

Nuestra pregunta va en el sentido de que en ciertos casos, y dependiendo de la eficacia de la empresa que preste este servicio (si utiliza el satélite o las microondas para enviar los mensajes), una aceptación puede ser enviada oportunamente –faltando, por ejemplo, media hora para que venza el plazo–, pero sin embargo, la empresa recién envía el mensaje pasada esa media hora, llegando a conocimiento del oferente –obviamente– en forma tardía.

A simple vista, esta situación llevaría a colocar al aceptante en una posición desventajosa. Pero no es así, ya que tanto oferente como aceptante, usuarios del servicio busca-personas, conocen anteladamente las circunstancias, ventajas e inconvenientes que pudiesen presentarse; y en ese sentido el destinatario de la oferta debe considerar –oportuna y diligentemente– las medidas del caso para asegurar que su respuesta llegue al aparato receptor del oferente dentro del plazo señalado. Sin embargo, y tal como lo señalamos anteriormente, podría discutirse si debiera –en teoría– considerar de que los mensajes son recibidos en el momento que son dejados en la central del sistema de busca-personas, razón por la cual y siempre dentro del plano teórico, carecería de relevancia si los mismos son retransmitidos con dilación, en tanto la central los haya recibido dentro del plazo establecido por las partes.

Mantenemos nuestros comentarios vertidos al estudiar los contratos concertados por teléfono, respecto al

punto en el cual el aceptante hace llegar al oferente una manifestación fuera del plazo establecido, pero la misma no contiene en sí una respuesta a su oferta, sino una nueva oferta, pero en iguales términos que la primera; destinada a la celebración de un nuevo contrato idéntico al propuesto originalmente.

Respecto al supuesto en el cual un mensaje enviado por el aceptante dentro del plazo que le señalara el oferente, pero debido a ciertas circunstancias dicho mensaje sea conocido por el oferente de modo tardío, podemos precisar que si aplicásemos el artículo 1374 del Código Civil peruano a la hipótesis planteada, tendríamos que la aceptación se consideraría conocida en el momento en el cual llegara al aparato receptor del oferente, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla (que su aparato receptor se haya averiado o él no se encuentre cerca al mismo).

En estas circunstancias no se celebraría el contrato, toda vez que éste se concertaría en el momento en que el oferente leyera el contenido del mensaje que aparece en su aparato receptor.

En ese mismo sentido van nuestras apreciaciones relativas a la hipótesis en la cual, tanto la aceptación como el conocimiento de ésta por parte del oferente, sean tardíos.

3. Inicio de ejecución sin respuesta previa

Si tomamos el supuesto que indicáramos inicialmente, en donde tanto oferente como aceptante sólo se pue-

dan comunicar vía *beeper*, vale decir que ambos cuentan con el servicio de este sistema busca-personas, en donde las declaraciones de ambos (oferta y aceptación) sólo llegarán a conocimiento del otro a través de este medio, no podríamos concebir un estado de ejecución de la prestación sin respuesta previa.

Mantenemos así la línea de los comentarios efectuados dentro de esta parte de nuestro trabajo.

Sin embargo, cabría hacer una salvedad en el sentido que dependerá del tipo de contrato que se celebre y de la prestación que corresponda al aceptante, para que se pueda presentar la figura del comportamiento concluyente en estos casos, como sería el supuesto de un contrato de prestación de servicios entre ausentes, figura contemplada por el artículo 1758 del Código Civil peruano.

4. El silencio circunstanciado

Aplicando el precepto contemplado por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil peruano y tomando las expresiones de Manuel de la Puente⁽¹⁾, no podría concederse valor al silencio circunstanciado en situaciones distintas a las contempladas en el artículo 1381 del mismo cuerpo legal, aun cuando pudiera efectuarse una interpretación extensiva de dicha norma.

En ese caso, en un contrato celebrado entre partes que sólo pueden comunicarse por *beeper*, el contrato quedará concluido sólo a través de dicho medio, no ha-

1 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. 1ª parte, t. II, p. 346.

ciéndose presente ninguna de las «determinadas circunstancias» a las que se refiere el artículo 1381 del Código Civil peruano, frustrando, de este modo, la presencia de un silencio cualificado o circunstanciado.

5. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente

Dependiendo de si las obligaciones originadas por el contrato son *intuitu personae*, que las prestaciones sean infungibles y la decisión del destinatario sea «conservar» el contrato, la oferta dejada en una central y luego enviada al aparato receptor del destinatario, se mantendrá vigente aun cuando el oferente fallezca o devenga en incapaz, y de esa manera celebrará el contrato, obligando a los herederos o representantes legales del oferente frente al aceptante.

Es esa la línea trazada por el artículo 1383, cuyos efectos —como se aprecia— también son de aplicación a estos contratos.

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

Es destinatario de la oferta —en los contratos celebrados por *beeper*— quien tan solo recibe la propuesta del oferente a través de su aparato receptor y, en ese sentido, la muerte o incapacidad sobreviniente de éste frustra la formación de una voluntad común, produciendo, antes que ello, la caducidad o ineficacia de la oferta.

7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta

Una oferta no obligatoria —en los contratos estudiados en esta parte de nuestro trabajo— sería aquella en la

cual el oferente, al dejar su mensaje en la central, para ser enviado al aparato receptor del destinatario, le indicase que podrá revocar su oferta en cualquier momento mientras no reciba su respuesta.

Como también podría ocurrir que el oferente, luego de enviado el mensaje con la oferta, haga una inmediata comunicación, que llegue simultáneamente o antes que la oferta, en el sentido que podrá retirarla antes de que sea aceptada.

8. Supuestos de caducidad de la oferta

Como se sabe, la contratación por *beeper* no es una que se produzca entre personas que se encuentran en comunicación inmediata.

Por esta razón no resulta aplicable a este modo de contratar lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1385 del Código Civil, en el sentido 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.

Sí resulta pertinente, en cambio, lo dispuesto por el inciso 2 del referido numeral, precepto que establece que se produce la caducidad de la oferta 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.

De acuerdo al medio de comunicación que nos encontramos estudiando, podría considerarse caduca la oferta

si luego de llegada al aparato receptor del destinatario, éste no contestara dentro de un plazo razonable, el mismo que debería comprender, tanto un lapso pertinente de reflexión sobre la misma, como el contestar empleando el mismo medio de comunicación (lo que equivale a decir que se deje la aceptación en una central de sistema busca-personas, para que sea retransmitida al oferente) o que se transmita por un medio más rápido y eficaz, el mismo que permita que dicha respuesta llegue a destino dentro del plazo previsto por la ley.

Finalmente, como se recuerda, el Código Civil peruano establece en el inciso 3 del artículo 1385, el supuesto de caducidad de la oferta, si antes de que se reciba o simultáneamente con ella llegase a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

En la eventualidad de que nos encontremos frente a una empresa que brinde el servicio de busca-personas de manera inmediata, vale decir, que transmita los mensajes acto seguido de haberlos recibido, y en la eventualidad de que esos mensajes lleguen a destino de manera instantánea, y considerando también que la persona que los recibe se encuentre en aptitud legal de conocerlos en el acto, sería muy difícil para el oferente retractarse de la oferta formulada, ya que para tal efecto debería emplear un medio más rápido que el utilizado (en este caso, el *beeper*).

Podríamos imaginar que dicho oferente empleara, para retractarse de su oferta, la comunicación telefónica directa, pero ello carecería de sentido en la mayoría de casos, en la medida que lo más probable sea que se haya recurrido a la comunicación por *beeper*, precisamente,

debido a la dificultad que se le planteaba para ubicar al destinatario de la oferta en una línea telefónica directa.

Pero, siempre dentro del terreno de las hipótesis, podríamos señalar que en la eventualidad –como de hecho ocurre con algunas empresas– de que el servicio de *beeper* no transmita de manera inmediata los mensajes recibidos, el oferente gozaría de un tiempo adicional para poderse retractar de la oferta, empleando un medio de comunicación más rápido, siempre y cuando tenga alguno a su disposición.

9. Supuestos de inexistencia de la aceptación

Como sabemos, 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.

Debemos hacer de aplicación a este punto, *mutatis mutandis*, los comentarios que efectuáramos con ocasión del análisis del inciso 3 del artículo 1385, aplicado a la comunicación por vía facsimilar.

CONTRATOS CELEBRADOS CON LA INTERMEDIACIÓN DE COMPUTADORES PROGRAMADOS ALGORÍTMICAMENTE PARA REALIZAR LA CONTRATACIÓN

COMO HEMOS SEÑALADO en la segunda parte del presente trabajo, los contratos celebrados con la intermediación de computadores programados algorítmicamente, se verifican, generalmente, a través de las máquinas de expendio automático de bienes o servicios, dentro de las cuales podemos mencionar a aquéllas de venta de gaseosas, bebidas alcohólicas, golosinas, bebidas calientes, cigarrillos, periódicos y revistas, tarjetas para hacer llamadas telefónicas, etc.; así como también los teléfonos públicos, aparatos tragamonedas, etc.

Tales contratos podrían ubicarse dentro de los denominados por la doctrina como «contratos de hecho» o «conductas sociales típicas», pues evidentemente el hacer uso de tales máquinas para la obtención de dichos bienes o servicios no constituye un caso de ausencia de voluntad, sino una declaración *sui generis* de voluntad, ya que se configura como una voluntad presunta de las

personas, la misma que sólo se manifiesta mediante el hecho de la utilización de tales máquinas de uso masivo.

Así, Haupt⁽¹⁾, al referirse a las «relaciones contractuales de hecho» como «aquellas que establecen una relación jurídica igual a la creada por un contrato, pero que no emanan de una voluntad de contratar sino de unos hechos a los que socialmente se les atribuyen esas consecuencias», manifiesta que tales relaciones pueden provenir de tres situaciones distintas: a) del mero hecho de entrar en contacto las personas con el fin de entablar entre ellas negociaciones; b) de contratos de hecho ineficaces, como la sociedad de hecho o el contrato de trabajo de hecho; y c) de prestaciones del tráfico de masas, en las que las obligaciones surgen del hecho de realizar un determinado comportamiento, sin previa declaración de voluntad.

En ese orden de ideas, el artículo 141 del Código Civil peruano dispone que la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

Es, pues, el comportamiento una manera tácita de declarar la voluntad. Ello determina, por ejemplo, que el comportamiento de una empresa, al poner a disposición del público sus máquinas de expendio automático, constituya, según el sistema peruano, una declaración de vo-

1 Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., 1ª parte, t. III, p. 169.

luntad destinada a formular una oferta al público; a la que corresponde el comportamiento de las personas usuarias, de disponer y/o utilizar dichas máquinas.

De esta manera se celebran los contratos.

De ello que se infiere que en los contratos concertados con la intermediación de computadores programados algorítmicamente, se tienen dos figuras jurídicas: a) una oferta al público, representada por el hecho de ciertas personas (empresas) de poner a disposición del público (una generalidad de terceros) las máquinas de expendio automático que ofrecen una serie de bienes y servicios; b) un contrato de hecho (o conducta social típica), reconocido a través del comportamiento puro y simple de los terceros usuarios, que como establece Betti⁽²⁾, no se constituye como un «indicio» de una voluntad que es susceptible de ser comprobada por otros medios, sino es, más bien, una expresión objetiva de esa voluntad.

Sin lugar a dudas, los aparatos automáticos o máquinas de expendio de bienes o servicios, están considerados como uno de los medios empleados con mayor frecuencia en la formulación de ofertas al público, debiendo proporcionar la información de manera completa, manifestar (expresa o tácitamente) la intención de contratar, que tales máquinas sean aptas para ser conocidas por el público al que están dirigidas y que contengan la identificación del oferente.

1. Teorías que rigen la formación del consentimiento

A continuación estudiaremos las múltiples situacio-

2 Citado por DE LA PUENTE, Manuel. Op. cit., 1ª parte, t. I, p. 342.

nes que se presentan en los contratos celebrados con intermediación de computadores programados algorítmicamente para tal efecto.

Para ello, abordaremos el tema analizándolo en relación a cada una de las teorías que fundamentan la formación del consentimiento.

La primera pregunta que tenemos que formular es si cuando nos encontramos ante un contrato celebrado por una persona con la intermediación de computadores programados algorítmicamente, hay comunicación inmediata.

De acuerdo al concepto que hemos asumido en páginas anteriores acerca de lo que significa la comunicación inmediata, tendríamos que concluir en que nos encontramos ante ese supuesto, ya que el usuario de la máquina puede esperar de la misma, de manera directa e inmediata, las respuestas para las cuales ha sido programada. Adicionalmente, cuando el usuario manifieste su voluntad respecto de la máquina, en el sentido de utilizar los bienes o servicios que ella brinda, deberá producirse una reacción de la computadora aceptando o rechazando la oferta formulada por el eventual usuario, ya que como hemos dicho oportunamente, se trata de una oferta al público, en la que el usuario se convierte en oferente y la empresa a cargo de la máquina resulta ser el destinatario de la oferta o eventual aceptante.

Es lógico suponer que en la contratación con máquinas de este tipo nos encontramos frente a una invitación a ofrecer, y no ante una oferta propiamente dicha, ya que dentro del régimen legal peruano la oferta obliga al oferente durante el plazo de duración de la misma; y

justamente porque se trata de productos o servicios contenidos en número limitado dentro de estas máquinas (es decir que hay un *stock* determinado), sería ilógico pensar que la empresa a cargo de las máquinas estuviese obligada a contratar con todas las personas que deseen obtener dichos bienes o servicios, por la sencilla razón de que llegado el momento en que se acabe el *stock* no podrían satisfacer las futuras operaciones que deseen celebrar los eventuales usuarios.

Es así que el análisis del funcionamiento de las cuatro teorías relativas a la formación del consentimiento debería darse en función de estas consideraciones, vale decir, invirtiendo el esquema que hemos venido manejando hasta estos momentos, entendiendo al usuario como oferente y a la empresa que tiene a su cargo la máquina, como destinatario de dicha oferta y eventual aceptante.

En función de esta circunstancia, al analizar las mencionadas teorías, no lo haremos respecto de la aceptación, la misma que es dada por la empresa contratante, a través de la máquina automática o computarizada, sino en relación a la declaración del usuario u oferente, ya que el supuesto contrario sería de escaso interés.

1.1. Teoría de la declaración

Se podría criticar a esta teoría el hecho de que si se aplicase, el usuario, a pesar de haber declarado aceptar, podría arrepentirse y expedir una declaración diversa a la original.

Como la teoría de la declaración sólo pasa por el hecho de que el usuario declare que acepta la invitación a

ofrecer, vale decir, que se decide a ofrecer, esta decisión, que pasaría por declarar en tal sentido, sería el paso previo a remitir dicha declaración a la máquina, situación o etapa en la que, naturalmente, el usuario estaría en capacidad de retractarse y expedir una declaración distinta, o, simplemente, no expedir declaración alguna.

Si se tomase como teoría válida para la formación del consentimiento a aquella de la declaración, la empresa a cargo de la máquina habría recibido una oferta, sin siquiera tener el menor conocimiento de tal situación, en la medida que la máquina no habría recibido señal alguna al respecto.

Resulta evidente también, en lo referente a la teoría de la declaración, que el usuario conservaría en su poder la posibilidad de variar, anular o hacer inexistente su declaración por la que ofrecía a la empresa (a través de la máquina) celebrar el contrato.

Esta situación haría que se verifique aquella crítica que hace la doctrina en el sentido que el usuario conservaría en su poder la facultad de revocar su oferta, ya que la misma ni siquiera ha sido expedida hacia el eventual destinatario.

1.2. Teoría de la expedición

En lo que respecta a esta teoría debemos señalar que el usuario expide su declaración de voluntad cuando presiona los botones de la máquina computarizada, con la intención de ofrecer a la empresa a cargo de ésta la celebración de un contrato en relación al bien o servicio de que se trate.

Como se recuerda, una de las observaciones que comúnmente se hace a la teoría de la expedición es que facilita el arrepentimiento y la revocación —en este caso, de la oferta—.

Sin embargo, consideramos que esta observación no sería aplicable a la contratación celebrada a través de máquinas de expendio automático de bienes o servicios, ya que cuando el usuario presiona los botones correspondientes de las mismas, con el propósito de enviar alguna orden a la máquina, prácticamente sería imposible que diera una contraorden.

Lo más probable será que simple y llanamente dicha orden lleve casi instantáneamente a la máquina y —por lo tanto— en este mismo instante se habría celebrado el contrato.

Otra observación que se formula a la teoría de la expedición sostiene que si bien el oferente demuestra su voluntad de concertar el contrato, tal demostración no tendría valor alguno, por cuanto dicho oferente podría retirar la oferta —incluso— luego de haberla expedido.

No obstante lo anotado por la doctrina, en lo que respecta a la contratación por intermedio de máquinas, una situación de esta naturaleza resultaría prácticamente impensable, en la medida que no se concibe la posibilidad —en la inmensa mayoría de estos aparatos— de que el usuario de los mismos —negando haber presionado los botones pertinentes— se retracte de su oferta, retirándola. Simplemente ello no sería factible, a lo que se agrega el importante argumento de que dicho usuario ya depositó su dinero en la máquina, situación que agra-

varía su estado, en la medida que su arrepentimiento no tendría ningún efecto, puesto que la máquina va —de todas maneras— a brindar el servicio requerido (en caso de estar en aptitud de hacerlo).

En pocas palabras, queremos decir que en relación a estas máquinas no cabe arrepentimiento.

Sin embargo, estimamos existe un supuesto de excepción. Es el caso de los teléfonos públicos, en la medida que en estos aparatos sí cabe arrepentimiento, dada su naturaleza de servicio medido, siempre y cuando no se haya comenzado a utilizar dicho servicio. De haberse comenzado su utilización, ya no cabría arrepentimiento sobre la celebración del contrato, pues éste ya se habría celebrado. Lo que podría ocurrir sería que la máquina devolviese —de ser el caso— la cantidad de dinero que no hubiera sido utilizada por el cliente; o, de ser teléfonos accionados por tarjeta, se descontarán de la tarjeta los segundos o minutos que se hubiesen utilizado de la misma.

Por lo menos hoy en nuestro país, estas son las únicas máquinas de expendio de bienes o servicios, de uso público, que proceden de este modo.

Por otra parte, debemos recordar que también se ha manifestado que la teoría de la expedición facilita el fraude, no sólo por cuanto el oferente puede retirar su oferta y conservar la constancia de haberla expedido, sino también porque sería muy fácil acreditar el envío de una comunicación, mas no de su contenido, de manera tal que la pérdida de la comunicación podría permitir al oferente faltar a la verdad en relación a su verdadero

tenor, manifestando que su comunicación contenía una respuesta diversa.

Estimamos que esta crítica que se formula a la teoría bajo análisis no resulta aplicable a la contratación por medio de máquinas de expendio automático de bienes o servicios, en la medida que aquí el usuario se encuentra en una situación en la que no puede engañar —en lo absoluto— a nadie, pues la máquina habrá recibido sus indicaciones (oferta) y la misma procederá en función —precisamente— de esas indicaciones.

Así las cosas, resulta obvio que el usuario no tiene la menor posibilidad de mentir o tergiversar el verdadero tenor de la comunicación expedida a la máquina.

Finalmente, se critica a la teoría de la expedición el hecho de que la oferta quedaría ignorada por el destinatario de la misma hasta el momento en que reciba la comunicación y se entere de su sentido.

Pensamos que esta observación tiene escasa validez en la contratación por medio de máquinas de expendio automático, en función a que el único supuesto en el que sería aplicable es aquel en el cual el destinatario de la oferta, por alguna causa, se encuentre imposibilitado de comprender el sentido de la oferta formulada por el oferente, caso en el cual, de acuerdo a la teoría de la expedición, se daría el supuesto en que se habría formulado una oferta válida, sin que el destinatario de la misma la haya conocido.

Pero también podría presentarse el supuesto en el cual el destinatario de la oferta no la reciba, porque

exista algún desperfecto en la máquina automática, que impida que aquélla llegue a destino. De conformidad con la teoría de la expedición, se habría formulado una oferta contractual válida, a pesar de que dicha oferta no hubiese sido recibida por la máquina a la que estaba destinada (destinatario de la oferta).

Sin embargo, debemos señalar que una situación de esta naturaleza no dejaría de ser excepcional, en la medida que si tenemos en cuenta las características y los avances tecnológicos de las máquinas modernas de expendio automático de bienes o servicios, en la casi generalidad de los casos, el momento de la formulación de la oferta coincidirá con el de su recepción por parte del destinatario de la misma.

1.3. Teoría de la recepción

Recordaremos que de acuerdo a la teoría de la recepción la oferta se considera efectuada con su llegada al domicilio del destinatario de la misma, aunque éste se encuentre en la imposibilidad de conocer el contenido de la comunicación.

En el caso de la contratación a través de máquinas automáticas de expendio de bienes o servicios, se considerará recibida la oferta en el momento que ésta llegue a la máquina.

¿Y cuándo llega a la máquina?

Pues sencillamente en el momento en que el usuario presiona los botones de la misma, estando esta máquina prendida y en adecuado funcionamiento.

Como puede verse, en el caso de las máquinas de expendio automático de bienes o servicios, el momento de la recepción coincidirá –por lo general– con el momento de la expedición, punto que ya fue abordado por nosotros en su oportunidad.

1.4. Teoría de la cognición

Esta teoría sostiene –como se sabe– que para la formación del consentimiento es imprescindible que las partes conozcan que sus voluntades concuerdan. Queda, pues, celebrado el contrato en el instante en que el oferente conozca que el aceptante se ha manifestado en sentido afirmativo a su propuesta.

Al exigirse que el oferente conozca la aceptación del destinatario para la formación del contrato, con la misma razón –dice la doctrina– debería exigirse que el destinatario conozca también que el oferente tuvo conocimiento de su aceptación, lo que llevaría a constituir un círculo vicioso en el que no se aprecia claramente quién es el último en tener que estar informado de la manifestación emitida por el otro.

Aplicando esta observación al tipo contractual bajo estudio, podemos precisar que resulta difícil que dicho círculo vicioso se configure, toda vez que la oferta emitida por el usuario al poner en ejercicio la máquina, recibe de ésta una respuesta (aceptación) de manera automática, tal como fue programada.

Respecto a la observación que hace la doctrina en el sentido que la teoría de la cognición favorece el fraude, pues el oferente, obligado irrevocablemente a su decla-

ración, puede variar su opinión y no interesarle ya la formación del contrato que ha propuesto al destinatario, demorando —con intención— el tomar conocimiento de la aceptación, o simplemente negase saberlo, lo que colocaría al aceptante en una situación desventajosa, podemos señalar que tal situación no resulta probable se presente en la contratación con máquinas de expendio o servicio automático, pues una vez emitida la oferta del usuario, al insertar sus fichas o monedas en las máquinas, no hay posibilidad de cambio ni demora considerable en tomar conocimiento de la aceptación, ya que automáticamente obtiene el servicio o bien que desea.

Sin embargo, cabe acotar que tratándose de teléfonos públicos sí resulta posible que el usuario (oferente) cambie de opinión y ya no desee el servicio, pudiendo retractarse, presionando el botón pertinente para recuperar sus fichas, monedas o tarjeta.

Pero cabría formular una pregunta: ¿hasta qué punto se puede hablar de una posición desventajosa del eventual destinatario, si precisamente tales máquinas —los teléfonos públicos— están programadas algorítmicamente para emitir esa respuesta, formando parte del servicio que prestan?

Se ha dicho, además, que la teoría de la cognición es ilógica y que se basa en principios no verdaderos, pues se expone que quien ofrece a otro celebrar un contrato, acepta anticipadamente que si el destinatario está de acuerdo con él, se formará el contrato; siendo esto lo único que él busca. Así, la doctrina discute que el contrato no se celebra con el encuentro material de los sig-

nos que manifiestan el consentimiento, pues ello importaría volver a los formalismos romanos.

Sin intención de desvalorizar esta crítica, consideramos que la teoría de la cognición, aplicada a los contratos con intervención de computadores programados algorítmicamente, no resulta carente de lógica, sino, por el contrario, la que mejor se adecúa para la formación de actos concertados por medio de estos computadores, dado que el requisito exigido por dicha teoría (el conocimiento de la aceptación por parte del oferente) para la formación del contrato, se efectúa sin demora y sin riesgos de que no se conozca oportunamente la aceptación del eventual destinatario.

2. Plazo para aceptar

El esquema seguido hasta ahora respecto al plazo para aceptar, varía al analizar los contratos celebrados a través de máquinas de expendio automático, porque estamos ante conductas sociales típicas que emanan de una invitación a ofrecer, considerándose —como se sabe— oferentes a quienes acceden a la invitación y destinatario a la empresa proponente.

Aplicando tal pauta al contrato que nos atañe, serían oferentes los terceros usuarios que se apersonaran frente a las máquinas para obtener de ellas el bien o servicio; en tanto que las empresas propietarias de las máquinas se constituirían en eventuales aceptantes.

En ese orden de ideas, al responder las máquinas al requerimiento de los oferentes —despachando el bien o servicio solicitado—, este hecho no constituye, en ningún

caso, una ausencia de voluntad, sino que —por el contrario— estaríamos ante una declaración de voluntad *sui generis*, ya que precisamente fueron programadas para expedir tales «respuestas».

Nos encontramos, pues, ante una aceptación tácita excepcional, en tanto que atendiendo a la naturaleza de la operación, la prestación a cargo del aceptante —a través de las máquinas programadas algorítmicamente— se ejecuta sin respuesta común previa, vale decir sin dilación, quedando celebrado el contrato en el mismo instante en que la máquina expide el bien o pone el servicio a disposición del usuario.

Cabe aquí formular un cuestionamiento en el sentido de si éste es un caso de comportamiento concluyente o uno de silencio circunstanciado.

Es el artículo 1381 del Código Civil peruano el que recoge la figura del silencio circunstanciado o cualificado, según el cual —como precisa Manuel de la Puente y Lavalle⁽³⁾, en ciertas circunstancias idóneas de hecho, que son perceptibles por el destinatario, el silencio de éste debe reputarse como aceptación.

Con el propósito de responder a nuestra pregunta, cabría hacer la distinción entre el silencio circunstanciado y el comportamiento concluyente. Este último no es una omisión, sino una actuación constituida por la ejecución de la prestación; el destinatario de la oferta actúa positivamente de determinada manera, aunque ella no sea una declaración normal de aceptación, pero su compor-

3 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op.cit., 1ª parte, t. II, p. 344.

tamiento es entendido legalmente como una aceptación. En el silencio circunstanciado el destinatario de la oferta no actúa, permanece silencioso, a pesar lo cual esta falta de comportamiento tiene un significado jurídico positivo, que equivale al asentimiento.

Nótese, pues, que en el silencio circunstanciado se aprecia una falta de comportamiento, detalle que sí está presente en las máquinas de expendio o de servicio automático que entran «en acción» ante la solicitud del oferente. En ese sentido, la contratación concertada a través de computadores programados algorítmicamente es un caso de comportamiento concluyente, ya que los preceptos requeridos por el artículo 1380 del Código Civil peruano calzan, en su mayoría, en esta modalidad contractual. Nos explicamos: a) estamos ante un contrato donde el inicio de la ejecución da lugar a su celebración; b) ello resulta de la naturaleza de la operación o porque así lo reconocen los usos; c) no existe una declaración normal de aceptación, pero la «acción» de la máquina es entendida jurídicamente como una aceptación.

Respecto del aviso que debe dar, prontamente, el aceptante al oferente del inicio de la ejecución, quedando obligado —en su defecto— a la indemnización de daños y perjuicios (carga impuesta por la última parte del citado artículo 1380 del Código Civil peruano), consideramos que aquél no influye en la celebración del contrato, pues ésta se produce plenamente con el inicio de ejecución de la prestación para la cual está programada la máquina; aviso que sólo da lugar al resarcimiento de daños y perjuicios.

Además debemos considerar la precisión hecha por la

doctrina en el sentido que el supuesto contemplado por el artículo 1380 del Código Civil peruano no sólo cobra vigencia cuando estamos ante contratos que se celebran con falta de comunicación inmediata, sino que además se deben presentar los demás preceptos antes señalados y aplicados al contrato que nos ocupa en esta parte de nuestro estudio.

De lo expuesto podemos denotar que en los contratos celebrados con la intermediación de computadores programados algorítmicamente no cabe tal aviso del inicio de ejecución, ya que en primer lugar estamos ante un contrato en donde las partes tienen una comunicación instantánea y, hablando en estricto, dichas «partes» están representadas por una persona y por una máquina programada algorítmicamente para la contratación, resultando ilógico el aviso de la máquina de expendio, el mismo que, dada la situación, pone en conocimiento del oferente su respuesta de modo instantáneo.

Podemos concluir que en los contratos concertados con la intermediación de computadores programados algorítmicamente para tal fin, el lapso que media entre la declaración del oferente y la del aceptante es sólo cuestión de segundos (lo que le tome a la máquina —según fue programada— expedir el bien o servicio requerido).

3. Inicio de ejecución sin respuesta previa

En los contratos celebrados a través de máquinas de expendio automático de bienes o servicios, se presenta con total claridad la figura del comportamiento concluyente, según lo explicáramos al analizar el plazo para aceptar, al abordar este tipo de contratos.

De ese modo mantenemos la línea de nuestras apreciaciones vertidas al respecto, en el sentido de que al entrar en acción estas máquinas —expidiendo el bien requerido por el oferente o poniendo a disposición de éste el servicio—, esta conducta se constituye, aunque de manera anómala, en una declaración de aceptación a la propuesta, según el sentido del artículo 1380 del Código Civil peruano.

4. El silencio circunstanciado

Las características que rodean a los contratos concertados a través de las máquinas de expendio automático de bienes o servicios, nos llevan —apresuradamente— a tildarlos como operaciones donde se configura un silencio circunstanciado.

Sin embargo, en un análisis destinado a establecer las diferencias entre la figura del comportamiento concluyente y la del silencio circunstanciado (tal como lo hiciéramos al tratar el punto relativo al plazo para aceptar), se modifica nuestra percepción del problema.

Sobre ese particular nos dice Sacco⁽⁴⁾ que «las dos figuras eran en un tiempo mezcladas dentro de la más amplia categoría de la declaración tácita de voluntad. La distinción entre ellas fue delineada por los autores de la segunda mitad del presente siglo, y hoy constituye un resultado admitido por la mejor doctrina, que tiene cuidado —sobre todo— de distinguir el silencio circunstanciado de la llamada actuación de voluntad o ejecución del contrato sin previa declaración».

4 Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., 1a parte, t. II, p. 345.

Claro está que los contratos celebrados a través de máquinas de expendio automático de bienes o servicios se concertan gracias a la invitación a ofrecer que se hace a través de las mismas y siempre hay una respuesta sin dilación a la oferta; pero el hecho de expedir el bien deseado por el oferente o poner el servicio a su disposición constituye un evidente actuar o comportamiento, mientras que en el silencio circunstanciado hay una ausencia de tal comportamiento, permaneciendo el aceptante silencioso e inmóvil.

Nos remitimos así, a lo que expresáramos al tratar el plazo para aceptar en relación a este tipo de contratos.

5. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente

Llegado este punto, pareciera que los caracteres de los contratos celebrados a través de máquinas de expendio automático de bienes o servicios, no correspondiesen al esquema trazado, tanto por la doctrina como por las normas sustantivas.

La propia situación de muerte o incapacidad sobreviniente del oferente, así como sus efectos, resultan —por obvias razones— de alguna manera distorsionados en estos casos.

Grafiquemos la situación.

Cierta persona o usuario se acerca a una máquina de expendio de bebidas gaseosas con el deseo de obtener de ella una Coca Cola; inserta su ficha o moneda requerida por la máquina y digita el código correspondiente a esta bebida. Mientras la máquina expendedora procesa la oferta —según fue programada—, el oferente sufre un

ataque cardíaco, el mismo que le causa una muerte instantánea; o un derrame cerebral, que lo vuelve incapaz absoluto.

En virtud de lo prescrito por el artículo 1383 del Código Civil, y en concordancia con los artículos 660 y 1218 del mismo cuerpo legal, la bebida expedida por la máquina, ya no pertenece más a la empresa aceptante. Ella corresponde a los herederos o representantes legales —según sea el caso— del oferente.

En estos casos, la ley peruana ha protegido la celebración del contrato gracias a la autonomía y a la obligatoriedad —en principio— de la oferta.

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

Ubiquemos al destinatario de la oferta en los contratos celebrados a través de las máquinas de expendio. El destinatario en este caso es la empresa o una persona individual propietaria o accionante de dichas máquinas.

Recordemos además que las máquinas fueron programadas con anticipación para que —al recibir una oferta— sean capaces de concluir contratos, expidiendo el bien o poniendo el servicio a disposición del oferente.

En ese sentido, tiene escasa o ninguna relevancia el hecho de la muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta, pues la voluntad de éste se encuentra ya reflejada en el actuar de las máquinas, las mismas que para ello han sido programadas.

La muerte o incapacidad del destinatario no produce

la caducidad de la oferta, pues el contrato queda celebrado pese a tales hechos.

El supuesto previsto por el numeral 1387 del Código Civil peruano, así como las posiciones hasta hoy vertidas por la doctrina en torno a esta situación, no encuentran aplicación estricta en esta modalidad contractual, fruto del avance de la tecnología.

7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta

No existe posibilidad de tornar una oferta, que en principio es obligatoria e irrevocable, en pasible de revocarse en cualquier momento; ello, teniendo en cuenta las características que encierran los contratos celebrados a través de máquinas de expendio automático de bienes o servicios.

Resultaría imposible hacer llegar la revocación de la oferta en cualquier momento, antes o simultáneamente a la propuesta, ya que ésta resulta eficaz por ser conocida por el oferente en cuestión de segundos, no siéndole factible a esta persona usar otro medio para hacer llegar dicha comunicación.

8. Supuestos de caducidad de la oferta

En virtud de lo establecido por el inciso 1 del artículo 1385 del Código Civil, 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.

Como hemos señalado, consideramos que en estos contratos existe comunicación inmediata.

Por tal razón, el citado inciso 1 del referido numeral les resultaría aplicable.

En cambio, no resulta de aplicación lo dispuesto por el inciso 2 del mencionado artículo 1385, norma en virtud de la cual 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.

Dada la naturaleza de las máquinas de expendio automático de bienes o servicios, y considerando que a través de las mismas las empresas que son sus propietarias, —en estricto derecho— no ofrecen nada, sino que, por el contrario, realizan una invitación a ofrecer, estaremos entonces en el supuesto que el usuario es el oferente, y éste ofrece, presionando los botones respectivos de la máquina, a través de los cuales indica en qué consiste su oferta.

Dentro de tal orden de ideas, podría considerarse que caduca una oferta formulada por el usuario, en la medida que la máquina no procese, de manera instantánea, el pedido, y expida el bien o brinde el servicio solicitado.

Finalmente, y como se recuerda, el inciso 3 del artículo 1385 establece que la oferta caduca si antes de que se reciba o simultáneamente con ella llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

En relación al inciso citado, podemos decir que el mismo no resulta aplicable al caso de las máquinas de expendio automático de bienes o servicios, en la medida

que, por lo general, en ellas no cabe retractación alguna, tal como fue analizado por nosotros al abordar el tema de las teorías que rigen la formación del consentimiento.

9. Supuestos de inexistencia de la aceptación

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

Estimamos, dada la naturaleza de estas máquinas, que la norma antes citada resultaría de imposible aplicación al tema sub-estudio, en la medida que, por la forma en que están programadas, dichas máquinas no son capaces de arrepentirse.

CONTRATOS CELEBRADOS EN EL SUPUESTO
QUE EL O LOS COMPUTADORES FUNCIONEN
CON DOS TERMINALES CONECTADOS ENTRE SÍ
A TRAVÉS DE UNA LÍNEA DE PUNTO A PUNTO,
EN DONDE LA COMUNICACIÓN ES RECIBIDA
POR UN OPERADOR



SUB-CAPÍTULO I

Que ambas partes se comuniquen
por teléfono

1. Teorías que rigen la formación del consentimiento

Como ha sido mencionado oportunamente, en este tipo de comunicación, caben dos posibilidades: que el usuario escriba un mensaje en su computadora, el mismo que letra por letra aparecerá en el otro terminal, o que el usuario transmita todo un *file* ya listo.

En relación al análisis de las teorías que rigen la formación del consentimiento, podríamos formularnos la interrogante de si en este tipo de contratación las partes se encuentran o no en comunicación inmediata.

Dada la naturaleza de este medio, las personas que accedan al mismo se encontrarán —sin lugar a dudas— en comunicación inmediata. Decimos esto, porque las computadoras de ambas se encontrarán conectadas por *modem* —a través de la línea telefónica— o por la red que se encuentren utilizando, de modo tal que lo que una parte transmita a la otra podrá ser conocido de inmediato; y esta situación será susceptible de presentarse en sentido inverso, lo que implica que ambas partes podrán transmitirse mensajes de manera sucesiva, los mismos que aparecerán en la pantalla de la computadora, tal como si ellas se encontraran conversando personal o telefónicamente.

1.1. Teoría de la declaración

Es evidente que resulta aplicable a la contratación bajo estudio la crítica que se suele formular a la teoría de la declaración, consistente en que el aceptante, a pesar de haber aceptado, puede arrepentirse. Esta observación resulta aplicable prácticamente a todos los medios de comunicación que se utilizan para contratar, en la medida que la declaración, consistente en un acto exteriorizable de manifestación de voluntad por parte del aceptante, no pasa por expedir dicha declaración hacia la contraparte, pues en ese caso ya nos encontraríamos ante una teoría distinta.

La declaración es algo así como un punto que se encuentra en la línea divisoria entre el fuero interno del sujeto y la exteriorización recepticia de dicha declaración; es un acto que puede encontrarse todavía dentro de la esfera de control del agente (aceptante). En esa

medida, podrá luego declarar algo distinto y enviar dicha declaración a su contraparte.

De ahí que si tomásemos a la teoría de la declaración como válida para la formación del consentimiento, en el medio de comunicación bajo estudio quien propone la oferta se encontraría vinculado contractualmente a su contraparte, sin siquiera conocer si ésta ha aceptado o no.

Como se ha expresado, al quedar dicha declaración en los dominios del aceptante, éste podría variarla, anularla o hacerla inexistente, quedando en sus manos la celebración y manejo del acto.

Es obvio que la crítica a la teoría de la declaración, en el sentido de que proporciona —en este medio de comunicación— derecho a arrepentirse y a revocar su aceptación, es cierta.

1.2. Teoría de la expedición

En lo concerniente a esta teoría, debemos señalar que se considerará expedida una aceptación en el momento que el aceptante dé la orden a su computadora de enviar dicho mensaje a la computadora de destino (aquella del oferente).

Como se recuerda, una de las críticas más frecuentes a la teoría de la expedición es que sostiene que facilita el arrepentimiento y que promueve la revocación de la aceptación, ya que el aceptante está en capacidad de utilizar un medio de comunicación más rápido que el empleado inicialmente.

En lo referente a la contratación por computadores conectados entre sí (en red o por *modem*) y accionados por personas, resulta sumamente difícil que se presente una situación de esta naturaleza, en la medida que no imaginamos la existencia de un medio de comunicación al que el aceptante, que ya expidió su respuesta, pueda recurrir para dejarla sin efecto, retractándose de un modo más rápido.

El medio de comunicación que nos encontramos estudiando, resulta ser el más rápido, en la medida que si son dos computadoras conectadas en red (sin teléfono de por medio), la comunicación llegará instantáneamente; y si se tratase de dos computadoras conectadas por *modem* a través de la línea telefónica, dicha comunicación también será inmediata, en la medida que —como lo hemos dicho reiteradamente a lo largo de este trabajo— este medio resulta ser, a pesar de su antigüedad, muy eficaz.

En este estado de cosas, el aceptante no podría retractarse de su aceptación, ya que su respuesta llegaría a destino antes de que la pudiese variar.

Otro argumento en contra de la teoría de la expedición es aquel que sostiene que si bien el aceptante demuestra su voluntad de celebrar el contrato, tal demostración no tendrá ningún valor, en la medida que dicho aceptante pueda retirarla aun después de expedida.

Consideramos, por nuestra parte, que esta crítica no tiene mayor transcendencia en lo que respecta al medio de comunicación que nos encontramos analizando, ya

que, como ha sido dicho, el aceptante no podría retirar su respuesta después de haberla enviado.

Igualmente se señala en contra de esta teoría que ella facilita el fraude, no solamente porque el aceptante puede retirar su aceptación y conservar la constancia de haberla expedido, sino también porque resultaría sumamente fácil acreditar el envío de una comunicación, mas no así su contenido, de modo tal que la pérdida de la comunicación puede permitir al aceptante mentir en relación al mismo, señalando que contenía un rechazo y no una aceptación.

Esta objeción, nacida respecto a la contratación epistolar, no tiene mayor aplicación dentro del medio de comunicación bajo estudio. Ocurre que resultaría casi imposible que se produzca el mencionado fraude, ya que no es factible que se verifique el retiro de la comunicación, toda vez que expedida seguirá su curso normal, llegando a destino de manera casi instantánea. Asimismo, quien envía una comunicación de computador a computador, al no poder retirarla una vez expedida, se verá imposibilitado de mentir respecto a su contenido, ya que el mismo será conocido de inmediato por el destinatario de la aceptación (oferente).

Finalizando las apreciaciones sobre esta teoría, sostiene la doctrina que la manifestación del aceptante queda sin ser conocida por el oferente, sino hasta el momento en que éste reciba la comunicación y se entere de su contenido.

Siguiendo los lineamientos que sustentáramos en lo referente a la contratación por teléfono, el único supues-

to en que sería de aplicación la crítica hecha por la doctrina, es aquel en el cual el destinatario de la aceptación, por alguna circunstancia –imputable o no a él– no esté en condiciones de escuchar o entender la respuesta emitida por el aceptante, situación a pesar de la cual, según la teoría de la expedición, ya se habría celebrado el contrato, sin que el oferente haya tenido conocimiento de la respuesta a su propuesta u oferta.

Podría suceder también que el oferente no pueda recibir la respuesta a consecuencia de un desperfecto existente en su computador. Así, de acuerdo a la teoría que nos ocupa, el contrato ya se habría concertado, a pesar de que la aceptación no llegó a destino.

1.3. Teoría de la recepción

Recordemos que según esta teoría el contrato se celebra con el arribo de la comunicación del aceptante al domicilio del oferente, aunque éste no se encuentre en su domicilio o esté imposibilitado de conocer el contenido de dicha comunicación.

Aplicando esta premisa a la contratación materia de análisis, podríamos decir que el momento de la recepción se constituiría cuando el mensaje enviado por el aceptante –a través de su computador– sea acogido por el computador del oferente, no teniendo relevancia, en la práctica, que tal mensaje sea escuchado o visualizado en la pantalla de éste. Importa, pues, para esta teoría, tan solo la admisión, acogida o recepción de la comunicación y no otra circunstancia adicional.

No concibe la doctrina que el simple hecho de recibir

una comunicación, cuyo contenido no se conoce y que puede contener tanto una afirmación como una negación, pueda dar lugar a la celebración del contrato, pues la simple recepción no es un elemento constitutivo del mismo.

Esta crítica resulta válida para la contratación por el medio de comunicación materia de estudio. Sin embargo, dado el hecho de que ambas computadoras se encuentran accionadas por personas, las mismas estarán en capacidad de conocer los mensajes inmediatamente después de su recepción.

Así, resulta obvio que al momento en que se reciban los mensajes en la computadora de destino (aquella del oferente), se considerará celebrado el contrato, ya que para la teoría de la recepción no tiene trascendencia si el mensaje recibido ha sido conocido o no, sino simple y llanamente el hecho de su recepción.

Ahora bien, será evidente que en la gran mayoría de casos, el destinatario de la aceptación (oferente) estará en capacidad de conocer la respuesta de manera inmediata, una vez que ésta llegue a su computadora, salvo aquellos supuestos en los cuales dicho oferente se encuentre en la imposibilidad (la misma que podría derivarse de las más variadas causas) de tomar conocimiento de dicha respuesta.

Adicionalmente se ha criticado a la teoría de la recepción al decirse que lo que se busca mediante ella es establecer una presunción de conocimiento (al presumirse que el destinatario conoce el contenido de la comunicación en el mismo instante en que la recibe), y entonces

aparentemente no tendría sentido buscar una presunción tan poco consistente, teniendo en cuenta que la llegada de la comunicación es un hecho nada fácil de demostrar.

Pensamos que esta crítica resulta válida a la contratación a través del medio de comunicación analizado, ya que en la práctica no resultará fácil acreditar el momento en el cual se produjo la llegada de la respuesta a la computadora de destino, pues tal situación no constará de manera alguna, hecha la salvedad de que, salvo que hubiese ocurrido algún desperfecto en la transmisión, el mensaje habría llegado acto seguido al momento en que fue transmitido.

En tercer lugar, se critica a la teoría de la recepción porque si lo que se busca con ella es contar con la seguridad de que el aceptante no pueda variar su aceptación, entonces surge el cuestionamiento de por qué hacer descansar toda la existencia del consentimiento en un hecho tan extraño al acuerdo de voluntades como es la regularidad del medio de comunicación empleado.

Nuestros comentarios a esta crítica son los mismos que formulamos al analizar los medios de contratación antes tratados.

Finalmente, se dice en contra de la teoría de la recepción que no es cierto —en términos absolutos— que el aceptante no pueda variar su aceptación, ya que resulta posible imaginar el caso en el cual luego de recibida una respuesta llegada a la computadora de destino —la del oferente—, el aceptante logre retirar la comunicación del domicilio del oferente, antes de que éste la lea, razón

por la cual el aceptante podría, incluso dentro de esta teoría, modificar una aceptación por un rechazo.

Esta situación resulta factible de presentarse, aunque su ocurrencia, por razones obvias, será sumamente infrecuente. Para que ello se produzca será necesario que —ya sea por una manipulación directa o por un acceso desde otro computador a distancia— el aceptante pueda alterar el contenido de su respuesta dentro de la computadora del oferente.

Este tal vez sea el caso en que con mayores posibilidades de éxito el aceptante pueda recurrir a la alteración de la información proporcionada al oferente, en virtud de que cada día son más usuales los medios con que se cuenta para ingresar, a distancia, y por medio de la utilización de computadoras, a los archivos informáticos de otras personas.

Situaciones de esta naturaleza han motivado, incluso, reacciones en el campo del Derecho Penal, ya que estas hipótesis no se encontraban previstas dentro de las figuras delictivas clásicas.

De lo antes expresado, es fácil suponer que esta crítica a la teoría de la recepción resulta pertinente; pero todo ello tendría lugar, única y exclusivamente, en el supuesto que dichos actos puedan realizarse, como es obvio, antes de que el oferente conozca el contenido de la aceptación original.

Sin embargo, la teoría de la recepción únicamente toma en cuenta el momento en que la aceptación llega a destino, no interesando —en medida alguna— que el oferente tenga conocimiento de esta respuesta.

1.4. Teoría de la cognición

Como es sabido, la teoría de la cognición considera celebrado el contrato (formado el consentimiento) cuando la respuesta del aceptante es conocida por el destinatario.

En virtud de ello, podemos señalar que el primer argumento crítico a esta teoría, consistente en que si se exige que el oferente debe conocer la aceptación del destinatario para la formación del contrato, con la misma razón debería exigirse que el destinatario sepa que el oferente tuvo conocimiento oportuno de su aceptación y que por ello se celebró el contrato, debiendo seguir esta relación de modo sucesivo, situación que configuraría, según la doctrina adversa a la teoría de la cognición, un círculo vicioso.

Ya hemos manifestado, con ocasión de nuestro análisis a otros medios utilizados para efectos de contratar, nuestra opinión contraria a la observación relativa al círculo vicioso, motivo por el cual hacemos de aplicación todas esas expresiones a este punto.

Igualmente señala la doctrina que la teoría de la cognición propicia el fraude, ya que el oferente —quien se encuentra obligado de manera irrevocable a su declaración— podría cambiar de parecer, decidiendo no tomar conocimiento de la respuesta, demorar su conocimiento, o, simplemente, negar haberla recibido.

Esta crítica resulta fundada en lo que respecta a la teoría de la cognición, pues si se sujeta la celebración del contrato a un momento cuya ocurrencia va a estar li-

brada de manera tan amplia a la voluntad del destinatario de la aceptación (oferente), podría prestarse a manipulación por parte de esta persona, si es que ella decide no tomar las medidas necesarias para conocer rápida y eficazmente la respuesta dada.

Así las cosas, de tomarse exclusivamente como teoría válida para la formación del consentimiento a aquella de la cognición, siempre estaría latente este peligro.

Finalmente, se critica a la teoría de la cognición calificándola de ilógica y basada en principios falsos, al sostenerse que quien ofrece a otro la celebración de un contrato, acepta anticipadamente que si el destinatario está de acuerdo con él se formará dicho contrato, pues es lo único que busca; no debiendo ser necesario ningún elemento adicional.

No vamos a formular comentarios sobre esta crítica, en razón de que a ella resultan aplicables aquellos que sobre este punto hicimos en relación a los medios de comunicación utilizados para contratar, que fueran analizados en páginas precedentes.

2. Plazo para aceptar

Empecemos precisando las características que presenta este contrato: a) es un contrato donde las partes se encuentran en comunicación inmediata, pues las computadoras de ambas se hallan conectadas vía *modem*, a través de una línea telefónica o en red; b) lo que una parte transmite a la otra, podrá ser conocido de inmediato por esta última, pudiendo transmitirse mensajes de manera sucesiva; c) las posibilidades de comu-

nicación pueden ser dos: que el usuario escriba un mensaje que aparecerá letra por letra en el otro terminal, o que el usuario transmita todo un *file* ya listo.

Recordemos ahora los preceptos a considerar en el estudio de la aceptación oportuna: a) el contrato queda celebrado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente; b) la aceptación se considera conocida en el momento en que llega a la dirección del oferente; c) la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por éste.

Resulta lógico que dada la naturaleza del medio de comunicación materia de análisis, siempre mediará un lapso entre el mensaje enviado por el oferente y la respuesta remitida por el aceptante, aun cuando dichos mensajes se transmitan letra por letra o por un *file* ya listo.

Hechas estas reflexiones, iniciamos nuestro análisis.

Puede suceder, como ya se dijo, que el oferente al formular su propuesta no precise el término dentro del cual el destinatario de la misma debe responder, encontrándose en libertad de contestar cuando estime conveniente, una vez estudiada al detalle la oferta y mientras ésta no sea revocada.

Asimismo, el oferente puede, al formular su oferta, precisar que debería ser aceptada inmediatamente después de recibida, debiendo el aceptante, de esta forma, contestarle sin más dilación que la presentada por el hecho de digitar letra por letra el mensaje o preparar el *file* que sería transmitido.

En lo concerniente al supuesto en el cual el oferente establezca un plazo para la aceptación, en todas las hipótesis susceptibles de presentarse⁽¹⁾ caben nuestras apreciaciones vertidas al analizar este punto en los contratos celebrados por teléfono, en el sentido que siempre se considerará —para efectos de tener por celebrado el contrato— el momento en el cual llegue el mensaje a la dirección y/o a conocimiento del oferente, obviamente dentro del plazo que éste señale.

3. Inicio de ejecución sin respuesta previa

En atención a las características que particularizan a este medio de comunicación y los rasgos que presentan los contratos concertados a través de ellos, podemos señalar que en estos contratos no cabría una circunstancia de aceptación tácita o hecho concluyente, pues, como especificáramos al analizar el plazo para aceptar en éstos contratos, estamos ante actos donde las partes se encuentran en comunicación inmediata y los mensajes que se transmiten uno al otro son conocidos de modo sucesivo.

Así, resulta patente que encontrándose las computadoras de ambas partes conectadas vía *modem*, este sistema funciona siempre a través de la línea telefónica; advertimos, pues, que cabría formular aquí las mismas opiniones que virtiéramos al analizar los contratos cele-

1 Que la aceptación sea enviada tardíamente produciendo la caducidad de la oferta, o que ésta sea enviada vencido el plazo pero incluyendo una nueva oferta en los mismos términos que la primera, protegiendo, de ese modo, la celebración del contrato; que sea enviada oportunamente pero llegue a conocimiento del oferente vencido el plazo o, por el contrario, tanto la aceptación como su conocimiento sean verificados vencido el plazo señalado.

brados por teléfono, en el punto relativo al inicio de ejecución sin respuesta previa.

Si lo que se pretende es tener —en estricto— un auténtico contrato celebrado cuando las computadoras funcionen con dos terminales conectados entre sí, a través de una línea de punto a punto, siendo recibida la comunicación por un operador y estando ambas partes hablando por teléfono, todo el proceso de formación del contrato debería llevarse a cabo a través de ese medio.

Vale decir que la concurrencia de las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta de voluntad común, o sea la celebración del contrato y su correlativo perfeccionamiento, deben producirse a través y sólo por medio de las computadoras empleadas por las partes.

4. El silencio circunstanciado

Como ya fue precisado, es éste un contrato donde no cabe otro modo distinto para su celebración, que la aceptación expresa, pues las partes se encuentran siempre en comunicación directa, transmitiéndose mensajes sucesivamente, sea letra por letra o preparando previamente un *file* para su envío.

Por ello resulta casi imposible que se presente un supuesto de silencio circunstanciado en esta modalidad contractual.

Debemos destacar también el hecho de que los mensajes son transmitidos con cierta dilación —por más breve que fuere—, razón por la cual otro de los presupuestos

contemplados por el artículo 1381 del Código Civil peruano no se aprecia en este medio de comunicación.

5. Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente

Pese a que las partes utilizan las computadoras para comunicarse entre ellas, ya sea enviando el mensaje letra por letra o un *file* ya preparado, el intercambio de frases se hace tal como si esas partes se encontraran conversando por teléfono.

En ese sentido, con el propósito de no caer en la reiteración, remitimos el tratamiento de este punto a lo señalado en relación a los contratos celebrados por teléfono, entre dos personas que se encuentran en comunicación inmediata.

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

Se constituye como destinatario de la oferta en el presente contrato, aquel que ve en la pantalla de su computador la propuesta proveniente del ordenador del oferente.

Podría ocurrir, que no habiendo enviado aún la respuesta a tal oferta, dicho destinatario muera o devenga en incapaz.

Según lo establecido por el artículo 1387 del Código Civil peruano, pese a haber tomado conocimiento de la oferta, ésta no resultaría eficaz, por cuanto no ha sido aceptada, produciendo su caducidad e imposibilitando la celebración del contrato.

7. Excepción a la obligatoriedad de la oferta

Evitando al oferente recurrir al complicado trámite de retractarse de su oferta, para posteriormente emitir una nueva declaración de ella, en la que deje constancia de que ésta no es obligatoria, el artículo 1384 del Código Civil le permite enviar conjuntamente con su oferta, o antes, una comunicación precisando que dicha propuesta podría ser revocada en cualquier momento mientras el destinatario no envíe su mensaje aceptándola.

8. Supuestos de caducidad de la oferta

En virtud de lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1385 del Código Civil, 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.

Tal como ha sido dicho por nosotros, la forma de contratación bajo análisis es una en la cual las partes se encuentran en comunicación inmediata. Por tal razón, resulta aplicable lo dispuesto en el inciso 1, antes citado.

No resulta aplicable, en cambio, dada esta consideración, 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 que la respuesta llegue a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste.

En relación a lo establecido por el inciso 3 del artículo 1385, norma que establece que la oferta caduca en el

supuesto que antes de que ella sea recibida o de manera simultánea, llegase a conocimiento del destinatario la retractación del oferente, podemos decir que considerando la inmediatez de la transmisión de datos por este medio de comunicación, y encontrándose las partes en comunicación inmediata, no sería factible hablar de retractación del oferente.

9. Supuestos de inexistencia de la aceptación

En razón de lo que acabamos de expresar con ocasión del análisis del inciso 3 del artículo 1385, debemos manifestar que resultaría casi improbable se produjere una retractación por parte del aceptante, luego de haber formulado su aceptación.

*Las Doctrinas Tradicionales frente a la
Contratación Computarizada, Tomo II,*
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.

