

# *La contratación por teléfono, el más antiguo de los medios de comunicación. A propósito de la vigencia de las doctrinas tradicionales en el derecho civil contemporáneo*

**Mario Castillo Freyre**

## **1. Introducción**

Era nuestra intención desarrollar un estudio sobre las diversas normas del Código Civil peruano de 1984 que plantean retos frente al avance de las diversas tecnologías. Razones de tiempo nos han impedido concretar ese ambicioso proyecto, y nos hemos visto obligados a reducir nuestro estudio al ámbito de la contratación, y, dentro de él, a la contratación por teléfono; sin duda, el medio moderno “más antiguo” que hoy se emplea para contratar.

## **2. Análisis del funcionamiento de las doctrinas tradicionales del consentimiento en los contratos celebrados por teléfono entre dos personas que se encuentran en comunicación inmediata**

### **2.1 Teorías que rigen la formación del consentimiento**

Los problemas que presenta la contratación por teléfono entre personas que se encuentran en comunicación inmediata son múltiples. Para su análisis, abordaremos el tema estudiándolo detenidamente de acuerdo con cada una de las cuatro teorías que rigen la formación del consentimiento (Castillo Freyre 13 de diciembre de 1995: 14).

### 2.1.1 *Teoría de la declaración*

En primer lugar, tendríamos que responder a una pregunta: ¿cabe la posibilidad de que cuando dos personas se encuentran 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.

Cuando una persona habla por teléfono, puede ocurrir que, impidiendo ser escuchada por la otra, declare aceptar la oferta. Este paso, como es evidente, sería la declaración; el siguiente paso estaría determinado por la expedición de aquella, lo cual se produciría cuando la persona que ha declarado decida transmitir su declaración por el conducto telefónico.

De todo lo señalado, cabría concluir que esa persona, a pesar de haber declarado aceptar, podría arrepentirse y expedir una declaración distinta de 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 vinculado contractualmente a la otra parte, sin saber siquiera si esta 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 sus manos la celebración y el 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, contrariamente, la revocación, puede lograr, de manera fácil, desvincularse de un contrato ya celebrado.

### 2.1.2 *Teoría de la expedición*

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

Dadas las características de la comunicación por teléfono, cuando se emite (expide) una declaración, esta debería llegar casi de inmediato a oídos de la contraparte, pero debemos advertir que podrían darse algunas hipótesis en las cuales ello no ocurra así.

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, mediante la utilización de 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, pues a pesar de ser un medio de relativa antigüedad, no existe en nuestros días ningún otro medio de comunicación, distinto del teléfono, a través del cual uno de los contratantes —a distancia— puede 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, esa demostración no tiene valor alguno por cuanto aquel puede retirar la respuesta aun después de expedida.

Sin embargo, tal 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 retirarla luego.

Asimismo, se ha manifestado que la teoría de la expedición facilita el fraude, no solo porque 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 permitirle al aceptante mentir respecto a su verdadero tenor, manifestando que su comunicación contenía un rechazo y no una aceptación.

Pensamos que esa 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 clásica contratación por correspondencia entre personas que se encuentran separadas por distancias considerables. Hoy en día resulta sumamente restringido el ámbito de la contratación epistolar, pues existen otros medios mucho más eficaces y rápidos que el correo tradicional.

La observación a esta teoría, en el sentido de que facilita el fraude, no tiene correlato en la contratación por teléfono. En esta resulta prácticamente imposible recurrir 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 que, de acuerdo con la teoría de la expedición, se daría el supuesto de que se habría celebrado el contrato sin que el oferente haya conocido la respuesta.

Pero también podría darse el caso de que el oferente (destinatario de la aceptación) no reciba la respuesta debido a que algún desperfecto en la línea telefónica impida que llegue a su destino. De acuerdo con 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, pues, 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.

### *2.1.3 Teoría de la recepción*

Como sabemos, de acuerdo con 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 lugar o se halle 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, para esta teoría, se considerará celebrado el contrato cuando la voz del aceptante se escuche en el auricular, sin importar ninguna otra circunstancia adicional.

En relación con la teoría de la recepción, como primer argumento en contra se ha señalado 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 —por lo que

puede incorporar tanto una aceptación como un rechazo—, haya de 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 con esta crítica, podemos decir que en principio la consideramos válida, pues no por el hecho de recibirse una respuesta se conoce su contenido. Resulta evidente, además, que no tienen por qué coincidir siempre los momentos de la recepción de una comunicación y del conocimiento de su contenido.

Mas también es cierto que esta teoría ha sido pensada en función de la contratación por carta: en este medio de comunicación se evidenciaba que una cosa era recibir el sobre con la carta y otra muy distinta conocer el contenido de esta.

Pero con la comunicación por teléfono es diferente, 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 esta haya llegado al auricular del teléfono, identificándose, en la práctica, la mayoría de las veces, los momentos de recepción y cognición.

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

Este cuestionamiento, si bien es aplicable a la contratación por teléfono, reviste menos gravedad que aquel que presenta la contratación epistolar: en esta última resulta muy 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 es factible acreditar la llegada de una carta con el cargo de su recepción, en el que se indicarán la fecha y la 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 instante coincidirá, por lo general, con aquel en el cual ella se ha expedido. Sin embargo, lo que sí podría resultar difícil sería probar judicialmente el momento de la aceptación, pues 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 mediante ella se busca 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 lo habrá si el correo, más bien, incumple con ello. Además, el momento de la celebración del contrato quedará 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 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 el que se encargará —por haberlo escogido el destinatario de la oferta (aceptante)— de llevar la respuesta a destino. Por tanto, resultará indispensable que este medio de comunicación sea eficaz, pues en caso contrario se romperá el ciclo vital del consentimiento.

A lo dicho debemos añadir que en relación con la contratación por teléfono podríamos esgrimir las mismas consideraciones señaladas en torno a la eficacia de la comunicación postal, pues el mecanismo del consentimiento, en relación con la contratación por teléfono, funcionará o no funcionará, 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 el hecho de 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 este 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, que de por sí es exótico para la contratación epistolar (pues 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 reci-

bida una respuesta telefónica, el aceptante logre retirar dicha respuesta antes de que el oferente la conozca.

#### *2.1.4 Teoría de la cognición*

El sustento de esta teoría es que, para que exista consentimiento, se necesita 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 contra esta teoría, la doctrina manifiesta 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 sabría quién es el último que debería 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, aceptándola, se presentan en un solo acto y casi en el mismo instante.

La doctrina expone, asimismo, que la teoría de la cognición propicia el fraude, pues el oferente, obligado irrevocablemente a su declaración, puede cambiar su opinión y, no interesándole ya la formación del contrato propuesto al destinatario, demorar en abrir la carta en la que viene la aceptación o simplemente negar tener conocimiento de esa aceptación, con lo cual se coloca injustamente al aceptante en una posición muy desventajosa.

Este argumento resulta de patente aplicación a la contratación epistolar, toda vez que dicha circunstancia sí puede 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 transmitida 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 signándola de ilógica y basada en principios falsos, pues se dice que quien ofrece a otro la celebra-

ción de un contrato está aceptando anticipadamente que, si el destinatario se halla de acuerdo con él, se formará el contrato, dado que es lo único que aquel 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 riesgo de que no se conozca oportunamente la aceptación.

## 2.2 Plazo para aceptar

Según el sentido del artículo 1373 del Código Civil peruano, uno de los requisitos de la aceptación es que 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 deba 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 directa, el ínterin o suspenso que media entre la declaración de la oferta y la declaración de la aceptación será ínfimo, dependiendo del tiempo 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, esta situación de inmediatez puede variar en la medida en 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.

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

Pero si, por el contrario, el oferente, sin señalar un plazo, indica, al lanzar su oferta, que esta debe ser aceptada de inmediato —pues, si no, quedará sin efecto—, el aceptante debe 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.

La doctrina precisa que, para facilitar el tráfico, conviene establecer 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 de que el destinatario de la oferta, estando en comunicación directa con el oferente y debiendo responder en ese momento, lo haga de manera evasiva, sin concretar nada al respecto; o, por el contrario, teniendo un plazo para responder, llegado este, 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 exdestinatario al exoferente en las mismas condiciones que la primera oferta, protegiéndose así la formación del contrato, permitiéndose al exoferente 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 exdestinatario de la oferta en la que plantee la celebración de un contrato en los mismos términos propuestos por el exoferente.

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 oferta, 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 acep-

tación declarada o expedida dentro del citado plazo es una aceptación oportuna. Entonces, debemos preguntar: ¿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 este; pero, dadas las circunstancias, no es el oferente quien contesta dicha llamada, sino un tercero, y este recién la pone en su conocimiento dos días después de vencido el plazo, sin indicarle que la llamada 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 comunicarle sin dilación el hecho, bajo pena de responder por los daños y perjuicios ocasionados, pero ello no significaba vulnerar el contrato.

Sin establecer 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 el lugar en que la aceptación es conocida por el oferente, cuando llegue a su conocimiento dentro del plazo que este 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, Manuel de la Puente y Lavalle (1993: 345) expresó en cierta ocasión su disconformidad con estas soluciones, a las que tildó de injustas, pues —manifestaba— 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 esta, considerada aisladamente, sino teniéndolo 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 manera, se solucionaría definitivamente el problema de la aceptación que es emitida en forma oportuna, aunque conocida de modo tardío.

Con respeto de la opinión de tan distinguido jurista, estimamos que el plazo de la oferta y el de la formación del contrato no pueden consi-

derarse 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 referida 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 de la cual este toma conocimiento luego de dos días, pudiese hacer considerarse como oportuna dicha aceptación y, por ende, celebrado el contrato.

Aplicando de manera extensiva el artículo 1376 del Código Civil (pues este precepto señala el supuesto de una aceptación tardía, mas no de un conocimiento también tardío de ella), deberíamos decir que el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía, con tal de 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 esta), 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 citado artículo 1376 del Código Civil.

Finalizando el análisis referido a la oportunidad de la aceptación en los contratos celebrados por teléfono cuando las partes están en comunicación directa, 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 que llegue a su dirección dentro del plazo establecido.

### **2.3 Inicio de ejecución sin respuesta previa**

La figura contemplada en el artículo 1380 del Código Civil es aquella en la cual un contrato queda celebrado en el momento y el 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 de la palabra.

Los presupuestos contemplados por el artículo 1380 del Código Civil, 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 (es decir, contratos entre personas que no se encuentren en comunicación directa).

En atención a lo precisado, podríamos anotar que los contratos celebrados por teléfono, estando las partes en comunicación directa, 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 respuestas previas y que este, en efecto, proceda en tal sentido, comunicándole luego al oferente 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, todo el proceso de formación del contrato (conclusión y perfeccionamiento) debe verificarse a través del teléfono, encontrándose las partes en comunicación directa.

## **2.4 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.

En el sistema que informa el Código Civil peruano, el silencio sólo importa una manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

El artículo 1381 del Código Civil permite atribuir al silencio, cuando se producen determinadas circunstancias, el significado de aceptación de la oferta. Esas determinadas circunstancias a las que se refiere el citado artículo 1381 limitan el silencio circunstanciado a supuestos muy precisos: 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 la oferta permanece silencioso, no obstante lo cual, esa 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 acostumbre manifestaciones tácitas, así tampoco constituye uno de los medios empleados para hacer invitaciones a ofrecer; y no necesariamente la oferta será acogida sin dilación, más aun si tomamos en cuenta las diversas hipótesis susceptibles de presentarse, según lo estudiamos antes.

## **2.5 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—, 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.

Con miras a proteger la celebración de los contratos, el artículo 1383 del Código Civil 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 ser que el eventual aceptante no tenga interés en encontrarse vinculado con dichas personas y podría no devolver la llamada destinada a la celebración del contrato.

Cabe recalcar que las consecuencias previstas por el Código Civil para esas situaciones desagradables, que influyen en la celebración del contrato, suponen tanto una oferta hecha sin conceder plazo determinado o determinable, como que exista o no exista 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 directa.

## **2.6 Efectos de la muerte o incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta**

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

Así, el imperativo previsto por el mencionado artículo 1387 es correcto, pues si se permitiera mantener la obligatoriedad de la oferta pese a que el destinatario ha muerto o devenido incapaz, se estaría dándoles a sus herederos o representantes legales la posibilidad de que la acepten. Pero estos no pueden conocer la voluntad del destinatario, dado que ella no fue declarada. Sus herederos y 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, que por no llegar aún a conocimiento del oferente no podría dar lugar a la conclusión del contrato.

Estos casos suponen, 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 como si no existe comunicación inmediata.

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

## **2.7 Excepción a la obligatoriedad de la oferta**

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

Vale decir, dicha 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.

## **2.8 Supuestos de caducidad de la oferta**

Como se recuerda, el inciso 1 del artículo 1385 del Código Civil 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 se ha mencionado reiteradas veces, la comunicación telefónica tradicional nos plantea un supuesto de contratación entre personas que se encuentran en comunicación directa. Ello significa que resulta aplicable al caso el principio del citado inciso, 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 de modo inmediato.

Sin embargo, en ese punto debemos hacer la salvedad de que no siempre se debe interpretar esa inmediatez como inexistencia de intervalo entre la oferta y la aceptación.

Si la oferta formulada al destinatario 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, por fuerza, 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, por ejemplo, que se ofreciese la venta de un porcentaje representativo de acciones de una empresa minera por un precio ascendente a US\$2.500.000, 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 esta de manera inmediata.

Como se observa, la inmediatez de que trata el Código Civil tiene, necesariamente, que ser vista de acuerdo con 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 haría que cualquier encasillamiento al respecto resultara ilógico.

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

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

Por último, el inciso 3 del mismo artículo 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 directa, y considerando que este medio es 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 del referido inciso.

## **2.9 Supuesto de inexistencia de la aceptación**

Como 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 claro que el contenido de la norma citada debe ser comprendido en función de lo prescrito por el artículo 1373, precepto según el cual el contrato queda perfeccionado (celebrado) en el momento y el lugar en que la aceptación es conocida por el oferente; y por lo dispuesto en el artículo 1374, en el sentido de 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 este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla; y si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

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

## **3. Análisis del funcionamiento de las doctrinas tradicionales relativas a la nulidad y la anulabilidad del acto jurídico en los contratos celebrados por teléfono entre dos personas que se encuentran en comunicación inmediata**

### **3.1 Nulidad del acto jurídico**

#### *3.1.1 Nulidad por falta de manifestación de voluntad*

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

Sin lugar a dudas, esta causal de nulidad mantiene vigencia absoluta en cuanto a los diversos medios tecnológicos utilizados en la contratación contemporánea, en la medida en que ante la ausencia de la manifestación de voluntad por parte del agente, no podríamos estar en presencia de acto jurídico alguno ni, obviamente —por ser el contrato un acto jurídico—, tampoco de ningún contrato.

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

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

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

### *3.1.2 Nulidad por incapacidad absoluta*

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

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

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

Es así que, salvo en el tema de la contratación epistolar —que, dicho sea de paso, siempre ha sido poco significativa en términos porcentuales—, los contratos, antes de la aparición del teléfono, se celebraban casi en su totalidad entre personas que se encontraban frente a frente, en un mismo lugar, en situaciones en las que una podía verle la cara a la otra, conocer cuáles eran —en términos generales— sus aptitudes, defectos y sus características físicas —como determinar si era mayor o menor de edad, sus eventuales taras o defectos mentales, etc.

De esta manera, no debía resultar muy difícil, para una parte, saber si se encontraba tratando con un adulto, con un joven o con un niño; en otras palabras, era la edad de la persona que se tenía al frente lo que determinaba si esta era o no un sujeto con capacidad de ejercicio.

Incluso, antes resultaba común que los diversos Estados establecieran que la mayoría de edad se adquiriera a los 21 o 25 años, con lo cual se hacía más fácil su distinción. En nuestro tiempo, por lo general, los países la establecen a los 18 años, e incluso hasta por debajo de esta edad, como es el caso —hasta donde recordamos— de Nicaragua, donde a los 16 se es considerado mayor de edad (artículo 47 de la Constitución Política de la República de Nicaragua).

Aparte de ello, hasta hace poco, los niños aparentaban ser niños, es decir, se vestían y hablaban como tales. En la actualidad, y cada vez con mayor prontitud, se borran las diferencias en cuanto a trato, habla, vestido y razonamiento entre niños y adultos, de tal modo que los primeros cada vez se alejan más de su imagen tradicional y se parecen más a los mayores.

Además, por razones que ignoramos y que responden quizá a la genética o al ámbito de las ciencias naturales, los niños crecen más rápidamente y en mayor medida. Antes, en el Perú, era raro ver muchachos de 14 años con 1,80 metros de estatura; en la actualidad, eso es más común.

Es decir, si ya en el plano de la contratación entre personas que se encuentran presentes en un mismo lugar, resulta muchas veces difícil distinguir quién es mayor de edad, lo será aún más cuando dos personas se comuniquen por teléfono.

Debemos confesar que cuando un niño de quince años o una niña de esa edad habla por teléfono, no resulta nada fácil distinguir —la mayoría de las veces— si se trata de un adulto o de un menor. Y, casi siempre, ni siquiera dudaremos de que se trata de un adulto, ya sea por el timbre de

voz o por el nivel de la conversación, en la medida en que hoy la educación se ha difundido y el alcance de los medios de comunicación, en especial de la televisión y la radio, hace que los niños hablen y se expresen como adultos y se refieran a temas cuyo contenido antes les era vedado.

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

Se debe precisar que esta norma comprende tanto a los incapaces absolutos (cuyos actos resultan generalmente nulos) como a los incapaces relativos (cuyos actos resultan por lo general anulables), pero, más allá de ello, queremos detenernos un momento en el tema relativo a las necesidades ordinarias de la vida diaria.

Debemos confesar que cada semestre, cuando nos enfrentamos al dictado de la clase del curso de Contratos, Parte General, que incluye el tema de la contratación por incapaces, nos topamos con un serio problema: el de delimitar cuál es el ámbito de las necesidades de la vida diaria de los incapaces.

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

Las dudas se dan con relación a que, conforme pasan los años, las necesidades de los seres humanos en las sociedades modernas se amplían de manera considerable, de modo que aquello que hasta hace pocos años no resultaba —objetivamente hablando— una necesidad en la vida diaria de un niño, como adquirir accesorios de computadora o software, hoy en muchos casos sí lo es.

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

Sin duda, las respuestas a estas interrogantes son positivas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Incluso, creemos que en este tipo de contratos masivos (lo que es ratificado por el artículo 1396 del propio Código Civil) al derecho le está

dejando de interesar el tema de la capacidad y, también, el de la posibilidad de discernimiento.

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

### *3.1.3 Nulidad por objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable*

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

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

### *3.1.4 Nulidad por fin ilícito*

Como se recuerda, el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil establece que el acto jurídico es nulo cuando su fin es ilícito. Con relación a este punto, podríamos formular similares comentarios que los efectuados sobre el acápite anterior.

### *3.1.5 Nulidad por simulación absoluta*

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

Con relación al tema de la simulación, sí habría que exponer ciertas precisiones.

En principio, la simulación debería ser un tema aplicable a la generalidad de actos jurídicos o contratos. Y no estamos manifestando que no lo sea —pues es claro que sí lo es—, sino, más bien, que cuando aludimos a la simulación estamos frente a un documento en el que las partes celebrantes del acto lo han traducido por escrito, de común, con

la finalidad de que el mismo tenga o surta efectos respecto de terceras personas en relación con las cuales quienes han simulado el acto desean generar determinadas consecuencias.

Es más, prácticamente, no imaginamos mayor utilidad en el hecho de recurrir a simular un acto y que esta simulación solo sea verbal, sin constar en ningún escrito.

Son estas consideraciones las que hacen que el tema de la simulación no revista mayor trascendencia en los contratos celebrados por teléfono.

### 3.1.6 Nulidad por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad

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

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

Para mucha gente ajena al derecho, cuando se alude a la palabra *contrato* se entiende que también se está haciendo alusión al documento en el que consta. Es más, para muchos, el contrato es el documento o a la inversa. Pero sabemos que ello no es así: los contratos pueden o no constar en documentos.

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

Por el contrario, para un reducido número de contratos, la ley sigue estableciendo requisitos de forma. Los contratos formales son aquellos para cuya celebración se requiere, además del consentimiento, del cumplimiento de una formalidad; dicho de una manera más propia, son aquellos en los cuales el consentimiento se expresa mediante una determinada formalidad. El cumplimiento de esta formalidad puede estar impuesto por la ley o por las mismas partes.

No distinguiremos entre los contratos formales, pues ello no corresponde a un trabajo de esta naturaleza; pero sí diremos que se dividen en aquellos en que la formalidad es solemne y aquellos en que la forma-

lidad es necesaria solo para efectos de probanza (*ad solemnitatem* y *ad probationem*, respectivamente).

Sin lugar a dudas, las normas acerca de la forma en los contratos mantienen vigencia en la práctica. Es evidente, también, que cuando se trata de contratos para los cuales la ley exige el cumplimiento de una determinada formalidad, las partes, más allá de los medios informáticos que tengan para contratar, deberán seguir dicha formalidad, pues en caso contrario su contrato no será válido (nulo) o no podrán probar su existencia —en la eventualidad de necesitar hacerlo.

Pero lo que también resulta cierto es que cada vez con mayor frecuencia las partes van eliminando las formalidades, para celebrar aquellos contratos en los que la ley no exige requisito alguno. Antes, era frecuente que para muchos contratos las partes recurriesen a la forma escrita. En la actualidad, más bien, mientras se pueda eludir alguna formalidad, esta se evade.

Por ello, no nos cabe la menor duda de que si anteriormente el teléfono servía sólo para celebrar contratos de menor importancia patrimonial, en estos días también se emplea para concertar acuerdos de mediana y gran importancia.

### *3.1.7 Nulidad derivada del mandato de ley*

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

Es evidente que esta causal de nulidad no se alterará —ni tampoco tendrá relevancia para ello— por el hecho de que el contrato se haya celebrado por algún medio informático moderno, como el teléfono.

### *3.1.8 Nulidad por estar comprendida en el artículo V del título preliminar*

De conformidad con lo prescrito en el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil, el acto jurídico es nulo en el caso del artículo V de su título preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

Según el citado artículo V, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Sin duda, el hecho de contratar por teléfono resulta indiferente a esta causal de nulidad de los actos jurídicos.

## 3.2 La anulabilidad del acto jurídico

### 3.2.1 Anulabilidad por incapacidad relativa del agente

De acuerdo con lo establecido por el inciso 1 del artículo 221 del Código Civil, el acto jurídico es anulable por incapacidad relativa del agente.

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

Sin embargo, podemos agregar que es en el caso de incapaces relativos donde el artículo 1358 del Código Civil adquiere mayor relevancia, pues los supuestos a los que resulta aplicable son cuantitativamente más considerables.

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

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

Pero también es un hecho que al contratar con alguno de los mencionados en el artículo 44 (incapaces relativos) es más factible que la contraparte no advierta su situación de incapacidad, con el correlato de la posibilidad de anulación posterior del acto.

Por supuesto que a pesar de todas las dificultades contemporáneas resulta más sencillo identificar a un niño como menor de edad que hacer lo mismo con un adolescente; que es casi imposible identificar a simple vista o por trato personal a un pródigo, a un mal gestor, a un ebrio habitual (que no esté en estado de ebriedad o aun cuando lo esté, pues esta situación no implica que sea un ebrio habitual), a un toxicómano o a alguien que sufre pena que lleva anexa la interdicción civil.

Sobra decir que si ello ya resulta casi imposible personalmente, podemos imaginar cómo aumentarían las dificultades si esa persona se encuentra al otro lado de la línea telefónica.

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

### *3.2.2 Anulabilidad por vicio de la voluntad*

#### *3.2.2.1 Anulabilidad por error*

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

Y es que si el agente que incurre en error ignora o hace una interpretación errónea de la realidad, caerá mucho más fácil en una situación de esta naturaleza cuando no tenga la posibilidad de un contacto directo con el objeto sobre el cual está contratando, en la eventualidad de que este no se encuentre a su alcance.

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

De este modo, haciendo un recorrido por las normas del Código Civil relacionadas con el error, diremos que será más frecuente por teléfono el agente se equivoque sobre la esencia o una cualidad del objeto del acto que, conforme a la apreciación general o en relación con las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad. Esto, por si eventualmente no se tenga el objeto del contrato a la vista o, lo que tendría los mismos efectos, se halle en la esfera o posesión de su contraparte, quien se encuentra en el otro extremo del "hilo telefónico".

Así como es posible que el agente se equivoque acerca del objeto del acto, también lo es que yerre en consideración a la persona de su contraparte, incurriendo en el supuesto de error esencial, contemplado en el inciso 2 del artículo 202 del Código Civil, cuando señala que es esencial el error que recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que estas hayan sido determinantes de la voluntad.

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

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

Respecto al error en el motivo, no tendría mayor relevancia con la contratación por teléfono, pues el motivo siempre sería susceptible de viciarse cualquiera fuese el medio empleado para la contratación.

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

Pensamos que, en sede de contratación por teléfono, el error en la declaración podría adoptar caracteres de mayor relevancia en la medida en que las partes no se encuentren comunicándose una frente a la otra, sino a distancia.

Así, podría estimarse que ese hecho influya en que las partes adopten una actitud distinta en cuanto a la reflexión de sus declaraciones, tomando mayores o menores precauciones de las que se hubiesen tomado si estuvieran frente a frente. Por otra parte, habrá que tomar en consideración si las personas se encuentran igualmente serenas al contratar a distancia que al contratar en presencia una de la otra.

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

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

También será evidente que el tema de las circunstancias a que alude el artículo 209 del Código Civil resultará poco claro en la medida en que mucho más fácil será apreciarlas cuando las personas contratan una frente a otra, caso en el podrán percibir —de manera más diáfana— todos los elementos que rodean al contrato que se ha celebrado, los que podrán conducir o no a error respecto a la identificación de la persona, el objeto o el acto designado.

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

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

Mientras menos elementos de juicio se tengan sobre la actuación de la otra parte, menos posibilidades habrá de considerar que el error ha sido susceptible de ser conocido por aquel sujeto que no incurrió en él.

Con esto queremos decir que cuanta más cercanía y contacto exista entre las partes contratantes, mayor será la posibilidad de que el error sea cognoscible. En caso contrario, mientras más distantes estén y tengan menos elementos de juicio para conocer de esta situación, menores serán las posibilidades de que el error sea cognoscible.

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

### 3.2.2.2 Anulabilidad por dolo

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

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

Pero también podría sostenerse lo contrario, en la medida en que cuando quien engaña se encuentra frente a su víctima, cuenta tal vez con mayores elementos o recursos para sorprender o inducir a error a su contraparte, como es el caso de los recursos visuales, o del lugar, del ambiente y otros que, en sede penal, nos harían recordar a la denominada *mise en scène* o puesta en escena, de la que habla la doctrina francesa en relación con el delito de estafa, en la cual el estafador arma todo un tinglado de elementos que lleven o conduzcan a su víctima a relacionarse con él y a sufrir un detrimento patrimonial a favor suyo o de un tercero, lo que, justamente, constituye el tipo penal o figura delictiva.

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

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

Dicho tercero podría intervenir en la conversación telefónica entre los que celebran el contrato, bien por la modalidad de conferencia tripartida o bien por la convencional, empleando el aparato telefónico de aquel que se verá beneficiado por el error de su contraparte.

No obstante ello, consideramos que no desnaturalizaría en lo más mínimo al acto el hecho de que el tercero que actúe dolosamente (es decir, aquel que haga incurrir en error a la víctima del engaño) influya personalmente con el perjudicado. Esto, haciendo la salvedad de que si nos estaríamos alejando en alguna medida de aquello que resulta relevante en este trabajo.

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

En materia de conversaciones telefónicas y de la contratación que se puede generar a través de ellas, también se podrían presentar tanto el dolo por acción como el dolo por omisión.

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

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

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

### *3.2.2.3 Anulabilidad por intimidación*

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

En materia de contratación telefónica, puede suceder que la intimidación se haya producido dentro de la misma conversación, vale decir, que ese temor respecto del mal inminente y grave que le pueda ocurrir al agente se haya infundido en la propia conversación telefónica que ha derivado en un contrato.

Ello resultaría plenamente factible, en la medida en que para intimidar no es necesario que quien realiza el hecho se encuentre frente a frente con su víctima; bastaría, pues, que utilizando la línea telefónica se infunda el mencionado temor. Es más, nos atreveríamos a decir que cuando de intimidación se trata, resulta usual que esta situación ilícita se produzca por teléfono, en la medida en que este medio permitiría preservar el anonimato de la persona de quien proviene la intimidación.

Ahora bien, la intimidación puede ser hecha también por un tercero, con conocimiento del eventual beneficiario del acto celebrado con este vicio (pues, de lo contrario, no sería anulable).

Pensamos, entonces, que se puede originar de diversas fuentes, siempre y cuando se haga en conexión o con el consentimiento expreso o tácito del eventual favorecido.

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

Además, el teléfono resulta un medio idóneo para intimidar, en la medida en que la intimidación no implica, como sabemos, violencia física, sino acciones dirigidas contra la mente o el pensamiento de la víctima. Por lo que la intimidación efectuada por vía telefónica no requiere que el mal que se piensa causar vaya a producirse de manera instantánea, pues el elemento de inmediatez deberá ser apreciado en función de las circunstancias del caso.

Por último, debemos señalar que es plenamente aplicable al tema de la contratación por teléfono lo dispuesto por los siguientes artículos del Código Civil: artículo 214, en el sentido de que la intimidación puede haber sido empleada por un tercero que no intervenga en el acto; artículo 215, que extiende los efectos de la intimidación al cónyuge y parientes de la víctima, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación según las circunstancias); artículo

216, que para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, el sexo, la condición de la persona y las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad; y artículo 217, que dispone que la amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el acto.

Ahora bien, con relación a la posibilidad de pactar anticipadamente una renuncia a la anulabilidad del acto por intimidación, tal pacto no tendría ningún efecto porque estaría viciado de nulidad absoluta.

No obstante, en la contratación por teléfono, acordar una disposición de esa naturaleza carecería de sentido, pues la utilidad ficticia de cláusulas de esta condición se da en la medida en que la contraparte (beneficiaria de la “renuncia”) pueda contar con dicho desistimiento por escrito.

Aun así, entendemos que resultaría posible recurrir a este tipo de renuncia, pero sin producir efectos jurídicos.

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

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

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

#### 3.2.2.4 *Anulabilidad por violencia*

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

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

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

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

Es obvio que, en muchos casos, el delincuente que emplea violencia para que su víctima celebre un acto jurídico no será quien actúe por sí mismo, sino que se valdrá de terceros. De este modo, es probable que se obligue al herido, inmediatamente después de haber sufrido daños corporales o mientras los está sufriendo, a llamar por teléfono al autor intelectual de dichos actos, para manifestar su “voluntad” de contratar o celebrar aquel negocio perjudicial a sus intereses y que beneficiará al mencionado delincuente.

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

#### 3.2.3 *Anulabilidad por simulación relativa*

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

Hemos mencionado que la simulación adquiere relevancia en la medida en que conste en un documento que sirva o tenga utilidad para oponerla frente a terceros, ante quienes se quiera acreditar algo ficticio como si fuera real.

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

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

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

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

#### *3.2.4 Anulabilidad derivada del mandato de la ley*

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

Nos abstenemos de efectuar mayores comentarios sobre este punto, pues la citada disposición resulta aplicable a todos los actos jurídicos, independientemente del medio que empleen las partes para celebrarlos.

Análisis del funcionamiento de las doctrinas tradicionales relativas al disentimiento en los contratos celebrados por teléfono entre dos personas que se encuentran en comunicación inmediata

El esquema ideal para la conclusión de un contrato celebrado por teléfono es que las voluntades y las declaraciones, tanto del oferente como del destinatario de la oferta, sean realmente coincidentes, es decir, que se configure un real y efectivo consentimiento.

A modo de ilustración, daremos el siguiente ejemplo: A, oferente, desea vender un reloj de pulsera, marca Rolex, y se comunica con B para hacerle conocer su oferta. B, luego de pensar en la propuesta hecha por A, quiere y manifiesta (acepta) comprar el reloj Rolex. El contrato ha quedado concluido, sin que nada trabe la formación de consentimiento.

El asunto se torna difícil cuando dicho consentimiento se ve imposibilitado de surgir, sea porque las intenciones de las partes resultan discordantes, sea porque sus voces —transmitidas por la señal eléctrica— se oyen también contradictorias.

Puede ocurrir, pues, que Pedro, con la intención de vender una docena de camisas Christian Dior, llame por teléfono a Juan, haciéndole dicha propuesta.

Juan se toma unos cuantos instantes para reflexionar sobre la oferta, y su decisión interna es comprar la docena de camisas Christian Dior; sin embargo, declara querer comprar una docena de camisas Armani. Aquí se aprecia una disconformidad manifiesta que obstaculiza la formación del contrato.

Es posible, también —tomando en parte el ejemplo anterior—, que Pedro verdaderamente desee vender las camisas Christian Dior y así lo ofrezca realmente. Juan, en cambio, anhela comprar camisas de marca Armani, pero acepta (manifiesta) comprar las camisas Christian Dior, aunque realmente se está refiriendo a las de marca Armani.

En este caso el disenso es oculto, ya que las voces procedentes de los auriculares resultan aparentemente conformes, pero son realmente disconformes —al igual que las voluntades—, lo que ocasiona, así, la no conclusión del contrato.

Pero ¿cómo resulta posible la no celebración de un contrato cuando Juan, a simple vista, manifiesta querer comprar lo ofrecido por Pedro?

Recordemos, al respecto, el artículo 1361 del Código Civil, que señala —en su primer párrafo— que el contrato es obligatorio en cuanto se ha expresado en él. Resulta obligatorio el contrato, en la medida en que genera un efecto obligatorio o de atadura sobre la relación jurídica creada por él.

Es el segundo párrafo del mismo artículo el pertinente para el esclarecimiento de la interrogante formulada, según el cual se presume —*iuris tantum*— que la declaración expresada en el contrato responde a la

voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia deberá probarlo.

La conclusión consiste en que el contrato no es sino la expresión de voluntades absolutamente iguales, es decir, de una voluntad común a todas las partes.

Así, del ejemplo desarrollado se aprecia que tanto la voluntad de Pedro como la de Juan no son iguales; por tanto, ante una eventual acusación de no coincidencia de dichas voluntades, y luego de probarse tal discrepancia, quedará acreditado el disenso, produciéndose la nulidad del contrato por falta de consentimiento.

Se presenta, también, como un supuesto de disenso manifiesto, por ejemplo, aquella situación en la cual Marco —residente en Inglaterra— desea vender dieciocho cajas de chocolates Cadbury. Con esa intención, entabla una conversación telefónica con Dante, quien a su vez reside en el Perú.

Pero, al formular su propuesta, Marco ofrece —equivocadamente— cajas de chocolates Swiss. Dante, por su parte, en consideración a que la llamada es de larga distancia, responde casi inmediatamente y, a pesar de que desea comprar chocolates Cadbury, equivocadamente acepta los Swiss.

Las voluntades, en este supuesto, son realmente coincidentes entre sí, pero discrepantes en la declaración; existen declaraciones aparentemente coincidentes, pero realmente disconformes. El consentimiento, por lo tanto, no se ha formado.

Una situación con singulares características es aquella donde se aprecia un consentimiento manifiesto provisional, susceptible de convertirse en disenso oculto definitivo. Aquí, la influencia del error recae en la aquiescencia o intención del destinatario de la oferta, como se aprecia en el ejemplo que a continuación detallamos.

Julían es vendedor mayorista de frutas y tiene, entre su mercadería, diversas cosechas de uva. Con la intención de vender parte de esa mercadería, llama por teléfono a Matías (quien a su vez es minorista y vende en una feria de abastos) y le ofrece cinco cajas de uvas borgoña. Matías, entendiendo equivocadamente la oferta de Julían, cree que este le ofrece uvas Italia —que son las que desea comprar—, pero al momento de manifestar su aceptación, responde a Julían que acepta comprar las uvas borgoña.

Esa manifestación errada de Matías se debe a la presencia de un error obstativo que posibilitaría la impugnación; sin embargo, no debemos olvidar que el asentimiento de Matías se convirtió en la declaración conjunta de Julián y la suya propia, al coincidir con la oferta, de tal modo que el error en esa declaración conjunta no originaría la anulación del contrato —efecto que se producía en la teoría del acto jurídico—, sino la nulidad de este por disenso, tal como precisa nuestro Código Civil en el inciso 1 del artículo 219.

Pero si, por el contrario, aplicáramos la teoría de la confianza —recogida por nuestro Código Civil en su ya comentado artículo 1361 (que otorga a la declaración una presunción *iuris tantum* de que corresponde a la voluntad común)—, tendríamos un contrato inicialmente válido, pero susceptible de convertirse en nulo al descubrirse la falta de voluntad común.

Está claro que quien invoque esa falta de coincidencia entre las voluntades, tendrá que probarla. Y si eso no llega a demostrarse, el contrato sería definitivamente válido.

Tenemos, por último, aquella situación en que las voluntades se presentan realmente coincidentes y las declaraciones aparentemente disconformes, pero que en realidad son coincidentes.

Sería el caso, por ejemplo, en que el oferente, habiendo hecho su oferta por teléfono, haya establecido al destinatario de esta un plazo para aceptarla. Llegado el plazo, el destinatario encarga a un nuncio o portavoz, que devuelva la llamada al oferente y le haga conocer su respuesta. El nuncio, por su parte, habiendo (tal vez) entendido mal al aceptante, se refiere ante el oferente de modo inexacto al contenido de la declaración de aquel. Declara, por ejemplo, que el aceptante desea comprar el bien a US\$2.000 (y no a S/.7.000, como habían quedado oferente y destinatario)<sup>1</sup>.

Es esta una situación de disenso aparente que acarrea la nulidad provisional del contrato, pero con un consentimiento efectivo, que lo convalida posteriormente.

---

1 Para este ejemplo, estamos asumiendo que el tipo de cambio sea de S/.3,50 por cada dólar de Estados Unidos de América.

## **Bibliografía**

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1993). *El contrato en general. Primera parte*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CASTILLO FREYRE, Mario (13 de diciembre de 1995). "Cash digital. De compras en internet", en "Soluciones", publicación quincenal. *Expreso*. Lima.