

CONTRATOS POR ADHESIÓN EN PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS.

Iñigo de la Maza* y Sergio Cruz.†

INTRODUCCIÓN.

Suele afirmarse que hoy en día los contratos por adhesión son ubicuos.¹ Junto a esta afirmación es posible encontrar alguna unanimidad en la doctrina que ha examinado el tema respecto a los problemas que este tipo de negocios presentan al intentar acomodarlos dentro de las líneas de la doctrina clásica del contrato y, en conjunto con lo anterior, los potenciales conflictos que suelen presentarse desde el lado de los consumidores cuando se ven enfrentados a ellos.

Una segunda afirmación es que los contratos por adhesión constituyen fenómenos cuyo origen podría ser rastreado dentro de las consecuencias más inmediatas de las revoluciones industriales y la masificación de la producción. Aunque se trata de una asunción errónea² -resultaría más correcto señalar que los contratos por adhesión se masifican, y con ellos los conflictos que traen aparejados, a partir de la Revolución industrial del Siglo XVIII- esta segunda afirmación arroja luz sobre algo que conviene tener presente: un problema agudizado puede ser un nuevo problema.

Asumiendo que los contratos por adhesión constituyen un problema agudizado que nos acompaña al menos desde el siglo XVIII, lo que interesa examinar en este trabajo es cómo se desarrollan los contratos por adhesión en plataformas electrónicas. Lo anterior posee importancia por al menos tres razones. La primera es que la contratación electrónica, en sus diversas formas, es un fenómeno que ha demostrado una amplia capacidad de permear la actividad económica de los gobiernos, la empresa y los particulares. La segunda es que los escasos estudios disponibles señalan que los contratos celebrados en forma electrónica son mayoritariamente contratos por adhesión. La tercera razón es que las

* Profesor Investigador, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

† Profesor Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

Deseamos agradecer la magnífica ayuda que nos han prestado en la recolección y sistematización de la muestra de contratos Fernando Fernández, Juan Ignacio Nicolossi y Rafael Tarud, todos ellos ayudantes del Programa de Derecho y Tecnologías de la Información de la Fundación Fernando Fueyo Laneri.

¹ Así, por ejemplo, SLAWSON ha señalado que “los contratos por adhesión (*standard form contracts*) probablemente constituyen más del noventa por ciento de los contratos que celebramos.” SLAWSON, David: *Standard Form Contracts and Democratic Control of LawMaking Power*, 86 Harv. L. Rev. 529 (1971).

² Sobre esto puede consultarse PRAUSNITZ quien sitúa los orígenes de las condiciones generales de contratación en la Europa medieval alrededor del siglo XIII (citado en BURKE, John: manuscrito sin publicar, p 14).

características de la atmósfera contractual en plataformas electrónicas podría contribuir a atenuar los efectos de uno de los problemas más complejos de los consumidores respecto de los contratos por adhesión: las asimetrías informativas.

La pregunta en torno a la que gira este estudio es ¿cómo afectan las características de las plataformas electrónicas la atmósfera contractual en el caso de los contratos por adhesión?

La respuesta que avanzamos es que aún cuando las plataformas electrónicas aparentemente mejoran algunas de las deficiencias que presenta la atmósfera contractual en el caso de los contratos por adhesión en el “mundo papel”, todavía existen buenas razones para preocuparse por los abusos de que puedan ser objeto los usuarios en el entorno electrónico, en particular respecto de la existencia de cláusulas abusivas. En conjunto con lo anterior, un análisis empírico de contratos por adhesión en plataformas electrónicas en el caso chileno muestra un nuevo problema respecto a algunas formas de estos: la falta de información al usuario sobre la existencia de un contrato.

El trabajo comienza dando noticia sobre qué entendemos por contrato por adhesión para los efectos de estas páginas. En seguida se examinan brevemente las ventajas y riesgos de este tipo de negocios, enfatizando el problema de las cláusulas abusivas. A continuación nos detenemos sobre regulación en el caso chileno de la protección de los consumidores frente a la presencia de cláusulas abusivas en contratos por adhesión. Concluido esto, nos ha interesado examinar las condiciones de la atmósfera contractual en el caso de los contratos por adhesión cuando estos son celebrados en plataformas electrónicas. Sigue a este examen la revisión de dos tipos de contratos por adhesión electrónicos, los contratos *click* y los contratos *browse*. Los problemas a que ambas formas de contratación pueden dar lugar son examinados a través de algunos casos revisados mayoritariamente por tribunales estadounidenses. Finalmente, este trabajo intenta examinar la facticidad de los contratos por adhesión en plataformas electrónicas en el caso chileno.

Algunas palabras sobre el estudio empírico.

1. Sobre la muestra.

Se trata de una muestra de contratos electrónicos a través de los cuales se ofrecen bienes y servicios o información sobre ellos a personas ubicadas en Chile³. Sobre esto corresponde hacer una precisión. Como resulta evidente se puede acceder a cualquier sitio web abierto desde Chile. El criterio que utilizamos para restringir el universo de proveedores fue recoger la muestra entre aquellos cuyos bienes y

³ Consideramos que nos encontramos frente a un contrato cada vez que el proveedor sujeta el acceso de bienes o servicios ofrecidos electrónicamente a condiciones que el usuario supuestamente debe aceptar antes de acceder a ellos.

servicios van orientados explícitamente –aunque no necesariamente solo- a consumidores chilenos.

La muestra ha sido recogida aleatoriamente durante los meses de septiembre de 2002 a marzo de 2003, introduciendo en el motor de búsqueda *Google* la expresión “términos y condiciones.” Del resultado de la búsqueda se escogieron 110 contratos a través de los cuales se regula el uso de un sitio web⁴ o la adquisición de bienes y servicios ofrecidos a través de este.⁵ La selección de los contratos excluyó aquellos que regulaban bienes o servicios ofrecidos por el Estado y aquellos contratos que únicamente regulaban la privacidad del sitio.

No resulta sencillo determinar la representatividad de la muestra respecto del universo de contratos que comparte las características ya indicadas. En el caso chileno, probablemente el indicador más confiable sobre el tamaño del comercio electrónico sea el informe del Centro de Estudios de la Economía Digital (CEED). Según dicho informe, a marzo de 2002 se contabilizó un total de 523 sitios que, o bien permitían completar transacciones dentro del sitio u ofrecían formas alternativas de completarla como el correo electrónico, el teléfono o el fax.⁶ El criterio de selección utilizado por este estudio, sin embargo, difiere del utilizado por el CEED, reemplazando el carácter transaccional del sitio por la regulación de los bienes y servicios ofrecidos a través de él. Con todo, aún cuando no nos resulta posible saber que tan representativa es la muestra, nos parece, a simple vista, que su tamaño es relevante para el caso chileno, y que satisface con creces el afán exploratorio de este trabajo.

2. Sobre la metodología.

El estudio de los contratos en el caso chileno se ha realizado de la siguiente manera. En primer lugar hemos distinguido según el tipo de contrato por adhesión a través del cual se regula la prestación del bien o servicio. A continuación nos ha interesado, en el caso de los contratos *browse*⁷, examinar la forma en que se avisa al consumidor que la prestación del bien o servicio se encuentra sujeto a términos y condiciones. Sobre esto identificamos cuatro variables: (1) el rótulo del aviso, (2) su posición en el sitio web, (3) el tamaño de la letra del aviso y (4) su color.

⁴ Por sitio web entendemos un conjunto de páginas Web que componen un determinado servicio o publicación.

⁵ Se trata, por lo tanto, de proveedores –B2B y B2C- que ofrecen, al menos, parte de sus bienes y servicios a través de páginas web. Basta, sin embargo, que el proveedor ofrezca información sobre su empresa si sujeta la utilización de la página web a términos y condiciones que el usuario debe aceptar para acceder a ella.

⁶ Ver La Economía Digital en Chile 2002. Centro de Estudios de la Economía Digital. Cámara de Comercio de Santiago. Junio 2002. P. 70

⁷ Ver *infra* 5.

En segundo lugar, este estudio intenta examinar el contrato mismo –*browse* o *click*– desde dos ángulos, sus aspectos formales y su contenido. Respecto a los aspectos formales se han considerado dos variables: la extensión del contrato y el idioma en que es ofrecido al consumidor. En lo referente al contenido, la idea ha sido identificar modelos de cláusulas que tanto en el derecho comparado como en el nacional presentan problemas desde la óptica del consumidor, a saber: las eximentes de responsabilidad, las de modificación unilateral de los términos del contrato, las de prórroga de competencia y las de legislación aplicable.

1. LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN.

La ley 19.496 define un contrato de adhesión como “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo pueda alterar su contenido.”⁸

Se trataría entonces de un contrato celebrado entre un profesional –el proveedor- y un usuario final de un bien o servicio –el consumidor- caracterizado por la diferencia en el “poder negociador de ambos.”⁹ La diferencia se plasma en que una de las partes fija o establece el contenido prescriptivo del contrato, quedando a la otra únicamente la posibilidad de aceptar o rechazar en bloque la oferta.

Resultaría algo redundante –e inútil para este trabajo- volver a detenerse sobre los problemas conceptuales que genera para la doctrina individualista clásica de la autonomía de la voluntad encajar los contratos por adhesión en el modelo dogmático del contrato negociado entre partes iguales.¹⁰ Si resulta relevante en cambio intentar circunscribir el objeto de estudio: el contrato por adhesión.

⁸ Sobre esta definición puede consultarse MALDONADO, Gloria: *Particularidades de los contratos de adhesión en la Ley N° 19.496*. En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Número XIX. Ediciones Universitarias de Valparaíso. 1998. Pp. 167-72.

⁹ Utilizo esta expresión en el sentido que le da SLAWSON, para este autor:

(E)l poder negociador (*bargaining power*) es el poder de fijar los términos de un contrato. El poder negociador es un poder social y, como otros poderes sociales, implica más que la simple posibilidad de causar consecuencias. Implica además la habilidad de elegir las consecuencias inteligentemente. Sin esta habilidad el poder es ciego y el poder ciego no es poder en el sentido social porque no confiere ventajas. Como uso la expresión “Poder negociador” incluye la habilidad de elegir inteligentemente los resultados que uno busca conseguir a través de un contrato (SLAWSON, David: *BINDING PROMISES THE LATE 20TH-CENTURY REFORMATION OF CONTRACT LAW*. Ebook. P. 23).

¹⁰ De este problema ha surgido la discusión –casi imprescindible en cualquier texto de derecho civil continental sobre contratos por adhesión o condiciones generales que se precie de serio- acerca de la naturaleza jurídica de este tipo de fenómenos, distinguiendo entre posturas contractuales, institucionales o mixtas (sobre esto puede consultarse VALLESPINOS, Carlos: *EL CONTRATO POR ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES*. Editorial Universidad. Buenos Aires: 1984; DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS Y LA EFICACIA DE LAS LEYES*. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas S.A. Madrid: 1985. BALLESTEROS, José Antonio: *LAS CONDICIONES GENERALES*

Hasta el momento la fisonomía de esta categoría contractual ha quedado determinada por dos características, la primera es la diferencia que existe entre las partes que concurren a él –una concurre como un profesional del comercio y la otra como un consumidor- y el hecho de que aquella que concurre como profesional es quien redacta la totalidad del contenido prescriptivo del contrato. Siguiendo a RAKOFF, todavía pueden sumarse algunas características que deberían contribuir a la comprensión de las ventajas y riesgos de este tipo de negocios, a saber: (1) el documento cuya validez legal está en entredicho es una forma impresa que contiene una pluralidad de términos y aspira a ser un contrato; (2) aquella parte que ha redactado los términos participa en numerosas transacciones de aquellas representadas por la forma y realiza rutinariamente este tipo de transacciones; (3) la forma impresa es presentada al adherente con la prevención que, salvo algunos pocos términos –y las más de las veces ni siquiera esto- podrán ser modificados, manteniéndose el grueso de la estructura del contrato como la diseñó la parte redactora; (4) después de que las partes –en caso que los hayan- lleguen a un acuerdo sobre aquellos términos abiertos a la negociación, la parte adherente debe firmar el documento que contiene el contrato; (5) comparada con la parte adherente, la parte redactora lleva a cabo un número reducido de estas transacciones y; (6) la principal obligación de la parte adherente en la transacción considerada como un todo es el pago de una suma de dinero.¹¹

2. VENTAJAS Y RIESGOS DE LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN.¹²

En pocas palabras los contratos por adhesión presentan dos ventajas y un riesgo. Las ventajas son que disminuyen los costos de la contratación y permiten a las empresas lograr mayor eficiencia en su administración interna¹³. El riesgo es la incorporación de cláusulas abusivas en este tipo de negocios.

2.1. Ventajas.

La disminución de costos.- Celebrar un contrato cuesta. Los costos involucrados en la celebración de un contrato suelen denominarse “costos de transacción.” Los

DE LOS CONTRATOS Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. J.M. Bosch Editor. Barcelona: 1999; GARCÍA AMIGO, Manuel: CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS. Tecnos. Madrid: 1965.

¹¹ RAKOFF, Todd: *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. 96 Harv. L. Rev 1173, 1177.

¹² Esta sección constituye un resumen de otro trabajo sobre contratos por adhesión presentado por uno de nosotros. Ver DE LA MAZA, Iñigo: *Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿por qué el Estado y no solamente el mercado?* Sin publicar.

¹³ Cabría todavía añadir dos ventajas más sobre las cuales no nos detendremos aquí: (1) las condiciones generales en los contratos por adhesión evitarían la discriminación entre los consumidores, evitando que los consumidores menos sagaces contraten bajo condiciones que les resulten menos beneficiosas y (2) producirían algunas “externalidades de red” como decisiones judiciales y disminución del costo de los servicios legales asociados a ellos (sobre ambas ver Ibid.).

costos de transacción se presentarán a resultas de la necesidad de identificar a la (o las) persona(s) con la(s) cual(es) celebraré el contrato –estos costos suelen denominarse “de identificación”- ; la negociación del contenido prescriptivo del contrato –costos “de negociación”- y aquellos involucrados en la vigilancia del cumplimiento del acuerdo –costos “de monitoreo”. La existencia de contratos por adhesión suprime –o, al menos, reduce significativamente- los costos de negociación al evitar que el proveedor deba negociar por separado con cada uno de los potenciales clientes los términos en que se prestará el bien o servicio objeto del contrato.

Mayor eficiencia en la administración de los recursos internos de la empresa.- Según ha sugerido RAKOFF, la utilización de contratos por adhesión permitiría a las empresas ganar eficiencia en la administración de sus recursos internos por cuatro razones. (1) Disminución de los costos internos de coordinación entre las distintas unidades de la empresa, (2) mejor uso de talentos administrativos y legales al interior de la empresa, (3) mejor control de los actos del personal excesivamente voluntarioso y (4) solidificación de la estructura de poder interno de la empresa al restar discrecionalidad a los empleados que ofrecen directamente este tipo de contratos a los clientes.¹⁴

2.2. Riesgos.

Como ya se ha advertido el riesgo que entrañan los contratos por adhesión es la presencia de cláusulas abusivas para el consumidor.¹⁵ Este riesgo es el que ha determinado que, en general, tanto a nivel de derecho comparado como en el caso chileno, el legislador haya puesto especial atención sobre ellos.¹⁶

A diferencia de lo que comúnmente se sostenía, parece existir a estas alturas alguna claridad acerca de que las cláusulas abusivas constituyen un fenómeno ubicuo en la contratación y no se limitan a los mercados monopólicos u oligopólicos.¹⁷

¹⁴ Todas ellas en *Contracts of Adhesion. An Essay in Reconstruction*. Cit. pp. 1222-24

¹⁵ En líneas gruesas, este tipo de cláusula puede ser definida como aquella que es “notablemente desfavorable para el adherente.” (ver REZZONICO, Juan Carlos: CONTRATOS CON CLÁUSULAS PREDISPUESAS. Editorial Astrea. Buenos Aires: 1987, p. 57). Por regla general resultarán notablemente desfavorables aquellas cláusulas que, sin haberse negociado, “causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato” (art. 3.1. Directiva 93/13 CEE).

¹⁶ Sobre el control de las cláusulas abusivas a nivel de derecho comparado puede consultarse PIZARRO, Carlos: LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA CONTRACTUAL. Editorial Jurídica Conosur. Santiago: 1999. Respecto a dicho control en la Ley 19.496, TAPIA, Mauricio y VALDIVIA, José: CONTRATOS POR ADHESIÓN. LEY N° 19.496. Editorial Jurídica de Chile. Santiago: 2002.

¹⁷ Ver : *Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿por qué el Estado y no solamente el mercado?* Cit.

Más que los monopolios u oligopolios, lo que explicaría la ubicuidad de este tipo de cláusulas son las asimetrías informativas entre los proveedores y los consumidores.¹⁸ En otras palabras, el problema se encuentra en el acceso imperfecto a la información por parte de los consumidores respecto a las condiciones que configuran los contratos por adhesión. Si esto resulta efectivo, significa que los consumidores no son, por regla general, capaces de discriminar aquellos contratos que poseen condiciones abusivas. Así las cosas, no será un mecanismo de mercado (oferta y demanda) el que proteja a los consumidores de este tipo de condiciones, sino que será necesaria la intervención del Estado a través de la implementación de algún mecanismo de control de cláusulas abusivas.¹⁹

Antes de examinar los mecanismos de control de las cláusulas abusivas en la Ley de Protección al Consumidor, conviene revisar brevemente por qué los consumidores no son capaces de discriminar por sí mismos los contratos por adhesión según el contenido de sus cláusulas y se debe, en cambio recurrir a los órganos del Estado.²⁰

3. ¿Por qué no dejar al mercado la protección del consumidor en el caso de los contratos por adhesión?

La respuesta más sintética a esta pregunta es que, en la mayoría de las ocasiones, los consumidores no leen las cláusulas de los contratos por adhesión.²¹ Una respuesta más extensa –que además justifique el subsidio a la aparente desidia de los consumidores– requiere hacerse cargo de una segunda pregunta: ¿por qué no leen los consumidores el contenido de los contratos por adhesión antes de firmarlos?

En estas páginas únicamente resulta posible responder identificando las razones más frecuentes que contribuyen a explicar por qué los consumidores no leen los

¹⁸ Sobre esto ver, por ejemplo KATZ, Avery: *Standard Form Contracts*. Disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/9707287.pdf?abstractid=41320>. Visitado 04/10/2002

¹⁹ Sobre esto puede consultarse, por ejemplo, CONTRATOS CON CLÁUSULAS PREDISPUESITAS. Cit., CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS. Cit., y LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. Cit.

²⁰ La intervención del Estado no resulta un tema menor. Por una parte se trata de una intervención paternalista, toda vez que, por regla general, los mecanismos de control privan de sus efectos a cláusulas que las partes han –o al menos deberían haber– convenido. En segundo lugar la intervención del Estado puede producir más costos que beneficios atendida su incapacidad en discriminar aquellas cláusulas que aumentan el bienestar de los consumidores y aquellas que lo disminuyen (sobre esto ver KRONMAN, Anthony: *Paternalism and the Law of Contract*. 92 YALE L.J. 763 (1983) P. 765 y ss. [refiriéndose a consideraciones de carácter eficientista y de justicia distributiva] y CRASWELL, Richard: *Remedies When Contracts Lack Consent. Autonomy and Institutional Competence*. p. 221. Disponible en <http://www.yorku.ca/ohji/PDFs/33.2/craswell.pdf>. Visitado 07/07/2002).

²¹ Ver *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. Cit. p. 1179

contratos por adhesión, y por qué esta omisión es razonable.²² Siguiendo a HILLMAN & RACHLINSKY, es posible agrupar las causas en (1) fallas en la racionalidad (*rational market failures*), (2) fuerzas sociales (*market forces*), (3) factores cognitivos (*cognitive factors*), y (4) estrategias comerciales adicionales (*additional business strategies*).²³

- (1) Aún cuando un consumidor se comporte en forma racional²⁴ la lectura de un contrato no siempre resultará ser la mejor elección. Los contratos por adhesión se encuentran redactados en términos que resultan difíciles de entender para los consumidores atendidos los tecnicismos legales que suelen utilizarse y su extensión. Aún si los consumidores fueran capaces de entender los términos, estos no están sujetos a negociación. Además de lo anterior, los consumidores pueden pensar que los términos y condiciones que se incorporan en el contrato son aquellos que, en general, utilizan todos los proveedores y que reflejan una distribución de riesgos razonable según la experiencia de estos. Finalmente, los consumidores pueden pensar que si los términos y condiciones son manifiestamente injustos cabe la posibilidad que los tribunales no acojan el cumplimiento forzado de estos.
- (2) En adición a las fallas en la racionalidad de los consumidores, existirían algunas razones vinculadas a las condiciones que suelen rodear la contratación por adhesión que contribuirían a explicar la falta de lectura de estos por parte de los consumidores. Así, por ejemplo, la celebración de contratos por adhesión será ofrecida frecuentemente en momentos en que el consumidor no dispone de tiempo para leerlo o bien en momentos cuya lectura perjudica a otros clientes. En adición a lo anterior, una lectura cuidadosa del contrato en presencia del agente que lo ofrece constituye una muestra de desconfianza hacia este o bien frente a la empresa que este representa.
- (3) La idea aquí es que los consumidores cuentan con recursos limitados para evaluar los riesgos que para ellos supone la celebración de un contrato por adhesión. Según algunos estudios, rara vez los consumidores consiguen la

²² Mayor información sobre esto puede encontrarse en KANHEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos: *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*. Econometrica Volumen 47. Marzo 1979. Número 2; SUNSTEIN, Cass (ed): *BEHAVIORAL LAW & ECONOMICS*. Cambridge University Press. New York: 2000; HANSON, Jon & KYSAR, Douglas: *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*. N.Y. Univ. L. Rev. 74.

²³ HILLMAN, Robert & RACHLINSKI, Jeffrey: *Standard-Form Contracting in the Electronic Age*. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID287819_code011024510.pdf?abstractid=287819. Última visita 03/10/2002. P. 36. Lo que ofrecemos a continuación es una síntesis de las razones avanzadas por estos autores.

²⁴ Sobre la racionalidad de los consumidores ver *Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿por qué el Estado y no solamente el mercado?* Cit. nota 60.

cantidad de información suficiente para evaluar los riesgos del contrato. Asimismo, es poco frecuente que los consumidores sean capaces de procesar completamente la información contenida en el contrato. En lugar de esto deciden en base a información parcial, a veces casualmente adquirida, pero suficiente para que se sientan satisfechos con su elección.²⁵ Relacionado con lo anterior, suele afirmarse que los sujetos poseen problemas para tomar decisiones que involucren la evaluación de una multiplicidad de factores. Frente a este tipo de decisiones, las personas suelen centrar su atención únicamente en algunos factores, dejando simplemente de lado el resto. En tercer lugar, se sostiene que aquellos consumidores que han celebrado un contrato por adhesión motivados únicamente por algunos aspectos sobresalientes de la oferta desean creer que la decisión de firmar el documento que contiene el contrato ha sido razonable, interpretando información ambigua o compleja a favor de esta decisión. Finalmente, se señala que los consumidores suelen subestimar los riesgos adversos que ellos mismos aceptan tomar.²⁶

- (4) En adición a los tres factores anotados, todavía es posible que los proveedores utilicen técnicas para evitar el monitoreo de los contratos por parte de los consumidores como la segregación de contratos según el nivel de experticia de los consumidores o bien manipulación a través de la publicidad con el objeto de evitar el deterioro de su reputación a través de las quejas de los clientes lesionados por la utilización de cláusulas abusivas.²⁷

Como debería resultar evidente, los cuatro factores identificados pueden presentar un grado de superposición relevante y no concurren necesariamente en forma conjunta en la celebración de cualquier contrato por adhesión. Identificarlos, sin embargo, posee utilidad por dos razones. En primer lugar porque contribuyen a explicar la falta de lectura de los términos y condiciones de este tipo de contratos y, en segundo lugar, porque permiten justificar –o, al menos, aportan buenas razones para- la intervención del Estado en este tipo de negocios.

En las líneas siguientes examinamos –aunque brevemente- los mecanismos de control de las cláusulas abusivas vigentes en la ley chilena sobre protección al consumidor.

²⁵ Ver THOMAS citado en *Standard-Form Contracting in the Electronic Age*. Cit, nota 110

²⁶ Esta subestimación de los riesgos adversos también recibe el nombre confianza excesiva (*overconfidence*) u optimismo irreal (*unrealistic optimism*). Según señalan HANSON y KYSAR:

existe una evidencia creciente que somos cándidos y obstinadamente optimistas, sin perjuicio de los bien informados que estemos. Por ejemplo, los entrevistados en un estudio, aunque estimaron correctamente que el 50% de las parejas americanas terminaban en divorcio, calculaban su propio riesgo de divorcio en cero (*Taking Behavioralism Seriously*. Cit. p.655).

²⁷ ver *Taking Behavioralism Seriously*. Cit. p. 1439-50

3. UNA MIRADA A LAS REGLAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR RESPECTO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN EN LA LEY 19.496.²⁸

Las reglas de protección al consumidor respecto de las cláusulas abusivas en contratos por adhesión se encuentran contenidas en la Ley 19.496 de 1997. En términos generales, esta Ley contiene dos mecanismos de control de las cláusulas abusivas –formal y de contenido. Respecto de ellos existe una percepción difundida, tanto en la doctrina como en los órganos estatales encargados de la protección del consumidor, acerca de su insuficiencia en la debida protección del consumidor.²⁹

3.1. El ámbito de aplicación de la Ley 19.496.

Antes de examinar ambos mecanismos conviene dar alguna noticia sobre el ámbito de aplicación de la Ley 19.496. Según nos informa el inciso primero de su artículo segundo:

Sólo quedan sujetos a las disposiciones de esta ley los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor.³⁰

En el artículo primero, la Ley define qué debe entenderse por proveedor y qué por consumidor de la siguiente forma:

²⁸ En esta sección interesa referirse únicamente a las reglas de protección al consumidor contenidas en la Ley 19.496. Prescindimos de las reglas que fijan el entorno contractual en el Código Civil y de Comercio porque aún cuando estas podrían constituir un marco general valioso, su aplicación ha sido escasa por parte de los tribunales chilenos (ver LOPEZ, Jorge: *Cláusulas contractuales abusivas y derechos del consumidor*. En INSTITUCIONES MODERNAS DEL DERECHO CIVIL. HOMENAJE AL PROFESOR FERNANDO FUEYO LANERI. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago: 1996. P. 439). Sobre el uso de las denominadas cláusulas generales del Derecho Civil en la protección de los consumidores, específicamente la buena fe, las buenas costumbres y el orden público, puede consultarse LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA CONTRACTUAL. Cit.). Junto a las cláusulas generales del derecho civil, suelen tomarse de este las reglas de interpretación contractual como mecanismos disponibles para la protección del consumidor, en particular la regla de interpretación contra el redactor (sobre esto ver CONTRATO POR ADHESIÓN LEY N° 19.496. Cit. pp. 140 y ss.)

²⁹ Ver CONTRATOS POR ADHESIÓN. LEY N° 19.496. cit. y PIZARRO, Carlos: *Sobre la nueva normativa de contratos de adhesión*. En PIZARRO, Carlos: Temas de derecho del consumidor. Cuadernos de Análisis Jurídico 33 serie seminarios. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. Santiago: 1997.

³⁰ Se trata entonces de aquellos actos que se han denominado *mixtos* o de *doble carácter* consagrados en el artículo 3 del Código de Comercio (ver SANDOVAL, Ricardo: DERECHO COMERCIAL, Tomo I. 4° Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago: 1994. P. 80.

Nº 1.- Consumidores: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilicen o disfruten, como destinatarios finales bienes y servicios

Nº 2.- Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación importación, construcción, distribución, comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre un precio o tarifa.

De estas dos definiciones puede advertirse que para que esta normativa se aplique, es necesario además que el proveedor cobre un precio o tarifa a los consumidores por la prestación de bienes o servicios.³¹ En caso contrario, el consumidor no quedaría cubierto por los mecanismos de protección regulados en esta normativa. Lo anterior resulta importante para este trabajo porque, como se advertirá más adelante³², un porcentaje considerable de los servicios ofrecidos por proveedores electrónicos son de carácter gratuito. Este tipo de acuerdos quedarían entonces regulados únicamente por las reglas de derecho común que, entre otras cosas, no prohíben explícitamente las cláusulas abusivas.³³

3.2. El control formal de las cláusulas en la Ley 19.496.

El control formal, utilizado por primera vez en el Código Civil italiano de 1942³⁴, se encuentra orientado a garantizar el adecuado conocimiento de las condiciones generales en los contratos por adhesión. En el caso de la ley chilena los requisitos a que apunta este control formal se encuentran en el artículo 17 en los siguientes términos:

Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo legible y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor.

³¹LÓPEZ SANTA MARÍA, por ejemplo, ha advertido acerca de lo inapropiado de esta restricción, en relación a quienes cobran intereses u honorarios (ver LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge: LOS CONTRATOS. PARTE GENERAL. Tomo I, 3º edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago: 2001. P. 205). Sobre las demás exclusiones contenidas en la Ley respecto a actos de carácter mixto por los que se cobra un precio o tarifa pueden consultarse los incisos segundo y tercero del artículo segundo. Un examen de las actividades incluidas y excluidas en la Ley en JARA, Rony: *Ambito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones*, en CORRAL, Hernán (ed.): DERECHO DEL CONSUMO Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Cuadernos de Extensión, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Santiago: 1999.

³² Ver *infra* 4.

³³ Sobre esto se puede revisar LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA CONTRACTUAL. Cit.

³⁴ Ver artículo 1341.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí.

(...)

Tan pronto el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar íntegro suscrito por todas las partes. Si no fuese posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste. La copia así entregada se tendrá por texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales.

Según puede advertirse de la lectura del precepto, el control formal de las cláusulas abusivas puede desagregarse en los siguientes requisitos exigidos al proveedor: legibilidad, idioma y entrega o envío de la copia del contrato. Junto a esto, el precepto contiene una norma interpretativa que dispone la prevalencia de las cláusulas agregadas sobre el formulario.

Respecto a la legibilidad.- Por razones que ya se han mencionado, el conocimiento de las cláusulas abusivas no elimina ni en el mundo del papel ni en las plataformas electrónicas el problema de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. En el caso chileno la situación es aún más dramática. Al tenor de la discusión parlamentaria sobre la Ley 19.496, parece claro que la legibilidad del contrato a que alude el artículo 17 de la Ley refería al tamaño de la letra y no con una redacción clara e inequívoca como si sucede, por ejemplo, en el caso de la Directiva 93/13³⁵, del Código Civil italiano³⁶ o la ley española de Condiciones Generales de Contratación.³⁷

Idioma castellano y entrega de copia.- presentan menos dificultades que la anterior en el mundo del papel. En plataformas electrónicas, la exigibilidad del idioma castellano resulta particularmente desafiante cuando el proveedor es extranjero.³⁸ El envío de la copia del contrato resulta también atractivo en el caso de los proveedores electrónicos chilenos toda vez que estos suelen no remitirla al consumidor.³⁹

³⁵ **Artículo 5:** *En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible.*

³⁶ **Artículo 1469-quater:** *En el caso de un contrato en el que todas o algunas de sus cláusulas sean propuestas al consumidor por escrito, tales cláusulas deberán siempre estar escritas en un modo claro y comprensible.*

³⁷ **Artículo 5 n. 4.** La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

³⁸ No obstante esto y atendido que este trabajo busca examinar el entorno de los contratos por adhesión en plataformas electrónicas en el caso chileno podemos prescindir de ellos.

³⁹ Si bien resulta cierto que la mayoría de las veces el consumidor no firmará electrónicamente con firma electrónica avanzada el contrato celebrado por vía electrónica esto no supone ningún

Prevalencia de las cláusulas agregadas.- Como se advierte del precepto, aquí se trata de una instrucción para el juez, quien en aquellos casos en que, siendo ambas cláusulas –la redactada por el proveedor y aquella agregada- eficaces, exista algún grado de oposición entre las condiciones impresas en el formulario y una cláusula agregada por las partes, deberá preferir esta última.

3.3. El control del contenido de las cláusulas en la Ley 19.496.

A diferencia de otros cuerpos legislativos⁴⁰, la Ley 19.496 no define qué es lo que sea una cláusula abusiva, sino que se limita a enumerarlas en su artículo 16, estableciendo como sanción a aquellos contratos que las contengan la pérdida de efectos de estas.

Art. 16: No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

- a. Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen;
- b. Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica;
- c. Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables;
- d. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- e. Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio, y
- f. Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato.

Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales.

obstáculo para que el legislador imponga al proveedor la obligación de enviar al consumidor la ratificación del contrato, incluida una copia de los términos de este.

⁴⁰ Ver, por ejemplo, la Directiva 93/13, **Artículo 3.1:** *Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato;* la AGB-Gesetz, **Parágrafo 9** [cláusulas abusivas son aquellas que] *producen un perjuicio de manera desproporcionada al consumidor en contra de la buena fe y la equidad.*

Aún sin entrar detalladamente en cada una de las hipótesis contenidas en este catálogo⁴¹ resulta posible advertir al menos dos problemas.⁴²

En primer lugar se trata de un catálogo insuficiente, las hipótesis que contiene no cubren los casos más frecuentes de cláusulas abusivas. De esta manera –y únicamente a título ejemplar⁴³– el artículo 16 no se refiere a aquellas cláusulas que:

- 1) Impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desmesuradamente alta.
- 2) Establezcan defectos o vicios ocultos de la cosa a cargo del consumidor
- 3) Limiten la responsabilidad del proveedor⁴⁴
- 4) Abrevien el tiempo de prescripción
- 5) Reserven unilateralmente plazos excesivamente extensos para aceptar o rechazar la oferta o cumplir la prestación.
- 6) Prevean la posibilidad de cesión de contrato por parte del proveedor, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de este.
- 7) Prohiban el derecho a compensar el crédito al consumidor
- 8) Supriman la excepción de contrato no cumplido que existe a favor del consumidor

El segundo problema de la Ley 19.496 –que intensifica notablemente el primero– es la falta de una “cláusula general” o “norma abierta”⁴⁵ que permita flexibilizar el control de contenido que debe realizar el juez cuando se enfrenta a un contrato por adhesión que contiene cláusulas abusivas. El valor que posee una norma abierta es que permite al juez revisar el contenido del contrato por adhesión a la luz de la buena fe objetiva. En palabras de DIETLIN & REBMAN dichas normas funcionan como

⁴¹ Una revisión detallada puede consultarse en CONTRATO POR ADHESIÓN LEY NO. 19.496. Cit.

⁴² Un tercer problema que no revisamos aquí tiene que ver con la redacción defectuosa de las hipótesis de cláusulas abusivas contenidas en el artículo 16. Sobre eso ver CONTRATO POR ADHESIÓN LEY NO. 19.496. Cit.

⁴³ Como ha advertido NORDMANN, todo ensayo de enumeración de los objetos sobre los cuales versan las condiciones generales de un contrato resultaría omisivo, utilizando su propia expresión, *nécessairement lacunaire* (citado en CONTRATOS CON CLÁUSULAS PREDISPUESAS. P. 451).

⁴⁴ La Ley 19.496 se refiere únicamente a las limitaciones absolutas de responsabilidad, las que priva de efecto, sin embargo –y a diferencia de lo que suele ocurrir en derecho comparado– deja subsistentes todas aquellas limitaciones que no cumplan con esta característica (ver CONTRATO POR ADHESIÓN LEY NO. 19.496. Cit. pp. 105-18).

⁴⁵ En términos generales una norma abierta es aquella que declara ineficaces aquellas cláusulas de un contrato por adhesión cuando estas encontrándose en oposición al mandato de buena fe, perjudican indebidamente al adherente (ver CONTRATOS CON CLÁUSULAS PREDISPUESAS. Cit. p. 459, nota 1297).

“preceptos de amortiguación” que subsidian el carácter necesariamente incompleto de los catálogos que contienen las hipótesis de condiciones abusivas.⁴⁶

Si lo dicho hasta aquí es correcto, en el mundo de los contratos papel, los consumidores no serán capaces de discriminar aquellos contratos que contienen cláusulas abusivas y aquellos que no las contienen. Lo anterior contribuye a justificar la intervención del Estado. Las razones de esta intervención se justifican por las condiciones que rodean la oferta de contratos por adhesión. ¿Qué sucede, sin embargo, si se modifica la atmósfera contractual, si cambia la “arquitectura”⁴⁷ que la soporta? ¿ceden entonces las razones que justifican la intervención del Estado? La próxima sección intenta dar noticia sobre los cambios que ha experimentado la atmósfera contractual en el caso del ciberespacio.

4. ¿SE PROTEGEN SOLOS LOS CONSUMIDORES EN PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS?⁴⁸

En general, el advenimiento de las plataformas electrónicas no ha sido un motivo de tranquilidad para quienes se preocupan de la protección de los consumidores.⁴⁹ Temas como la protección de la privacidad⁵⁰, la formación del consentimiento y, por lo tanto, la obligatoriedad de los acuerdos celebrados electrónicamente⁵¹, la

⁴⁶ Citados en Ibid. p. 460

⁴⁷ Sobre la idea de arquitectura y ciberespacio ver LESSIG, Lawrence: CODE AND OTHER LAWS OF CIBERSPACE. Basic Books. Nueva York: 1999.

⁴⁸ En esta sección utilizamos básicamente *Standard-Form Contracting in the Electronic Age*. Cit

⁴⁹ En este sentido, por ejemplo, la Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce aconseja a los estados bajo la siguiente fórmula:

(R)econociendo que ciertas características especiales del comercio electrónico, como la facilidad y la velocidad en que los consumidores y las empresas pueden comunicarse acerca de bienes y servicios y realizar transacciones transnacionales, pueden crear situaciones comerciales que no resultan familiares para los consumidores y que podrían poner sus intereses en riesgo, resulta crecientemente importante para consumidores y empresas estar informados y alertas de sus riesgos y obligaciones en el mercado electrónico.

Sobre lo mismo, puede consultarse Framework for Global Electronic Commerce. The White House, Julio 1997. Disponible en <http://www.ecommerce.gov/framework.htm>. Última visita 26/12/2001

⁵⁰ Ver, por ejemplo, *Privacy Online Fair Information Practices in the Electronic Marketplace. A Report to Congress*. Federal Trade Commission. Mayo 2000. <http://www.ftc.gov/report/privacy2000/privacy2000text.pdf>. Visitado 13/05/2001.

⁵¹ Ver Organisation for Economic Co-operation and Development: Measuring the Information Economy (2002). P. 70. Disponible en <http://www.oecd.org/pdf/M00036000/M00036089.pdf>. Visitado 10/12/2002

aterritorialidad de la Red y los problemas jurisdiccionales que esto acarrea⁵² y un aumento en la posibilidad de realización de fraudes⁵³ suelen constituir motivos de preocupación para quienes estarían dispuestos a realizar, en calidad de consumidores, transacciones electrónicas.

¿Qué sucede, sin embargo, con los problemas que han intentado advertirse respecto a los contratos por adhesión? ¿modifican en algo las plataformas electrónicas la posición del consumidor frente a este tipo de negocios? Lo anterior posee alguna importancia pues, según han señalado algunos comentaristas, la gran mayoría de los contratos que se celebran por vía electrónica constituyen contratos por adhesión.⁵⁴

Sobre esto se ha sostenido que, aún cuando las características que definen los contornos de un contrato por adhesión no se modifican en el ciberespacio, las condiciones en que el consumidor enfrenta esta experiencia divergen de las del mundo real. La pregunta que interesa examinar en esta sección es si estos cambios deberían disminuir las aprehensiones que un sector importante de la doctrina ha manifestado respecto a la protección de los consumidores frente a los contratos por adhesión.

4.1. El entorno contractual electrónico.

Según HILLMAN & RACHLINSKI, existen, hasta el momento, ciertas diferencias entre el entorno contractual en el mundo del papel y en el mundo electrónico, estas pueden agruparse según refieran a los consumidores, a los proveedores y al acceso a la información.

Los consumidores.- En el caso de los primeros, pareciera ser que aquellos consumidores que utilizan Internet son más jóvenes, más ricos y mejor educados que sus pares en el mundo del papel.⁵⁵ En el caso chileno existe alguna evidencia que permitiría sostener una afirmación semejante. Un estudio realizado por la Universidad de Chile durante 1999 mostraba que un 75,5% de los usuarios de

⁵² Ver ROTHCHILD, John: *Protecting the Digital Consumer: The Limits of Cyberspace Utopianism*. 74 IND. L. J. 893 (1999).

⁵³ Measuring the Information Economy. Cit. p. 70

⁵⁴ Ver GOMULKIEWICZ, Robert, *The License the Product: Comments on the Promise if Article 2B for Software and Information Licensing*, 13 Berkeley Tech. L.J. 891, 896-97 (1998). No obstante lo anterior, y como ha sugerido RADIN, los contratos celebrados por vía electrónica presentan una posibilidad relevante de "individualización" de las transacciones difícil de conseguir en el mundo del papel debido a sus costos. Ahora bien, aún cuando técnicamente esto es verdad –y como la misma autora lo reconoce– la individualización en contratos celebrados por vías electrónicas es todavía un fenómeno escaso comparado con la ubicuidad de los contratos por adhesión en plataformas electrónicas (ver *Humans, Computers, and Binding Commitment*. 75 IND. L. J. Cit. P.1151).

⁵⁵ *Standard-Form Contracting in the Electronic Age*. Cit. p. 40

Internet en Chile tenían menos de 35 años, de los mayores de 18 años un 64,5% eran hombres, prácticamente un 70% de los usuarios mayores de 18 años tenía acceso a un buen nivel educacional y menos de un tercio de los usuarios mayores de 18 años poseían ingresos familiares inferiores a quinientos mil pesos.⁵⁶ Las estimaciones de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS) correspondientes al año 2001 resultan consistentes con las anteriores, aunque advierten una relativa democratización a partir del año 1999.⁵⁷

Los proveedores.- Según el Informe sobre comercio electrónico y desarrollo 2001 de las Naciones Unidas la actuación de los proveedores de bienes y servicios a través de la Red se caracterizó por una serie de asunciones erróneas respecto al entorno comercial electrónico.⁵⁸ Se trataría, por lo general, de compañías con escasa experiencia en el comercio electrónico y eventualmente, en cualquier entorno comercial, deseosas de conseguir una porción del mercado electrónico y, por lo mismo, más cuidadosos de su reputación que sus pares del mundo del papel.⁵⁹ En el caso chileno –y atendiendo al informe de la CCS- es posible advertir similitudes con los hallazgos del informe de Naciones Unidas. Así, por ejemplo, la oferta de bienes y servicios a través de Internet también se caracterizó por la gratuidad⁶⁰ y, atendidas las causas que determinaron el cierre de 51 sitios de comercio a marzo del 2001 sugeridas por la CCS, la falta de experiencia.⁶¹ No obstante lo anterior, resulta relevante advertir que todo parece indicar que el actual escenario de los proveedores electrónicos ha sufrido transformaciones en su

⁵⁶Ver *Demografía y comportamiento de los usuarios chilenos en Internet*. Universidad de Chile. Disponible en <http://www.facea.uchile.cl/uca/estudios/1999/usuarios/texto2.htm>. Visitado 03/04/2000.

⁵⁷ Según las estimaciones de la CCS, los usuarios de Internet chilenos se concentrarían básicamente en el décimo decil de mayores ingresos, al que pertenecen el 29% de todos los usuarios a fines del 2000. El 17% de la ciberpoblación chilena tenía menos de 16 años, entre 12 y 18 el 28%, el 24% entre 19 y 29 años, el 19% entre 30 y 44, y el resto (12%) tenía menos de 45. Ver *La economía digital en Chile 2002*. Cit. Pp. 37-38

⁵⁸ Entre ellas, la idea de que los beneficios podían esperar indefinidamente y que lo único relevante resultaba ser la cuota de mercado, la creencia de que el primero en llegar se llevaba todas las ventajas, que en Internet el tamaño de la empresa no importaba o que en Internet todo debía ser gratuito pues bastaba la publicidad para financiar los sitios. Ver Naciones Unidas: Informe sobre comercio electrónico y desarrollo 2001. Tendencia y resumen ejecutivo. Disponible en http://r0.unctad.org/ecommerce/docs/edr01_en.htm.

⁵⁹ Sobre las razones de esto puede consultarse FRIEDMAN, David: *Contracts in Cyberspace*. Berkeley Olin Program in Law & Economics, Working Paper Series (University of California, Berkeley). Disponible en http://repositories.cdlib.org/cgi/viewpdf.cgi?article=1019&context=blewp&preview_mode=. Visitado 26/12/02

⁶⁰ Ver *La Economía digital en Chile*. Cit. p. 60.

⁶¹ Según el informe de la CCS correspondiente al año 2001, existieron varias características comunes a estos cierres, entre ellas: los sitios no hicieron publicidad, la experiencia de compras que ofrecía era defectuosa, carecían de convenios de distribución con empresas de transporte, etc. Ver Cámara de Comercio de Santiago: *Economía digital 2001*. Abril 2001. P. 119.

composición, así, la incorporación de empresas tradicionales, aunque tardía, ha superado a la de proyectos enfocados únicamente a plataformas tradicionales.⁶²

El acceso a la información.- Probablemente una de las características más relevantes de las redes electrónicas sea la simplificación del tratamiento de la información y la reducción de sus costos.⁶³ Esta característica de la Red que suele mortificar a quienes se preocupan de la protección de la privacidad en plataformas electrónicas constituye, sin embargo, una poderosa defensa de los consumidores frente a las asimetrías informativas que suelen determinar la existencia de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión.⁶⁴ En el mundo del papel la comparación de cláusulas en los contratos por adhesión es costosa, poco confortable y demanda una gran cantidad de tiempo. Las plataformas electrónicas presentan algunas ventajas. Lo anterior por varias razones, en primer lugar resulta más sencillo examinar los términos del contrato frente a la pantalla que frente a un vendedor que insiste acerca de la firma y no nos permite guardar un ejemplar del contrato para luego revisarlo. En segundo lugar, la disponibilidad de una multiplicidad de contratos en línea permite comparar –si es que así lo desee el consumidor- a bajo costo las diferentes condiciones en que se ofrecen bienes o servicios competitivos eligiendo optando por aquellos proveedores que ofrezcan las mejores condiciones. En tercer lugar, la difusión de información acerca de las experiencias de los consumidores respecto de aquellos proveedores que utilizan cláusulas abusivas resulta más sencilla y menos costosa. Ejemplos de esto último son los boletines o publicaciones cuyo objetivo es informar en forma gratuita acerca de un determinado proveedor o bien categorizar a los distintos proveedores según la calidad de sus servicios.⁶⁵

⁶² Ver *Idem* p. 112

⁶³ En este sentido CASTELLS ha señalado que:

a diferencia de cualquier otra revolución, el *núcleo* de la transformación que estamos experimentando en la revolución [la revolución de la tecnología de la información] remite a *las tecnologías del procesamiento de la información y de la comunicación* (CASTELLS, Manuel: LA ERA DE LA INFORMACIÓN. LA SOCIEDAD RED (Vol. I). Siglo XXI editores. México: 1999. P. 57 (itálicas en el original, citación interna omitida)

Luego añade:

Las tecnologías de la información basadas en la electrónica (incluida la imprenta electrónica) presentan una capacidad incomparable de almacenamiento de memoria y velocidad de combinación y transmisión de bits (loc cit. nota 11).

⁶⁴ Sobre esto ver *Cláusulas abusivas*. Cit.

⁶⁵ En el caso chileno, puede consultarse, por ejemplo, meenonje.com, un sitio enfocado a las denuncias de particulares contra empresas, con el objetivo de “ayudar a las Empresas y sus Clientes a mejorar el proceso de calidad de servicio y el entendimiento mutuo en un mundo cada vez más complejo.” En el sitio existe un cuadro que rankea a algunas empresas chilenas según el tratamiento que dan a los reclamos de los clientes. Al 18 de noviembre de 2002, la empresa

Un entorno contractual caracterizado por consumidores más precavidos, proveedores más temerosos de su prestigio e información accesible a menor costo parece constituir una réplica más o menos cercana de un mercado perfecto en el cual las cláusulas abusivas simplemente debiesen desaparecer.⁶⁶

Si así fuesen las cosas, existirían razones para que el legislador y los jueces miraran en forma más amable a los contratos por adhesión en el mundo electrónico, dejando que el mercado haga su tarea. Si lo anterior no es correcto, entonces parece ser que la proliferación de contratos por adhesión en el ciberespacio debería constituir una causa de preocupación.

En las páginas que siguen nos interesa examinar la problemática que se ha suscitado en el caso estadounidense a propósito de modelos de contratos por adhesión en plataformas electrónicas: los contratos *click* y los contratos *browse*. Lo anterior a través de una pequeña muestra de los casos más sobresalientes de los últimos años. Concluido esto avanzamos sobre el uso de contratos por adhesión en plataformas electrónicas en el caso chileno.

5. DOS ESPECIES DE CONTRATOS ELECTRÓNICOS: CONTRATOS CLICK (CLICK-WRAP CONTRACTS) Y CONTRATOS BROWSE (BROWSE WRAP CONTRACTS).

¿Dos nuevos animales al bestiario jurídico?

Hasta el momento las dos formas más frecuentes de contratos por adhesión en plataformas electrónicas son los contratos *click* y los contratos *browse*.⁶⁷

5.1. Contratos Click.

Los contratos *click* suelen presentarse como especies de contratos por adhesión en el caso de las licencias. Este tipo de acuerdos puede ser caracterizado como un “contrato envuelto en línea”⁶⁸ Como en el caso de los contratos envueltos, se

meenoje.com había recibido 22.857 reclamos, 185 de ellos en los últimos siete días (www.meenoje.com visitado 19/11/2002).

⁶⁶ Ver, por ejemplo, SCHWARTZ, Alan & WILDE, Louis: *Imperfect Information in Markets for Contracts Terms: The Examples of Warranties and Security Interests*. 69 VA. L. REV. 1387. 1414-15; PRIEST, George: *A Theory of the Consumer Product Warranty*. 90 YALE L.J. 1297. 1347

⁶⁷ ver *Standard-Form Contracting in the Electronic Age*. Cit. P. 36

⁶⁸ La expresión *click-wrap contract* deriva de *shrink wrap contract* (contratos envueltos). El nombre de estos últimos proviene originariamente del mecanismo de distribución de los contratos de software, los que se encontraban al interior de las cajas, envueltas en celofán, que contenían el soporte físico del software. La naturaleza contractual de la licencia contenida en la caja suele ir avisada en forma impresa a través de un aviso en la caja. De esta manera, el consumidor puede saber que, una vez que ha abierto el celofán queda vinculado por los términos del contrato que esta

presenta al consumidor los términos del contrato –esta vez digitalizados- para que los acepte o rechace. Únicamente si los acepta puede acceder al bien o servicio que se le está ofreciendo. De esta manera, se trata de contratos cuyo proceso de formación transcurre íntegro en una plataforma electrónica. Por ejemplo, el proveedor publica un conjunto de términos y condiciones bajo los cuales ofrece un determinado bien para la venta, el potencial comprador debe indicar su aceptación de los términos –generalmente pulsando un ícono de aceptación de los términos del contrato- una vez que los ha aceptado de esta manera se entiende que los términos y condiciones le son oponibles.

Algunos casos.- Aunque probablemente el caso más famoso de contratos *click* sea actualmente **ProCD v. Zeidenberg** (86 F.3d 1447 [7th Cir. 1996])⁶⁹, nos interesa referirnos únicamente a aquellos en que el proceso de formación del consentimiento se ha formado íntegramente en plataformas electrónicas.

Caspi v. The Microsoft Network (323 N.J. Super. 118; 732 A.2d 528 [Julio 2, 1999]). En este caso, la oferta de membresía a la Red Microsoft se presentaba al potencial cliente a través de un acuerdo contenido en una ventana que el consumidor podía examinar “recorriendo” el documento y luego, utilizando su

contiene (ver MADISON, Michael: *Legal-Ware: Contract and Copyright in the Digital Age*. Pp. 1055 y ss. 67 Fordham L. Rev. 1025 (1998)).

⁶⁹ En este caso ProCD, lanzó a la venta un programa, SelectPhone, contenido en un CD-Rom cuyo costo de realización ascendía a más de US. \$10.000.000. ProCD intentó una estrategia de discriminación de precios, diferenciando las condiciones de uso para consumidores y comerciantes.⁶⁹ La caja que contenía el CD-Rom del programa para consumidores contenía un aviso que daba noticia al comprador que la utilización del producto se encontraba regulada por los términos que se contenían en un contrato de licencia que se encontraba impreso adentro de la caja y además aparecía cada vez que el comprador abría el programa en su computador, desplegándose de forma tal que el comprador no podía acceder al producto sin indicar aceptación de los términos de la licencia. Uno de ellos era que el comprador se obligaba a no dar uso comercial a la información contenida en el programa. Uno de los compradores de la versión para consumidores, Mathew Zeidenberg, puso en Internet la base de datos haciéndola accesible por un precio menor al cobrado por ProCD. La Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos consideró que la licencia tenía carácter contractual y, por lo tanto Zeidenberg había infringido una de las cláusulas de ese contrato de licencia válidamente firmado.

El centro de la discusión en este caso fue el carácter vinculante de los términos del contrato de licencia. La posición de Zeidenberg fue que no resultaban vinculantes toda vez que no se encontraban disponibles al momento de la celebración del contrato pues en esa ocasión permanecían ocultos al interior de la caja o del programa, inaccesibles para el consumidor. El tribunal de primera instancia compartió la opinión de Zeidenberg señalando que únicamente formaban parte del contrato aquellos términos visibles al momento de la celebración del contrato. La corte de apelaciones sostuvo una opinión distinta señalando que los términos del contrato únicamente podían ser expuestos en el exterior de la caja que contenía el producto si la letra que utilizaban era microscópica, a riesgo de expulsar otra información que los consumidores considerasen relevante como las funciones que realiza el producto o el tipo de computador en el que corre. Por lo demás, bajo las reglas del contrato de licencia, el consumidor podía devolver el producto –y obtener la restitución de su dinero- si no se encontraba conforme con los términos de la licencia

mouse, elegir el ícono Acepto (*I Agree*) o No acepto (*I Don't Agree*). El servicio únicamente resultaba accesible una vez que el consumidor elegía “Acepto.” El acuerdo contenía una cláusula de prórroga de competencia –generalmente permitida en el derecho estadounidense– que más tarde constituyó el objeto de la controversia. Esta se centró sobre la “adecuada noticia” (*adequate notice*) que tuvieron los consumidores sobre la cláusula. En caso que no hubiesen tenido una oportunidad razonable de informarse y revisar la cláusula, esta no resultaría vinculante. La Corte de New Jersey consideró que a esta cláusula se aplicaban las normas generales sobre arbitraje, lo que significaba que la cláusula era válida –y, por lo tanto, obligatoria– si satisfacía tres requisitos, a saber: 1) el consentimiento del consumidor no ha sido conseguido fraudulentamente, 2) la cláusula satisface estándares razonables de visibilidad (*conspicuousness*) y 3) el proceso de firma proveía al consumidor de la oportunidad de revisar y rechazar el acuerdo. La Corte concluyó que la presentación electrónica de la cláusula satisfacía estos requisitos.

Otro caso en que bajo las mismas condiciones surgió una decisión similar es **Groff v. America Online Inc** (1998 WL 307001 [R.I. Superior Ct. 1998]). En esta ocasión el tribunal señaló:

Nuestro tribunal... estableció la regla general que la parte que firma un documento manifiesta su voluntad y no puede quejarse más tarde que no ha leído el instrumento o que no entendió su contenido. Aquí, el demandante efectivamente “firmó” el acuerdo pulsando (*by clicking*) “Yo acepto” (*I agree*) no solo una vez, sino dos. Bajo estas circunstancias, sus quejas que no vio, leyó, etc. el acuerdo no deben ser escuchadas, y se encuentra atado por los términos del contrato.

Hotmail Corporation v. Van Money Pie Inc., et al., (C98-20064, 1998 WL 388389 [N.D. Ca., April 20, 1998]). A la fecha de la demanda *Hotmail Corporation* proveía servicios de casillas de correo electrónico gratuito. Quienes desearan utilizar dichos servicios debían aceptar las Condiciones de Servicio (*Terms of Service*) de *Hotmail*. Los clientes aceptaban dichas condiciones pulsando un ícono que se encontraba al final de una ventana que contenía el contenido completo del contrato. Una de las condiciones prohibía expresamente el uso de las casillas *Hotmail* para facilitar la transmisión de correos comerciales no solicitados. Los demandados utilizaron casillas de *Hotmail* como remitentes falsos del spam y para recibir respuestas al spam.⁷⁰ En lo que interesa en estas páginas, la Corte consideró que la conducta de los demandados constituía incumplimiento contractual al infringir las condiciones de uso de *Hotmail* las que prohibían este tipo de conducta. Para fundamentar su decisión la Corte consideró que al pulsar el ícono de aceptación se había formado válidamente un contrato del que los demandantes eran parte.

⁷⁰ Sobre spam puede consultarse DE LA MAZA, Iñigo: *El correo en los tiempos de Internet* (sin publicar).

Williams v. America Online, Inc. (2001 WL 135825 [Mass. Super., Febrero 8, 2001]). En este caso los demandantes alegaron que habiendo instalado en sus computadores un programa de software ofrecido por *America Online, Inc.* (AOL Versión 5.0) este ocasionaba cambios no autorizados en la configuración de sus computadores de manera que estos no podían acceder a proveedores de servicios de Internet distintos de *America Online, Inc.* (AOL), eran incapaces de ejecutar programas de correo electrónico distintos de los de AOL y resultaban incapaces de proveer acceso a información personal y archivos. AOL realizó su defensa alegando la incompetencia del tribunal de Massachusetts que conoció la demanda. AOL argumentó que para descargar la Versión 5.0. los consumidores debían aceptar sus condiciones de uso, una de las cuales era una prórroga de competencia al estado de Virginia.

A diferencia de *Caspi*, la Corte decidió que en este caso la cláusula que contenía la prórroga de competencia no resultaba vinculante para los demandantes. La razón de esta decisión se vinculó a la manera inusual en que el proveedor presentaba sus condiciones de uso. Acogiendo los argumentos de los demandantes, el tribunal resolvió que las condiciones de uso eran puestas a disposición de los demandantes después que el programa hubiese sido instalado en los computadores de los usuarios, de esta manera estos habían resultado dañados con prescindencia de su aceptación de dichas condiciones. Al final del proceso de instalación, y luego que la reconfiguración no autorizada se había producido, se solicitaba a los usuarios aceptar el acuerdo presentándoles dos opciones: Acepto (*I Agree*) o Lea Ahora (*Read Now*). Las condiciones del acuerdo no eran presentadas al usuario antes de la instalación, de esta manera, los usuarios resultaban obligados por términos que aún no conocían. Si los usuarios elegían Lea Ahora, se encontraban frente a una segunda opción entre De Acuerdo, Acepto (*Okay, I Agree*) y Lea Ahora (*Read Now*). Si el usuario elegía la primera, los términos del acuerdo no se desplegaban, únicamente si elegía la segunda, los términos aparecían en la pantalla. La Corte consideró que la cláusula de arbitraje no resultaba vinculante para los usuarios toda vez que el proveedor no daba noticia adecuada a estos sobre ella.

5.2. Contratos *browse*.

Como en el caso de los contratos *click*, los contratos *browse* constituyen formas de contratación que se presentan únicamente en las plataformas electrónicas. Nuevamente, esta forma de contratación se encuentra frecuentemente asociada a contratos de licencia. Lo que los diferencia de los contratos *click* es que en el caso de los *browse* el usuario no requiere manifestar su voluntad o siquiera disponer de la oportunidad de revisar los términos y condiciones del contrato –de licencia, por ejemplo- para quedar vinculado por este. El vínculo se presume por el solo hecho de utilizar el bien o servicio regulado contractualmente.

Algunos casos.- Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc. (2000 U.S. Dist. Lexis 4553 [C.D. Ca., Marzo 27, 2000]). Los demandantes operaban un sitio web que

ofrecían la venta de entradas para distintos eventos recreativos. En el momento del juicio, los términos y condiciones de uso del sitio se encontraban en el extremo inferior de la página de manera que el usuario podía no verlos y no requería realizar ningún acto de aceptación respecto de ellos para poder utilizar los servicios de la página. Los términos y condiciones prescribían que la sola utilización de la página constituía la aceptación de estos. Entre otras cosas, los términos y condiciones prohibían el uso comercial de la información contenida en la página para propósitos comerciales y los “enlaces profundos” (*deep linking*).⁷¹ El demandado mantenía en su sitio web un enlace profundo que direccionaba al usuario hacia una página del sitio de *Ticketmaster* distinta a su página principal.⁷² La demanda de *Ticketmaster* se fundó violación a los derechos de autor del demandante, competencia desleal e incumplimiento de contrato. Aquí interesa referirse únicamente a este último argumento.

Ticketmaster argumentó que los términos y condiciones de su sitio se asemejaban a un contrato de licencia envuelto⁷³ (*shrinkwrap*) y, por lo tanto, resultaban vinculantes para los usuarios. La corte no compartió este argumento señalando que en el caso de los contratos de licencia envueltos, la noticia de los términos contractuales resultaba suficientemente obvia para que el usuario tuviese noticia de ella. En este caso, los términos y condiciones no resultaban suficientemente visibles, estos no se encontraban en la primera pantalla a la que el usuario accedía, sino en el extremo inferior de la página, al que el usuario debía desplazarse para advertir su existencia. Por lo mismo, era perfectamente posible que un número significativo de usuarios visitara la página sin tener noticia de dichos términos y condiciones de uso.⁷⁴ En palabras de la corte:

Al defender su argumento, Ticketmaster hace referencia a los contratos de licencia envueltos, en los cuales el paquete que contiene el CD contiene un aviso según el cual la apertura del envoltorio constituye adhesión al contrato de licencia contenido en su interior. La obligatoriedad de estos acuerdos ha sido reconocida. No sucede lo mismo en este caso porque el “contrato de licencia envuelto” (*“shrink-wrap licence agreement”*) es explícito y obvio y, en los hechos, resulta difícil no advertir su existencia. Muchos sitios web lo hacen seleccionar “acepto” respecto de los términos y condiciones antes de seguir adelante, sin embargo, Ticketmaster no lo hace. Además los términos y condiciones se encuentran ubicados de manera que el consumidor debe

⁷¹ Los enlaces profundos son aquellos que conducen directamente a una página web distinta a la página principal del sitio que hospeda a la primera.

⁷² Este direccionamiento no resultaba inocuo para *Ticketmaster*. La empresa ofrecía espacios para publicidad en su página principal y el precio que cobraba por esta publicidad guardaba estrecha relación con el tráfico de usuarios por dicha página. El vínculo profundo de *Tickets.com* disminuía el tráfico de usuarios por la página principal, restando valor a sus espacios de publicidad.

⁷³ Ver *supra* nota 66

⁷⁴ El mismo argumento sería utilizado durante ese año en otro caso de características similares, ver *Register.com, Inc. v. Verio, Inc.* (126 F. Supp. 2d 238 [S.D.N.Y., Diciembre 12, 2000).

desplazarse hacia el extremo inferior de la página (*scroll down*) para encontrarlos y leerlos. Es probable que muchos consumidores utilicen la página sin leer la “letra pequeña”. No puede afirmarse que el solo hecho de poner los términos y condiciones de esta forma cree necesariamente un contrato con cualquiera que utilice el sitio web.

Pollstar v. Gigmania. (2000 WL 33266437 [E.D. Cal. Oct. 17, 2000]. *Pollstar*, el demandante mantenía un sitio web que contenía información que, según se afirmaba ahí, se encontraba protegida por derechos de autor. La página web contenía un enlace que, de pulsarlo, transportaba al usuario a una página web distinta que contenía el texto completo del contrato de licencia, el que, supuestamente, resultaba vinculante para cualquier usuario de la página. Cabe advertir que para utilizar los servicios de la página web no se requería realizar ningún acto de aceptación respecto de los términos de la licencia o siquiera leerlos. Los demandados copiaron parte de la información del sitio. *Pollstar* los demandó por incumplimiento del contrato de licencia y el argumento de la defensa fue que no había existido contrato por falta de consentimiento sobre sus términos. Aunque la corte denegó la defensa de los demandados, manifestó sus dudas sobre los contratos *browse* en los siguientes términos:

La corte está de acuerdo con el demandado en que al visitar el sitio únicamente, muchos de sus usuarios podrían no advertir la existencia de un contrato de licencia. El aviso del contrato se encuentra en un pequeño texto gris sobre un fondo gris...No se han reportado casos que resuelvan la ejecución forzosa de contratos de licencia *browse* [*browse wrap licence*]...Si bien la corte está de acuerdo (con el demandado) que el usuario no es confrontado inmediatamente con la noticia del contrato de licencia, esto no elimina [*dispose*] el alegato (del demandante) de incumplimiento contractual. La corte tiene dudas acerca de declarar la invalidez e inejecutabilidad de contrato de licencia *browse* esta vez.

Specht v.Netscape Communications Corp. (2001 WL 755396, 150 F. Supp. 2d 585 [S.D.N.Y., July 5, 2001], *aff'd.* -- F.3d – [2d Cir., Oct. 1, 2002]). El demandado ofrecía en su sitio web un programa de software –*Netscape Smart Download*– en forma gratuita a quienes desearan descargarlo a sus computadores. Además de la función explícita del software –bajar documentos en forma más eficiente– este cumplía una segunda tarea, enviar información sobre los documentos bajados a *Netscape*.⁷⁵ Para bajar el programa a su computador el usuario únicamente debía pulsar el ícono de bajada (*download*) y este comenzaba a descargarse. Si el usuario se desplazaba hacia el extremo inferior de la página descubría un enlace que contenía un aviso redactado en los siguientes términos: “Por favor revise y acepte los términos del software NSD antes de descargarlo y utilizarlo.” Este texto contenía un enlace que transportaba al usuario a una página separada titulada

⁷⁵ Al descargarse en los computadores de los usuarios Netscape Smart Download (NSD) creaba y almacenaba en el disco duro del usuario una línea de caracteres, conocida como Llave (*Key*) que funcionaba en forma similar a un archivo *cookie* en las futuras comunicaciones con *Netscape*. Cada vez que el usuario empleaba NSD para descargar un documento de Internet, el programa transmitía a *Netscape* la dirección del archivo que se estaba bajando unido a una *cookie* –incorporada por el navegador de *Netscape*, *Navigator*, en el disco duro del usuario– a *Netscape*.

“*License and Support Agreements*” que notificaba al usuario que todos los productos de *Netscape* se encontraban regulados por contratos de licencias que debían ser aceptados por los usuarios antes de comenzar a utilizarlos. Esta página contenía además un nuevo enlace que transportaba al usuario al contrato de licencia de NSD el cual, según su texto, vinculaba al usuario a sus términos por el solo hecho de bajar el programa.

Como en otros casos, el usuario podía descargar el programa sin la necesidad de acceder siquiera al contrato de licencia.

Los demandantes argumentaron que al recabar información sobre los archivos que bajaban *Netscape* infringía su derecho a la privacidad, espiando ilegalmente sus comunicaciones. *Netscape* se defendió argumentando que la licencia que regulaba la utilización del producto prorrogaba la competencia para conocer de los asuntos contenciosos a un tribunal arbitral ubicado en el condado de Santa Clara, California. En lo que interesa, la corte debió resolver si dicha cláusula formaba parte de un contrato que vinculase a las partes. La corte consideró que no.

Los argumentos de la corte fueron básicamente que del hecho de seleccionar un ícono titulado “descarga” (*download*) no podía desprenderse la aceptación por parte de los usuarios de los términos del contrato de licencia que regulaba la utilización de NSD. En palabras de la corte:

No estamos de acuerdo con la afirmación que un usuario razonablemente prudente en la posición del demandante habría conocido necesariamente o sabido con certeza acerca de la existencia del contrato de licencia de SmartDownload antes de actuar, de manera que pueda considerarse que el demandante ha prestado su aceptación al contrato con noticia suficiente de sus términos.

Junto a lo anterior, la corte advirtió que si bien los demás productos de *Netscape* se encontraban regulados por contratos de licencia, estos eran presentados a los usuarios en una forma distinta, que aseguraba, al menos, que los usuarios tuviesen oportunidad de revisar los términos del contrato si así lo deseaban y que condicionaba el uso del producto a la aceptación de dichos términos, eso no ocurría en este caso.⁷⁶ Por estas razones, la corte decidió que la cláusula de prórroga de la competencia no vinculaba al demandante.

⁷⁶ En palabras de la corte:

(a diferencia de otros programas ofrecidos por *Netscape*) Smart Download de Netscape permite al usuario descargar y usar el software sin realizar ninguna acción a través de la cual se manifieste llanamente su consentimiento sobre los términos de la licencia asociada o que indique una comprensión que se ha formado un contrato...Netscape argumenta que el solo acto de descargar indica ese consentimiento. Sin embargo, dicha descarga difícilmente constituye consentimiento. El propósito básico de la descarga es obtener un producto, no consentir en un acuerdo. En contraste a esto, pulsar (*clicking*) un ícono que declare “Yo acepto” no tiene otro significado o propósito más que indicar dicha voluntad. La omisión de

6. UNA MIRADA A LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS POR ADHESIÓN EN EL CASO CHILENO.⁷⁷

6.1. Contratos *browse* y contratos *click*.

En consonancia con los escasos estudios disponibles, en el caso chileno los contratos *browse* parecen constituir la categoría contractual más difundida en la regulación de las relaciones entre proveedores y consumidores en el ciberespacio.

La gran mayoría de los contratos examinados corresponden a contratos *browse*,⁷⁸ esto es que vinculan al consumidor a un conjunto de términos y condiciones por el solo hecho de visitar la página. La vinculación contractual únicamente resulta evidente para el usuario una vez que visita los “términos y condiciones” que regulan la prestación del servicio.

Algunos ejemplos.

El acceso y uso a este website está sujeto a las siguientes condiciones. Por favor, no use este website a menos que acepte las condiciones aquí establecidas. (www.bayercropscience.cl. Visitado 23-09-02).

Por el solo hecho del uso del Portal el Usuario expresa la adhesión plena y sin reservas a todos y cada uno de los términos, condiciones y estipulaciones de las Políticas Generales. En caso que el Usuario no esté de acuerdo con la totalidad de lo establecido en estas Políticas Generales no está autorizado para utilizar el o los Servicios del Portal. (www.bancosantander.cl. Visitado 22-09-02).

Netscape de requerir a los usuarios de Smart Download indicar su consentimiento de la licencia como una precondition para el uso del programa resulta fatal para su argumento de que se ha formado un contrato. Además, a diferencia de los usuarios de Netscape Navigator u otros contratos de licencia click o envueltos, quien obtiene Smart Download no es advertido del hecho que está celebrando un contrato. Smart Download se encuentra disponible desde el sitio web de Netscape en forma gratuita. Antes de bajar el software, el usuario no necesita ver los términos de ningún contrato de licencia ni hacer nada distinto que tomar posesión del producto para manifestar su conformidad con dicho contrato. Desde el punto de vista de las ventajas del usuario, Smart Download puede ser equiparado a un periódico gratuito de barrio, obtenido de un kiosko o de la caja de un supermercado sin darle nada a cambio al vendedor o al cajero. El diario está ahí para ser tomado.

⁷⁷ Los contratos electrónicos presentan una serie de desafíos a la aplicación del derecho de contratos chileno. En este trabajo únicamente nos ocupamos de la formación del consentimiento y de la protección de los consumidores. Respecto del reconocimiento legal de los contratos electrónicos en Chile en la Ley N° 19.799 puede consultarse WHAL, Jorge: *Aspectos de la formación del consentimiento en los contratos electrónicos*. En CORRAL, Hernán y ACUÑA, Guillermo (eds.): DERECHO DE LOS CONTRATOS. ESTUDIOS SOBRE TEMAS DE ACTUALIDAD. Universidad de los Andes Facultad de Derecho. Cuadernos de Extensión Jurídica 6. Santiago: 2002. Pp. 131-66

⁷⁸ De la muestra, 103 contratos son contratos *browse*. Sobre esto, cabe advertir que hemos considerado como *browse* aquellos contratos que poseen una estructura dual, esto es ofrecen parte de sus prestaciones (por lo general la información del sitio) regulada por un contrato *browse* y otra a través de contratos *click*.

*Todos los usuarios de este sitio web aceptan que su acceso y uso se rige por los **términos y condiciones** descritos a continuación, así como por la legislación que se aplique en Chile, aceptando por lo tanto dichos términos y condiciones y las consecuencias que estos pudieren implicar (www.falabella.cl. Visitado 22-09-02. Negrillas en el original).*

Las condiciones generales contenidas a continuación (en adelante referidas como las "Condiciones Generales") regulan el uso de los portales de Internet de propiedad de las sociedades del grupo emol (en adelante referidos individualmente como un "Portal" y en conjunto como los "Portales"). El acceso a los portales es gratuito, condicionado a la aceptación y cumplimiento de estas Condiciones Generales. La utilización de un Portal otorga a la persona que lo utiliza el carácter de usuario del Portal (en adelante referido como "Usuario") e implica la aceptación plena del Usuario a las Condiciones Generales. Esta aceptación se entenderá otorgada desde el momento en que el Usuario accede al Portal. Si usted no está de acuerdo con las Condiciones Generales debe abstenerse de utilizar los Portales (www.emol.cl. Visitado 03-10-02).

Por el hecho de proceder a usar este sitio el usuario reconoce y acepta las condiciones y términos de uso establecidos dentro de estos párrafos, acepta todos los riesgos que el uso pueda crear, y renuncia a cualquier derecho por obligaciones o daños que puedan aparecer a través de estas páginas o en conexión con ellas, o del usuario por haber entrado en ellas (www.hyatt.cl. Visitado 24-09-02).

Lo siguiente son los términos de un convenio legal celebrado entre usted y Dell Computer Corporation ("Dell"). Al acceder, hojear y/o usar este sitio ("Sitio"), usted admite haber leído y entendido estos términos y esta de acuerdo en sujetarse a estos términos y cumplir con todas las leyes y reglamentos aplicables, incluyendo las leyes y reglamentos sobre el control de las exportaciones y reexportaciones de los Estados Unidos (www.dell.cl. Visitado 15-01-03).

¿Son contratos los contratos *browse*?

En el caso chileno⁷⁹ nuestra respuesta, en la gran mayoría de los casos, es no. Como examinamos a continuación, la mayoría de los contratos *browse* examinados

⁷⁹ En derecho comparado ha sido en Estados Unidos donde esta discusión se ha presentado con mayor intensidad tanto en el plano legislativo como en el judicial. Respecto del primero, el 29 de septiembre de 2000 fue concluida y dispuesta para su aprobación a nivel estatal la Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA) con el objetivo de regular los contratos de licencia de software y otras transacciones sobre información realizadas a través de medios electrónicos. Entre los contratos cubiertos por UCITA se encuentran las licencias de software, los contratos para el desarrollo de programas computacionales, las licencias para acceder a bases de datos y los contratos que regulan el acceso y utilización de sitios web (sobre UCITA puede consultarse UCITA on Line. www.ucitaonline.com. Visitado 30-04-03). Según esta ley se reconoce valor a los contratos celebrados electrónicamente sobre información provista a través de computadores bajo las siguientes condiciones (ver Uniform Computer Transaction Act § 112): el usuario debe manifestar su

en la muestra presentan, por regla general, problemas de tal magnitud en la formación del consentimiento que eliminan toda posibilidad de que la pretensión del proveedor de regular contractualmente su prestación sea reconocida por el derecho chileno

El problema del carácter contractual de los contratos *browse* puede desagregarse en tres preguntas. La primera es si la oferta resulta vinculante para el proveedor. La segunda es si, aún siendo vinculante la oferta para el proveedor existe contrato⁸⁰ y, la tercera –en caso que la respuesta a las dos preguntas sea afirmativa- ¿desde cuándo existe el contrato?

De cara a la primera pregunta, la regla del artículo 105 del Código de Comercio dispone que :

consentimiento después de haber tenido la oportunidad de revisar los términos del acuerdo. Se entiende que el usuario ha tenido esta oportunidad si el contenido prescriptivo del contrato ha sido puesto a su disposición de manera que hubiera llamado la atención de una persona razonable y le hubiera permitido conocerlos (id. (e)). UCITA además exige que el usuario haya tenido conocimiento de que determinadas conductas suyas serán tomadas como manifestación de voluntad por parte del proveedor (id. ((a) (2))). Finalmente se establece que los términos del contrato deben ser ofrecidos al usuario antes de que se entienda formado el contrato (Id. § 208 (2)). Así las cosas, bajo UCITA, los contratos *click* resultarían, en general, vinculantes para los usuarios, en el caso de los *browse*, su exigibilidad quedaría sujeta a que la forma en que los términos y condiciones hayan sido presentadas antes de que el contrato comience a producir sus efectos y su contenido prescriptivo fuera accesible para un usuario que utilizara un cuidado razonable (ver una explicación sobre la regulación del consentimiento en UCITA y casos a los cuales serían aplicables sus normas BAKER, William et al: *Contracting and Selling in Cyberspace*. Disponible en www.nlcpi.org/books/pdf/Vol4Num12Dec2000.pdf-. Visitado 30-04-03 y BRAUCHER, Jean *Uniform Computer Information Transactions Act: A Broad Perspective*. 673 PLI/Pat 175 (2001)). En aquellos estados donde UCITA no ha sido aprobada (hasta agosto de 2002, solo dos estados Virginia y Maryland habían aprobado legislación basada en UCITA), los contratos electrónicos se rigen generalmente por las reglas del Uniform Commercial Code (U.C.C). Para el caso de los contratos *browse* probablemente la herramienta más poderosa sea la *unconscionability* (una traducción literal de la expresión es como inconsciencia o irracionalidad) diseñada por Karl Lewellyn y regulada en la sección 2-302 del U.C.C. Esta puede ser definida como “la ausencia de una posibilidad de elección significativa que existe si la parte más débil ha aceptado los términos del contrato porque no ha tenido otra alternativa razonable, no ha tenido noticia de dichos términos o ha sido incapaz de entender los términos o su relevancia” (ver *Williams v. Walker Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965. Un análisis sobre el significado de la *unconscionability* en EISENBERG., Melvin: *The Bargain Principle and Its Limits*, 95 HARV. L. REV. 741, 771-73 (1982)).

⁸⁰ Copesa (www.copesa.cl. Visitado 22-09-02), por ejemplo, informa a los usuarios de sus sitios web que:

Mediante la generación de esta **Política de Privacidad de Datos Personales**, Copesa no está suscribiendo un compromiso contractual con sus lectores sino que ésta se entrega de modo informativo.

Las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos o en cualquiera otra especie de anuncios impresos, no son obligatorios para el que las hace.

Como no resulta difícil advertirlo, la oferta que se realiza de celebrar un contrato por adhesión en una plataforma electrónica, las más de las veces se asemejará a la contenida en la regla recién transcrita. No obstante lo anterior, parece evidente que una vez que el usuario comienza a utilizar los servicios o adquirir bienes y servicios a través del sitio web bajo la anuencia de su responsable, la oferta ha dejado de ser indeterminada.⁸¹

Aún sobre esto, debe distinguirse si la oferta se encuentra regida por las reglas de protección al consumidor, en cuyo caso, el artículo 12 de la Ley N° 19.496 dispone que:

Los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas.

Con todo, y como intentaremos sostener a lo largo de este trabajo, el problema arroja luz sobre otro punto, a saber, el hecho que la subsunción de este tipo de negocios bajo las reglas del derecho contractual no siempre será posible.

Aún aceptando que la oferta resulta vinculante para el proveedor, todavía es necesario determinar si el contrato ofrecido vincula a las partes. Como resulta bien sabido, para que el contrato resulte vinculante, las partes deben haber prestado su consentimiento sobre su contenido prescriptivo. En el caso de los contratos por adhesión suele aceptarse que no resulta necesario que el aceptante del contrato haya leído a cabalidad dicho contenido, sino más bien que haya tenido acceso a él. Esta exigencia suele cumplirse con claridad en el caso de los contratos *click* donde el acceso a la prestación se encuentra supeditado a la aceptación –formal al menos- de los términos del contrato.

En el caso de los contratos *browse*, lo anterior no parece tan evidente. Aún cuando pudiese sostenerse que el ingreso a la página constituye una aceptación tácita de regirse por los términos y condiciones del sitio⁸², todavía quedaría pendiente una pregunta ¿sobre cuáles términos y condiciones? Esta pregunta resulta problemáticas por dos cosas. La primera es que su respuesta nos conduce a una inconsistencia lógica, la segunda con que, por regla general, quienes ofrecen prestaciones reguladas a través de contratos *browse* lo hacen de manera que no resulta evidente para el consumidor la regulación contractual de la prestación. Por

⁸¹ Sobre este tema y sobre la oferta dirigida al público en derecho comparado puede consultarse *Aspectos de la formación del consentimiento en los contratos electrónicos. Derecho chileno y tendencias en el derecho comparado*. Cit. pp. 143-46).

⁸² Ver artículo 103 Código de Comercio.

ahora nos detendremos únicamente en el primer problema, el segundo será tratado en el número siguiente.

El primer problema refiere a la tercera pregunta formulada más arriba ¿desde cuándo existe el contrato? Asumiendo que el contrato exista, parece más o menos evidente que su contenido prescriptivo alcanzará a las partes una vez que han prestado su voluntad sobre este. En el caso de los contratos *browse* es inevitable que los consumidores accedan a las prestaciones del sitio⁸³ antes de tener conocimiento de los términos y condiciones que regulan dichas prestaciones. ¿Qué estatuto regula el consumo de dichas prestaciones?

Por supuesto es posible contestar que la objeción es irrelevante toda vez que, la mayoría de las veces, el tiempo que medie entre el acceso al sitio y el conocimiento de los términos y condiciones debería ser insignificante si se asume la obligación del consumidor de informarse sobre dichos términos y condiciones. Nuestra impresión es que de lo que da noticia este problema es que los contratos *browse*, al menos como suelen presentarse, no constituyen una forma adecuada de regular este tipo de prestaciones. Para justificar esta afirmación conviene avanzar hacia el siguiente punto: la forma en que se avisa a los consumidores que las prestaciones del sitio web se encuentran reguladas por un contrato.

6.2. La forma en que se avisa a los consumidores de la existencia del contenido prescriptivo en los contratos *browse*.

Por regla general la existencia de un contrato que regula las prestaciones ofrecidas por el sitio web se avisan al consumidor a través de un aviso. Este aviso constituye un hipervínculo⁸⁴ que conduce al consumidor a otra página que contiene el contenido prescriptivo del contrato.

Si se asume que estos avisos constituyen la única forma que posee el consumidor de enterarse de la existencia de un contrato que regula las prestaciones de la página, entonces resultará deseable que dicho aviso resulte especialmente visible para quien desea utilizar las prestaciones que la página ofrece. Como ya señalamos, para objetivos de este trabajo, hemos definido la visibilidad del anuncio como una función de cuatro variables, a saber: (1) el rótulo del aviso, (2) su posición, (3) el tamaño de la fuente y (4) su color.

(1) El rótulo de los avisos.

⁸³ Al menos en el caso en que la prestación del sitio consiste en información disponible por el solo ingreso a este.

⁸⁴ Los hipervínculos definen un vínculo a un archivo, una página web, un servidor ftp o una dirección de correo electrónico. Palabras, notas de texto y objetos flotantes pueden contenerlos (para mayor información ver http://www.mindjet.com/developer/doc/reference/MMOI_Reference/doc/default hyperlink.html). Visitado 25/02/03).

Las forma de los avisos varía de un contrato a otro, no solo en su fórmula alfabética, sino en la forma del hipervínculo.⁸⁵ En general, sin embargo, se trata de fórmulas alfabéticas. Entre ellas: *términos y condiciones de uso*, *aviso legal*, *condiciones de uso*, *términos generales de uso*, *información legal*, *disposiciones legales*, *descargo de responsabilidad*, *condiciones de uso*, *condiciones generales y responsabilidad*, *copyright Ediciones Financieras S.A. Todos los Derechos Reservados*, *reglas de uso*, *terms of use*, *Aviso con respecto al uso del contenido*, *disclaimer*, *acuerdo legal*, *legal information*.

En los contratos examinados, la fórmula más corriente de avisaje es *términos y condiciones de uso*⁸⁶ y, por separado, o en fórmulas levemente distintas, las expresiones *términos* y *condiciones* aparecen en un número significativo de casos.⁸⁷ Otras fórmulas frecuentes son las que incorporan la expresión *legal* (por ejemplo, *información legal*, *disposiciones legales*, *legal information*).

Asumiendo que la rotulación del aviso constituye un factor relevante al determinar si los consumidores tuvieron un acceso razonable al contenido prescriptivo del contrato, lo que se debería tomar en consideración es si un sujeto medio comprendería de la sola lectura –o vista, si se trata de una imagen- del aviso que este contiene los términos de un contrato que lo vincula por el hecho de visitar el sitio o utilizar sus prestaciones.

Dentro de las fórmulas revisadas probablemente sea *términos y condiciones de uso* la que más llame la atención de un consumidor. Por lo tanto, en la medida que sea suficientemente visible, la fórmula parece satisfactoria.⁸⁸ Nos parece que no sucede

⁸⁵ Así, por ejemplo, en el caso de Hotel and Travel Reservations System (<http://www.htreservations.com>. Visitado 24/09/02) y Telefónica Móvil (<http://www.telefonicomovil.cl/index.asp?sec=1>. Visitado 23/09/02) el hipervínculo es un objeto –la imagen de un papel escrito- en la cual, al ubicar el cursor sobre ella, aparece un pequeño texto: información legal. En otros casos, el aviso es un *pop up* (Un *pop-up* es una interface gráfica que usualmente consiste en una pequeña ventana que repentinamente aparece sobre la faz de la interface visual que se está visitando. Los *pop-ups* por lo general se activan presionando el *mouse* dos veces sobre la ventana que los contiene (para mayor información consultar: http://whatis.techtarget.com/definition/0,,sid9_gci212806,00.html. Visitado 25/02/03). Para un ejemplo de este mecanismo ver Clínica Las Condes (www.clc.cl. visitado 03/10/02). En este caso, al ingresar al sitio, un *pop-up* informa de la existencia de términos y condiciones.

⁸⁶ Sea como *términos y condiciones de uso* o simplemente como *términos y condiciones*, dicha fórmula es utilizada por 32 sitios web de los 103 examinados que contienen contratos browse.

⁸⁷ De los 103 sitios web que contienen contratos *browse*, 72 utilizan por separado, o en fórmulas levemente distintas, las expresiones *términos* y *condiciones*.

⁸⁸ No obstante lo anterior, resultaría deseable introducir a dicha fórmula alguna expresión que diese noticia del carácter contractual de dichos términos y condiciones. En el caso de Hewlett Packard (www.hp.cl. Visitado 24-09-02), por ejemplo, el aviso posee el siguiente texto: *el uso de este sitio implica la aceptación de sus políticas de uso*, en el caso de Mc Graw-Hill (www.mcgraw-hill.cl. Visitado 22-09-02): *Cualquier uso esta sujeto a los Términos de Uso y la Política de Privacidad*. Lo mismo sucede en el caso de Lilly (www.lilly.cl. Visitado 15-01-03). En este caso el texto del aviso es

lo mismo en el caso de las imágenes, al menos las revisadas en esta investigación. Parece poco probable que un consumidor advierta que tras una imagen mas bien aséptica y, frecuentemente acompañada de otras imágenes existe un contrato que lo vincula. Es posible que si se examina cuidadosamente el sitio, pulsando sistemáticamente, todos los iconos se llegue finalmente a la información legal, pero la idea aquí es que esta sea evidente, no que precise una pesquisa. Esto último significa simplemente que el proveedor no se está tomando en serio el carácter contractual que pretende imprimir a las prestaciones de su sitio, razón de sobra para que los tribunales actúen de igual forma.

Algo más o menos similar se puede afirmar respecto de fórmulas como: *copyright Ediciones Financieras S.A. Todos los Derechos Reservados* (El diario www.eldiario.cl. Visitado 03/10/02), *disclaimer* (SQM S.A. www.sgm.cl. Visitado 26-09-02), *Anuncio de derechos de autor y marca registrada © 2002* (Hotel Hyatt www.hyatt.cl. Visitado 24-09-02), © 1997-2003, *Finning Chile. Todos los derechos reservados* (Finning www.finning.cl. Visitado 15-01-03). Pese a lo peregrino de estas fórmulas todas ellas conducen a términos que aspiran a vincular contractualmente a quienes utilizan los servicios de las páginas.⁸⁹ Como en el caso anterior, simplemente no resulta probable que un consumidor se vea compelido a la lectura del contrato, disimulado por una fórmula que en nada lo evoca, por lo mismo, resulta difícil pensar que los proveedores de los servicios tuvieran especial interés en que los consumidores se enteraran del contenido del contrato. Así en estos casos, lo más adecuado es pensar que las prestaciones entregadas por dichos prestadores carecen de regulación contractual, quedando regidas únicamente por las normas pertinentes de derecho común.

Como se observará a continuación, el rótulo de los avisos no es la única variable que debiese llevar a esta conclusión, el lugar que ocupan dichos avisos en la página web del proveedor es otra.

(2) La posición de los avisos.

Le sugerimos leer atentamente las Condiciones Generales de Uso de este sitio antes de seguir recorriéndolo. Similar, aunque algo más tenue es la fórmula de Es un trato (www.esuntrato.com. Visitado 15-01-03): *Por favor lea los términos y condiciones de uso.*

⁸⁹ Entre otros términos, dichos contratos contienen renunciaciones a cualquier derecho por obligaciones o daños que puedan aparecer a través de estas páginas o en conexión con ellas (Hyatt), la modificación unilateral y sin aviso de los términos del contrato (SQM), la prohibición de copiar, duplicar, emitir, adaptar, cambiar, ceder, comercializar, recircular o distribuir en cualquier forma y a cualquier título, el todo o parte del contenido de las páginas (El diario) y la exoneración de responsabilidad por daños directos, indirectos, incidentales, especiales o consecuentes, que resulten del uso o de la inhabilidad de usar el servicio, o para la procuración de costos de productos sustitutos y servicios, o resultante de cualquiera de los productos comprados u obtenidos, o mensajes recibidos o transacciones que se lleven a cabo a través del servicio o resultante del acceso no autorizado a, o de la alteración de la transmisión o datos de uno de los usuarios, incluyendo, pero no limitado a, daños por la pérdida de ganancias, uso, datos u otros intangibles, incluso si la empresa ha sido avisada de la posibilidad de dichos daños (Finning).

Como ya se ha advertido, la visibilidad de los anuncios –y, por lo tanto, la posibilidad que el consumidor se entere de la existencia de un contrato que regula las prestaciones del sitio web- depende, al menos de cuatro factores, la rotulación del aviso, su posición, tamaño y color. Hasta el momento se ha advertido que el texto –o la imagen- debe resultar suficientemente elocuente para captar evocar en el consumidor la existencia de un contrato. La elocuencia del aviso, sin embargo, resulta totalmente inútil si la posición en que se encuentra lo torna invisible para el consumidor. ¿Cuándo debería considerarse que, por su posición, un aviso resulta invisible para el consumidor?

Nuestra respuesta es que el aviso es invisible cuando no se encuentra en la página principal o *home page* o bien no resulta accesible desde la pantalla de acceso⁹⁰. A continuación explicamos esto.

2.1. El aviso no se encuentra en la página principal.

En nuestra opinión un aviso debería considerarse invisible cuando no se encuentra inmediatamente accesible en la página principal del sitio.⁹¹

Algunos ejemplos.

Aldea Forestal (www.aldeaforestal.cl. Visitado 03-10-02). El aviso no existe en la página principal. Una vez que se accede al contrato puede leerse: *El usuario del sitio renuncia al reclamo de cualquier tipo de daños que en forma directa, indirecta o consecuencial se puedan derivar de la prestación y utilización de la información o los servicios de Aldea Forestal.*

De la amplitud de los términos del contrato parece relativamente evidente que lo regulado no son únicamente servicios cuyos términos son visibles antes de acceder a ellos, sino que, además, el uso completo del sitio, incluyendo el de la página principal que carece de aviso.

Depósito Central de Valores (www.dcv.cl. Visitado 24-09-02) En este caso nuevamente el aviso no se encuentra en la página principal. No obstante lo anterior, en esta existe, en forma suficientemente visible, el siguiente aviso: *Suscríbase a DCV Contacto*. Una vez que ese aviso es seleccionado por el usuario, este ingresa a una nueva página titulada *Destacados del sitio*. Al interior de esa página, pero en una parte que no resulta visible desde la pantalla de

⁹⁰ Lo que denominamos pantalla de acceso es el segmento de la página web que alcanza a ser contenido en una pantalla con un área de 800 x 600 píxeles. Esta es, por lo demás, la configuración que optimiza la utilización de la gran mayoría de las páginas web dirigidas a consumidores.

⁹¹ Conviene, sin embargo, realizar una precisión aquí. Esta afirmación resulta correcta en la medida en que lo regulado por el contrato sea el uso de la página. Si este no se encuentra regulado contractualmente y los términos y condiciones alcanzan únicamente servicios específicos, bastará que el aviso sea accesible antes de comenzar a usar dichos servicios.

acceso se encuentra un aviso rotulado *Términos de uso*. Esta forma de avisar resulta defectuosa por varias razones. La primera es que nada hace suponer a un usuario que antes de suscribirse queda vinculado a términos contractuales. La segunda es que al ingresar a la página de suscripción el aviso es invisible desde la pantalla de acceso y la información inmediatamente visible refiere a avisos destacados del sitio. La tercera es que, pese a todo esto, los términos del contrato alcanzan no solo a los que se suscriban, sino a todos quienes utilicen el sitio, así se sigue de la primera cláusula del contrato:

Solicitamos leer los términos y condiciones siguientes. Al acceder a este sitio y a cualquier página del mismo, usted se compromete a cumplir y observar los términos y condiciones que a continuación se detallan. En caso de no estar de acuerdo con todo o parte de ellos le requerimos no acceder a este sitio, o a cualquier página del mismo.

Farox (www.farox.cl. Visitado 24-09-02). Este caso es similar al anterior. Para llegar a los *términos y condiciones generales de uso*, el usuario debe desplazarse hacia el extremo inferior de la página principal –invisible desde la pantalla de acceso- y seleccionar el aviso *Ayuda*. Una vez en esta página se puede seleccionar el aviso de los términos y acceder a su contenido.

Según el contrato: *Los términos expresados a continuación son de carácter obligatorio y vinculante para todos los Usuarios del Sitio Web. Por el hecho de usar este sitio web los Usuarios manifiestan su voluntad de obligarse por estos términos y condiciones generales de uso.*

Resulta interesante advertir de la lectura del contrato que existe una diferencia entre usuarios y clientes. Según el mismo contrato se define cliente como: *Persona natural o jurídica que celebra un contrato con Farox, en virtud del cual una persona accede a los diversos servicios ofrecidos por la Compañía o algunos de ellos en particular, ya sea que se trate de aquellos servicios que actualmente se encuentren a disposición del público en general, o que se desarrollen en el futuro, por un periodo de tiempo determinado, previo pago de una remuneración.*

De la lectura de las dos cláusulas pareciere desprenderse que los términos y condiciones alcanzan no solamente a los clientes, sino a todos los usuarios, esto incluye al público en general. En otras palabras, se supone que todo quien visite el sitio web, por ese solo hecho, manifiesta su voluntad de obligarse.⁹²

⁹² Aún más elocuente en este sentido es el contenido del aviso de Rednegocios (www.rednegocios.cl. Visitado 16-02-2003), según el cual:

*Estas condiciones generales (en adelante, las “**Condiciones Generales**”) regulan el uso del servicio de portal de Internet www.rednegocios.cl (en adelante, el “**Portal**”). La utilización del Portal atribuye la condición de usuario del Portal (en adelante, el “**Usuario**”) y expresa la aceptación plena y sin reservas del Usuario de todas y cada una de las Condiciones Generales en la versión publicada por Red en el momento mismo en que el Usuario acceda al Portal. En consecuencia, el Usuario debe leer*

2.2. El aviso no se encuentra disponible en la pantalla de acceso.

A diferencia del caso anterior, que se presenta con poca frecuencia⁹³, en la gran mayoría de los contratos *browse* examinados el aviso no resulta accesible desde la pantalla de acceso⁹⁴, de manera que el usuario debe dirigirse al extremo inferior de la página para acceder al aviso que lo dirigirá hacia los términos y condiciones.

Este segundo caso resulta más conflictivo. En el primero resulta difícil señalar que los términos son visibles para el consumidor y la tensión que existe entre el deber de informar del proveedor y el de informarse del consumidor parece claramente inclinarse en contra del proveedor. El equilibrio resulta más sutil en este segundo caso ¿debe el consumidor examinar la totalidad de la extensión de la página de inicio en busca de un contrato o debe el proveedor disponer de un aviso en la primera pantalla que dé noticia con suficiente elocuencia de esto?

Nuestra impresión es que una vez más la tensión se resuelve a favor del consumidor. La dimensión jurídica de los contratos no resulta totalmente indiscernible de su dimensión social. En el caso de nuevas formas de contratación resulta deseable que sean acompañadas por cierta “instalación cultural.” En términos más coloquiales, los contratos *browse* son un fenómeno escasamente tratado por la doctrina y muy desconocido por el público en general, por lo mismo, las exigencias de certeza que suelen aparejarse a la fluidez del tráfico económico sugieren que la obligación de información sea más exigente para quien ofrece este tipo de acuerdos, hasta que ellos se encuentren suficientemente socializados.

A lo anterior podría sumarse una razón de carácter eficientista, asumiendo que tanto el monitoreo de la primera página y la ubicación del aviso suponen costos para el usuario y el proveedor, la pregunta es quien debe soportar esos costos.⁹⁵ Bajo esta perspectiva la respuesta debiese ser quien esté en mejores condiciones de evitarlos o soportarlos. En un entorno donde existe escasa información sobre esta forma de contratación quien esta en mejores condiciones de evitar dichos costos es el proveedor.⁹⁶ Este argumento eficientista no está exento de

atentamente las Condiciones Generales en cada una de las ocasiones en que se proponga utilizar el Portal.

⁹³ Del total de contratos *browse* examinados únicamente 12 no contenían avisos en sus páginas principales.

⁹⁴ El número de contratos es 70 del total de contratos *browse*.

⁹⁵ En estos costos deberían incluirse los costos sociales que generarán los potenciales litigios entre proveedores y usuarios.

⁹⁶ Todo lo que va dicho hasta el momento no debiera conducir a pensar que los contratos *browse* constituyen un artificio de proveedores inescrupulosos destinados a engañar consumidores desprevenidos. Los contratos *browse* poseen una racionalidad económica que resulta más evidente si se consideran las condiciones que determinan la atmósfera contractual (ver supra 4). Lo que se deduce más bien de todo esto es que para que esta forma de contratación resulte ventajosa no solo

connotaciones jurídicas. En el caso italiano, por ejemplo, el artículo 1341 del Código Civil subordina la validez y la fuerza vinculatoria de las condiciones generales de un contrato por adhesión al hecho que hayan sido conocidas por quien las acepta o, en el caso que no hayan sido conocidas, que la ignorancia respecto a ellas se deba al hecho de que el consumidor no ha utilizado la diligencia ordinaria para conocer dichas condiciones (el inciso primero del artículo 1341 utiliza la fórmula “hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria”)⁹⁷. En otras palabras el conocimiento de las cláusulas se sustituye por el principio de la *autorresponsabilidad*, por haber ignorado culposamente las cláusulas. Este principio no opera, sin embargo, si el conocimiento de las condiciones precisa una diligencia fuera de lo ordinario. En adición a lo anterior, el conocimiento debe producirse al momento de la conclusión del contrato, de manera que si han sido conocidas después, no resultan vinculantes para el consumidor. Así sucederá, por ejemplo, respecto de las cláusulas expuestas en el interior de las habitaciones de los hoteles que no fueron conocidas para el pasajero al momento de suscribir el contrato de hospedaje.⁹⁸

(3) El tamaño de la fuente y (4) su color.

De lo dicho hasta el momento puede concluirse que, no solo resulta deseable que el rótulo del aviso sea suficientemente elocuente y se encuentre ubicado en lugar fácilmente accesible para el usuario, además es necesario que su tamaño y color atraigan suficientemente la atención de este.

En la muestra de contratos *browse* examinada un número relevante de ellos posee avisos cuyo tamaño de fuente resulta inferior al que, en general se utiliza en el resto del texto.⁹⁹ En cuanto al color de la letra –o imagen- del aviso, hemos considerado que este debiese ser suficientemente distintivo como para atraer la atención del usuario. No cumplen con este requisito, aquellos avisos que se encuentran sobre un fondo cuyo color dificulta la apreciación de estos. A diferencia

debe considerar los intereses de quienes ofrecen contratos, sino además de los destinatarios de estos.

⁹⁷ El texto del artículo 1341 es el siguiente:

Las condiciones generales del contrato establecidas por uno de los contratantes serán eficaces respecto del otro si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria.

⁹⁸ Todo esto puede ser consultado en MESSINEO, Francesco: DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires: 1952. Pp. 443-45.

⁹⁹ 68 contratos *browse* de un total de 103, poseen avisos con tamaño de fuente inferior al que utiliza la mayoría del texto de la página que los contiene. Ver, por ejemplo, Clínica Las Condes (www.clc.cl. visitado 03-10-02), Clínica Alemana (www.alemana.cl. Visitado 04-11-02), Las Amarillas de Publiguías (www.amarillas.cl. Visitado 03-10-02), Lan Chile (www.lanchile.cl. Visitado 24-09-02)., Mc Graw-Hill (www.mcgraw-hill.cl. Visitado 22-09-02), Planeta Vinos (www.planetavinos.cl. Visitado 04-11-02), Pymarket (www.pymarket.cl. Visitado 25-09-02), Terra (www.terra.cl. Visitado 22-09-02), Tierra Verde (www.tierraverde.cl), Vtr (www.vtr.cl. Visitado 25-09-02)

del caso anterior, este es un problema que se registra escasamente en la muestra de contratos.¹⁰⁰

Como puede advertirse de los resultados de la muestra, la visibilidad de los avisos no cumple por regla general con los requisitos que hemos estimado necesarios. Bajo estas condiciones, nuestra impresión es que en todos estos casos simplemente no se formaría el consentimiento necesario para la formación del vínculo contractual. Por otra parte, la insuficiente visibilidad de los avisos posee importancia porque, como se advirtió¹⁰¹, una de las ventajas del entorno contractual para los consumidores es que les permite acceder con mayor facilidad a los contratos y así efectuar la comparación entre las condiciones en que estos son ofrecidos. Si el aviso no resulta suficientemente visible, esta ventaja se desvanece.

6.3. El examen de los contratos.

El objetivo del número anterior era advertir qué variable inciden sobre la visibilidad de los contratos *browse* y dar noticia del estado de la cuestión al interior de la muestra considerada en este trabajo. Lo que interesa a continuación es examinar un segundo nivel. Aún asumiendo que el aviso sea suficientemente conspicuo y, por lo tanto, los usuarios son capaces de acceder al contenido prescriptivo del contrato, el contenido mismo del contrato puede resultar extraordinariamente conflictivo.¹⁰² En lo que sigue de este trabajo nos interesa examinar dos aspectos de forma que dificultan la comprensión de los términos de un contrato por parte de los usuarios: su extensión y el idioma en que se encuentra escrito.¹⁰³

Concluido lo anterior, examinamos el contenido de los contratos. Sobre esto nos detenemos en las siguientes cláusulas: las eximentes de responsabilidad, las de modificación unilateral de los términos del contrato, las de prórroga de competencia y las de legislación aplicable.

¹⁰⁰ Unicamente 6 contratos *browse* muestran este problema. Ver Area salud (www.areasalud.cl. Visitado 03-11-02), Bellsouth (www.bellsouth.cl. Visitado 24-09-02), Parque Arauco (www.parquearauco.cl. Visitado 25-09-02).

¹⁰¹ Ver infra 4

¹⁰² Ver infra 1, 2, y 3.

¹⁰³ Otro aspecto que resultaría interesante examinar es la complejidad de los contratos, esto es la dificultad que encuentra el usuario de un sitio en lograr una interpretación correcta de sus términos. Lo anterior, sin embargo, precisaría una investigación que, esta vez, no nos ha resultado posible desarrollar.

(1) La forma de los contratos.

1.1. *La extensión de los contratos*¹⁰⁴.

Ya se ha advertido que uno de los problemas de los contratos por adhesión es que los consumidores rara vez leen sus términos. Lo anterior, según se ha revisado, es el resultado de un conjunto de factores, uno de los cuales es la extensión del contenido prescriptivo de estos.

Aún cuando el contenido prescriptivo del contrato *–browse o click–* resulte fácilmente accesible para el consumidor, de nada servirá si las características formales dificultan ostensiblemente su lectura. Es probable que si el lenguaje es relativamente llano, un consumidor no tenga demasiados problemas en leer tres o cuatro hojas. Distinto será el caso de un contrato de diez (ver La Página de los cuentos. Visitado 24-09-02) once (ver Mercado Libre. www.mercadolibre.cl. Visitado 22-09-02, Aloclick. www.aloclick.cl. Visitado 23-09-02, catorce (ver Emol. www.emol.cl. Visitado 03-10-02, Terra. www.terra.cl. Visitado 23-09-02) o treinta y ocho (www.tutopia.cl. Visitado 25-09-02) páginas a espacio simple¹⁰⁵

Aunque en la gran mayoría de los casos la extensión de los contratos resulta inferior a los casos recién mencionados¹⁰⁶, nos parece que la extensión de los contratos por adhesión da noticia sobre un fenómeno extremadamente interesante: una creciente sustitución de las reglas del derecho común y supletorio de la voluntad de las partes que suele regir las relaciones entre particulares por esquemas de regulación privados, redactados por una de las partes.

Esta sustitución no es, por supuesto, algo que inauguren los contratos por adhesión en plataformas electrónicas, si es, sin embargo, algo que, nos parece, agudizan. La razón es sencilla, por regla general, el proveedor se encontrará bajo condiciones más confortables bajo un esquema de regulación que el mismo haya redactado de acuerdo a sus necesidades que bajo la regulación supletoria, por ejemplo, del Código Civil. El límite de la sustitución quedará determinado por los costos de producción y distribución de los contratos. Nuestra opinión es que los contratos electrónicos simplemente suprimen –o hacen francamente irrelevante el costo de distribución, por lo mismo, deberían aumentar la demanda de los proveedores por contratos por adhesión para regular sus relaciones con los usuarios del sitio.

¹⁰⁴ Para calcular la extensión de los contratos se ha contabilizado el número de caracteres de estos con espacios

¹⁰⁵ El número de se ha obtenido copiando el contenido de los contratos en una hoja de Microsoft Word nueva, llevando la letra a Times New Roman, tamaño 12, el resto no ha sido modificado.

¹⁰⁶ Del total de los contratos browse, 37 poseen más de 10.000 caracteres, lo que equivale a aproximadamente a seis páginas a espacio simple en letra Times New Roman, tamaño 12.

1.2. El idioma de los contratos.

Como ya se ha afirmado, para que se forme el consentimiento sobre el contenido de un contrato resulta necesario no solo que sus términos sean accesibles para quienes van a quedar vinculados por ellos, sino además que resulten entendibles. Como la extensión, el idioma en que se encuentren regulados influye sobre esto. Un contrato que sea ofrecido en Chile, dirigido especialmente a público chileno debería encontrarse disponible en castellano, particularmente si los destinatarios son personas comunes y corrientes y no sofisticados agentes económicos.

Al diluir el espacio geográfico como uno de los presupuestos que incide en la posibilidad de relacionarse a través de contratos por adhesión, esto puede tornarse un problema. Este es un problema respecto de prestadores que dirigen sus servicios a todo el mundo¹⁰⁷, sin embargo, en este caso, el idioma que utiliza el sitio web servirá para advertir al usuario. ¿Qué sucede, sin embargo, en aquellos casos en que el idioma que utiliza el sitio, difiere de aquel en que se ofrecen sus términos y condiciones?¹⁰⁸

Si la relación contractual queda cubierta por las reglas de protección al consumidor chilenas, el artículo 17 de la Ley 19.496 exige que el contrato sea escrito en idioma castellano, en caso contrario, habrá que recurrir a las reglas generales sobre contratos y formación del consentimiento.

2. El fondo de los contratos.

2.1. Las cláusulas eximentes de responsabilidad.^{109 110}

¹⁰⁷ Es el caso, por ejemplo de Amazon (www.amazon.com. Visitado 23-11-02) o The New York Times (www.nytimes.com. Visitado 23-11-02).

¹⁰⁸ Ver, por ejemplo, Fedex (www.fedex.cl. Visitado 24-09-02). En este caso, el contenido de la página chilena del sitio se encuentra en castellano y los términos de uso en inglés. Este fue el único sitio web de la muestra que no disponía de una versión en castellano de sus términos de uso.

¹⁰⁹ Por cláusulas eximentes de responsabilidad entendemos aquellas que “tienen por objetivo suprimir la obligación de indemnizar los daños que resultan del incumplimiento de la obligación, cuando esta obligación de indemnizar habría sido admisible a falta de cláusula” (LARROUMET, Christian: RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL. ALGUNOS TEMAS MODERNOS. Editorial Jurídica de Chile. Santiago: 1998, p. 45).

¹¹⁰ Esta sección únicamente considera cláusulas eximentes, no limitativas. No obstante lo anterior, debemos reconocer que la diferencia entre ambas puede ser extraordinariamente tenue. Una cláusula del contrato de Mc Donald's (www.mcdonalds.cl. Visitado 16-02-03) da noticia de esto:

La responsabilidad total que asuma McDonald's por pérdidas, daños y derechos de acción (en contrato, agravio (que incluye, sin limitación, negligencia), o de otro modo) no será mayor al monto que pagó el usuario para tener acceso a este sitio.

Una porción significativa de los contratos examinados presenta cláusulas eximentes de responsabilidad.¹¹¹ Las cláusulas eximentes suelen encontrarse redactadas en términos bastante amplios¹¹² que, entre otras cosas liberan al proveedor de los daños que sufra el usuario debido a:

1. *el uso que el Usuario haga del Sitio, los Servicios o los Materiales.* Lapid López (www.lapidlopez.cl. Visitado 24-09-02)
2. *cualquier impedimento del uso o acceso al Sistema o al sitio Tepago.com por cualquier motivo.* Te Pago (www.tepago.cl. Visitado 24-09-2002).
3. *la interpretación y/o mala interpretación de lo expuesto en el sitio o en las consultas al experto, ni de uso indebido, ni de perjuicios reales directos o indirectos o supuestos invocados por quienes fueran inducidos a tomar u omitir decisiones o acciones, al consultar este sitio.* Agro Gestión (www.agrogestión.cl Visitado 10-09-02)
4. *las inexactitudes o errores tipográficos...la exactitud o completitud de los materiales, la confiabilidad de ningún antecedente, opinión, declaración u otra información desplegada o distribuida en este sitio. Desde el momento en que usted ingresa en este sitio reconoce que al basarse en algún antecedente, opinión, declaración, memorando o información en él contenida lo hace bajo su propio riesgo.* Consorcio (www.consorcio.cl. Visitado 03-10-02),

¹¹¹ Del total de la muestra, 98 contratos poseen este tipo de cláusulas.

¹¹² Un ejemplo elocuente de esto es la cláusula eximentes de responsabilidad de Hewlett Packard (www.hp.cl. Visitado 24-09-02):

Limitación de responsabilidad EN NINGÚN CASO HP, SUS PROVEEDORES U OTROS TERCEROS MENCIONADOS EN ESTE SITIO SERÁN RESPONSABLES DE LOS DAÑOS DE CUALQUIER TIPO (INCLUIDOS, PERO SIN LIMITARSE A, LOS DERIVADOS DE LA PÉRDIDA DE BENEFICIOS, DE DATOS O INTERRUPCIÓN DE LA ACTIVIDAD) QUE SURJAN DEL USO, RESULTADOS, O INCAPACIDAD DE USO DE ESTE SITIO, DE CUALQUIER SITIO VINCULADO A ÉSTE O DE LOS MATERIALES O INFORMACIÓN CONTENIDA EN ALGUNO O EN TODOS ESTOS SITIOS, TANTO SI SE BASAN EN UNA GARANTÍA, CONTRATO, NEGLIGENCIA O CUALQUIER OTRA TEORÍA LEGAL, SIN IMPORTAR QUE SE LES HAYA ADVERTIDO SOBRE LA POSIBILIDAD DE DICHOS DAÑOS. SI EL USO QUE SE HAGA DE LOS MATERIALES O INFORMACIÓN DE ESTE SITIO HACE NECESARIO UNA REPARACIÓN O CORRECCIÓN DEL EQUIPO O DE LOS DATOS, EL USUARIO ASUMIRÁ TODOS LOS COSTES DE LA MISMA. LA LEY APLICABLE PUEDE QUE NO PERMITA LA EXCLUSIÓN O LIMITACIÓN DE DAÑOS INCIDENTALES O CONSECUENCIALES, POR LO QUE LA LIMITACIÓN O EXCLUSIÓN ANTERIOR PUEDE QUE NO SE APLIQUE AL CLIENTE.

5. *el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por los usuarios en el perfeccionamiento de la transacción.* Mercado Libre (www.mercadolibre.cl. Visitado 22-09-02).
6. *virus que puedan infectar su equipo de computadora u otra propiedad debido al acceso, uso o visita a este sitio web, la transferencia de datos, materiales, textos, imágenes, videos o sonidos de la página a su CPU, módem o disco duro.* Sony (www.sony.cl. Visitado 26-09-02).
7. *la verificación de la identidad de los destinatarios* (www.tepago.cl. Visitado 24-09-2002).
8. *al conocimiento que puedan tener terceros no autorizados de la clase, condiciones, características y circunstancias del uso que los usuarios hacen del portal y de los servicios.* Terra (www.terra.cl. Visitado 22-09-02).
9. *pruebas de web o cualquier otra forma de transmisión recibida de cualquier sitio enlazado.* Parque Arauco (www.parquearauco.cl. Visitado 25-09-02).

En el caso de los contratos que no quedan cubiertos por la Ley de Protección del Consumidor –que, como se ha visto, priva de efecto a este tipo de cláusulas- la tendencia jurisprudencial en Chile ha sido a aceptar este tipo de convenciones.¹¹³ No obstante lo anterior, se establecen ciertas limitaciones, a saber: (1) la exoneración de responsabilidad no debe convertir el cumplimiento de la obligación en meramente potestativo pues, según lo preceptuado por el artículo 1478 sería nula. (2) Tanto la responsabilidad que se genera en el caso de incumplimiento doloso como en el que proviene de la culpa grave resulta indisponible para las partes. La condonación del dolo futuro y la culpa grave no valen. Lo anterior puede advertirse relacionando los artículos 1465 y 44. Según el primero, la condonación anticipada del dolo constituiría un caso de objeto ilícito.¹¹⁴ Según el segundo, la culpa grave, en materias civiles, equivale al dolo.

Así las cosas, existirían, con claridad, dos escenarios en los cuales este tipo de cláusulas resultarían conflictivas. El primero es frente a la vulneración de los artículos 1.465 y 1.478 y, el segundo, en aquellos casos que la relación contractual quedase cubierta por la Ley 19.496.

2.2. La modificación unilateral de los términos del contrato.

¹¹³ Ver, sin embargo, LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge: LOS CONTRATOS. PARTE GENERAL. Tomo I, 3º edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago: 2001. P. 149. El autor cita un interesante fallo en el que se niega valor a una cláusula exonerativa en un contrato por adhesión celebrado entre dos profesionales: Seguros Lloyd de Chile y Naviera P.S.N.C.

¹¹⁴ Ver, por ejemplo, Comercial Automotriz Miranda Ltda. con Tenenge Chile E.S.I. RDJ, Tomo LXXXIX, N° 1 Enero-Abril, referente a una cláusula limitativa de responsabilidad y la condonación del dolo futuro en un contrato de arrendamiento.

La modificación unilateral de los contratos es una cláusula de uso frecuente en los contratos examinados.¹¹⁵ En algunos casos el proveedor se obliga a informar dichos cambios si es que afectan sustancialmente los derechos y obligaciones emanados del contrato¹¹⁶, en otros casos basta la simple disposición contractual. Estos resultan los más frecuentes. Así, a manera de ejemplo:

1. *SKANDIA se reserva el derecho de revisar el presente acuerdo en cualquier momento y el USUARIO acepta desde ahora cualquier modificación a este acuerdo lo obliga a partir del momento de su inclusión en este acuerdo.* Skandia. (www.skandia.cl. Visitado 26-09-02).
2. *Sony puede revisar ocasionalmente los Términos y Condiciones y actualizar los mismos. Como usted está obligado por estos Términos y Condiciones, usted debe periódicamente visitar esta página, utilizando el índice marcado Legal y Marca Registrada al final del sitio web de Sony, para revisar los Términos y Condiciones actualizados.* Sony (www.sony.cl Visitado 26-09-02).
3. *LYCOS se reserva el derecho a modificar en cualquier momento, parcial o totalmente, las presentes condiciones generales.* Tripod (www.tripod.cl. Visitado 25-09-02)
4. *Turistel.cl podrá revisar y modificar estos Términos y Condiciones en cualquier momento, actualizando la presente página, por lo que le sugerimos que la relea periódicamente. Si usted no aceptare alguna de estas condiciones o sus modificaciones, le rogamos no utilizar el Sitio Web en adelante.* Turistel (www.turistel.cl. Visitado 23-09-02).
5. *Multimedios se reserva el derecho a determinar, modificar, suprimir, suspender y/o ampliar, a su sola discreción, en cualquier momento y sin aviso previo, el contenido del Portal y los servicios que se ofrecen en o a través del mismo.* Multimedios (www.bancosantander.cl, Visitado 22-09-02).

¹¹⁵ 82 contratos de la muestra total contienen cláusulas con este contenido.

¹¹⁶ Ver, por ejemplo Se construye (www.seconstruye.cl. Visitado 26-09-02), en este caso la cláusula prescribe:

En el evento que la o las modificaciones o alteraciones afecten de manera sustancial los derechos y obligaciones que emanan del Contrato de Afiliación para los Proveedores o los derechos u obligaciones de los Compradores , ésta será comunicada por vía electrónica a la dirección de e-mail indicada en los datos ingresados por los Proveedores o Compradores para que el Proveedor o Comprador otorgue su aceptación o rechazo. Si el Proveedor o Comprador no manifestare su rechazo a la modificación propuesta dentro de plazo contado desde la fecha de envío de la respectiva comunicación por vía electrónica, se entenderá que el Proveedor o Comprador ha aceptado la respectiva modificación.

6. *Avisos 123.cl podrá modificar en cualquier momento los términos y condiciones de este contrato y notificará los cambios al Usuario publicando una versión actualizada de dichos términos y condiciones en este sitio web. Avisos 123 (www.avisos123.cl. Visitado 03-10-02)*

El caso de las cláusulas de modificación unilateral resulta extraordinariamente desafiante y para examinarlo conviene distinguir según se trate de contratos cubiertos por la regulación de la Ley 19.496 o de aquellos a los que esta ley no alcanza.

Según lo dispuesto en la letra a) del artículo 16 de la citada la ley, en el caso en que se agreguen este tipo de cláusulas en contratos por adhesión, estas no producirán efecto alguno caso. De aquí debiera seguirse entonces que si un proveedor introduce esta cláusula en un contrato por adhesión celebrado a través de plataformas electrónicas y luego, amparado en esta modifica sustancialmente los servicios ofrecidos por su sitio web, arriesgaría una demanda por incumplimiento de contrato de parte de cualquiera de los usuarios que se sienta vinculado contractualmente a dicho proveedor.

¿Qué sucede en el caso que el contrato no quede cubierto por la Ley 19.496?. En este caso deben aplicarse residualmente las reglas del Código Civil. Examinando estas resulta posible advertir que, en aquellos casos en que la modificación no se encuentra supeditada a la aceptación del deudor, se trataría en verdad de un contrato respecto del cual su contenido prescriptivo se encuentra sometido a una condición resolutoria que depende de la voluntad del proveedor. Advirtiéndose que estas cláusulas constituyen parte del contenido de la obligación del proveedor, este resulta ser el obligado según lo dispuesto en el artículo 1478 del Código Civil, según el cual:

Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga.¹¹⁷

Aunque el tema resulta discutible¹¹⁸, parece existir al menos otro argumento si es que el valor de las obligaciones del proveedor queda condicionado a su *sola discreción* (ver Multimedios. www.bancosantander.cl, Visitado 22-09-02) la oferta

¹¹⁷ La Corte Suprema ha considerado que “la `mera voluntad de la persona que se obliga está formada solo de la voluntad de uno y nada más que de dicha voluntad personalísima. Al ordenamiento jurídico eso le pareció poco e insuficiente, mejor aún estimó no serio en el campo de la relación jurídica de contrato y, consecuentemente, señaló el efecto de nulidad (G.J., Nº 136, sent. 2, pp. 23 y ss. cons. 8). En el mismo sentido ver ABELIUK, René: LAS OBLIGACIONES. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago: 1993. Pp. 391-94.

¹¹⁸ Como se sabe, alguna parte de la doctrina ha estimado que la regla del 1478 alcanzaría únicamente a las condiciones suspensivas (ver, por ejemplo, ALESSANDRI, Arturo: TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES Ediar-Conosur. Santiago: 1988).

carecería de seriedad. Lo mismo sucedería cuando el proveedor se reserva: *el derecho a modificar los términos y condiciones* (ver Cuanta.net. www.cuanta.net. Visitado 03-10-02), o bien *el derecho a revisar el presente acuerdo y el USUARIO acepta desde ahora cualquier modificación a este acuerdo lo obliga a partir del momento de su inclusión en este contrato* (ver Compañía de Seguros de Vida Euroamérica S.A. www.euroamerica.cl. Visitado 03-10-02), o, finalmente, en aquel caso en que el contrato autoriza al proveedor a *terminar con este contrato inmediatamente sin notificación alguna si, según su exclusiva opinión, el usuario contraviene alguno de los términos o condiciones de este contrato* (ver McDonald's. www.mcdonalds.cl. Visitado 16-02-2003).

Aún prescindiendo de este problema y suponiendo que todas las modificaciones quedaran sujetas a la manifestación de la voluntad de los usuarios, persisten una serie de interrogantes, basten por el momento dos: ¿es obligación del usuario examinar todos los términos y condiciones cada vez que ingrese al sitio?, ¿qué sucede si cambian los términos y condiciones y bajo el nuevo estatuto –y sin necesidad de haber ingresado al sitio- el usuario infringe sus nuevas obligaciones?

No es el objetivo de estas páginas responder estas preguntas, ellas más bien contribuyen a ilustrar un punto mayor que a estas alturas debería resultar más o menos claro: la envoltura contractual no calza confortablemente con la fisonomía de estos negocios.

2.3. Nombramiento de árbitros, competencia de los tribunales y legislación aplicable.

Nombramiento de árbitros.- En el derecho chileno no existen inconvenientes para que las partes designen árbitros que conozcan de los litigios eventuales que se produzcan a causa de un contrato.^{119 120} La regla de protección al consumidor reproduce esta tendencia, estableciendo como único límite el que el consumidor pueda recusarlo sin expresión de causa y solicitar que se nombre otro por el juez competente. Como han sugerido TAPIA y VALDIVIA, la protección provista a los consumidores por la Ley 19.496 es débil, los costos del arbitraje pueden tornar la solución arbitral en una carga insoportable para el consumidor. Aún si decide recusar al árbitro, el consumidor deberá soportar una carga económica doble, el

¹¹⁹ Sobre esto puede consultarse AYLWIN, Patricio: EL JUICIO ARBITRAL. 4º Edición. Fallos del Mes. Santiago: 1982

¹²⁰ En el caso de los contratos por adhesión puede consultarse *Revista Fallos del Mes*, N° 402, p. 220. En este caso y frente a la impugnación del nombramiento de un árbitro arbitrador de única instancia en una cláusula de un contrato por adhesión, la Corte resolvió:

2º Que de acuerdo a lo expresado ... la voluntad de las partes ha sido la de establecer un procedimiento de única instancia, el que no solo está referido a la sentencia definitiva sino también a toda otra cuestión que se suscite en el procedimiento, de manera que no es procedente, en el presente caso, el recurso de apelación.

pago del juicio de recusación y el pago de aquel en que se resuelve el fondo del asunto.¹²¹

En el caso de los contratos por adhesión las cláusulas arbitrales constituyen un fenómeno relativamente frecuente¹²²..

Algunos ejemplos.

1) *Banco Santander* (www.bancosantander.cl. Visitado 22-09-02) , *De Remate*¹²³ (www.deremate.com. Visitado 07-11-02) , *Falabella* (www.falabella.cl. Visitado 22-09-02), *Parque Arauco* (www.parquearauco.cl. Visitado 25-09-02), *Se Construye* (www.seconstruye.cl. Visitado 26-09-02) y *Mapcity* (www.mapcity.com. visitado 20-02-03) , *entre otros*, se acogen al procedimiento arbitral del Centro de Arbitrajes y Mediaciones de la Cámara de Comercio de Santiago, estipulando al efecto las cláusulas tipo que recomienda este Centro.

2) *Tecnoera* (www.tecnoera.cl. Visitado 25-09-02) *dispone que* cualquier dificultad que pudiera producirse entre las partes con motivo de la aplicación, interpretación, cumplimiento, validez o resolución de los contratos, será resuelta en forma breve y sumaria por un árbitro mixto, es decir, arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fallo, en contra de cuyas resoluciones no procederá recurso alguno, a todos los cuales renuncian desde ya las partes. El árbitro será designado por las partes de común acuerdo o, en su defecto, por la justicia ordinaria. En este último caso, las partes se obligan a concurrir al Tribunal Ordinario que corresponda, para notificarse personalmente de la resolución que fije en comparendo para la designación del árbitro. Los honorarios del árbitro serán de cargo de la parte que resulte vencida. Para todos los efectos legales que se deriven de los contratos, las partes fijan domicilio especial en la ciudad de Viña del Mar y prorrogan competencia ante sus tribunales.

3) *Alternativa Libre* (www.alternativ Libre.cl. Visitado 03-10-02) dispone el nombramiento de un árbitro arbitrador en los término siguientes: Toda duda, divergencia o dificultad que se suscite entre las partes con motivo de la validez, interpretación, aplicación, cumplimiento o incumplimiento, resolución o terminación

¹²¹ Ver CONTRATOS POR ADHESIÓN. LEY N° 19.496. Cit. pp. 122-26. Un caso que ilustra el problema es *Specht v. Netscape Communications Corp.* Ver supra 6. En el caso chileno, el Centro de Arbitrajes y Mediaciones de la Cámara de Comercio de Santiago aplica tarifas calculadas en base al importe del litigio, con un mínimo de UF 30. Adicionalmente la parte que solicita el arbitraje debe abonar al Centro una tasa administrativa equivalente al 10% de la tarifa del árbitro con un mínimo de UF30, sin este abono no se dará curso al arbitraje.

¹²² De la muestra total de contratos 12 de ellos contienen cláusulas de arbitraje.

¹²³ La cláusula arbitral de De Remate es contradictoria ya que primero somete cualquier controversia a un Tribunal de Arbitraje y luego en un párrafo siguiente señala que “las partes están de acuerdo a someterse a la jurisdicción de los tribunales competentes de la ciudad de Santiago.”

del presente instrumento o por cualquier otra causa relacionada directa o indirectamente con él, será resuelta en única instancia por un árbitro arbitrador o amigable componedor, en contra de cuyas resoluciones no procederá recurso alguno. El árbitro será designado de común acuerdo por las partes.

En el evento que las partes no estuvieren de acuerdo en la persona del árbitro, éste deberá ser designado por la Justicia Ordinaria, debiendo, en tal caso, recaer la designación en una persona que sea o haya sido abogado integrante de la Corte Suprema de Justicia o de las Cortes de Apelaciones de Santiago durante un período de, a lo menos, 3 años, o profesor titular de las cátedras de derecho civil, comercial o procesal de alguna Escuela de Derecho de Universidad reconocida por el Estado de Chile. En caso que la designación sea hecha por la Justicia Ordinaria, el árbitro será de derecho en cuanto al fallo y arbitrador en el procedimiento. El arbitraje se llevará a efecto en la ciudad de Santiago.

4) *Microjuris* (www.microjuris.com. Visitado 22-09-02) regula la solución de los conflictos indicando que cualquier controversia o reclamación que surja por causa del Acuerdo del Usuario será resuelta por medio de arbitraje, siguiendo las especificaciones del "American Arbitration Association" (A.A.A.). El arbitraje debe llevarse a cabo en un tribunal bajo la jurisdicción de Puerto Rico.

5) *VozInternet* (www.vozinternet.cl. Visitado 29-11-02) al igual que *Alternativa Libre*, establecen que toda duda, divergencia o dificultad que se suscite entre las partes con motivo de la validez, interpretación, aplicación, cumplimiento o incumplimiento, resolución o terminación del presente contrato o por cualquier otra causa relacionada directa o indirectamente con él, será resuelta en única instancia por un árbitro arbitrador o amigable componedor, en contra de cuyas resoluciones no procederá recurso alguno. El árbitro será designado de común acuerdo por las partes.

En el evento que las partes no estuvieren de acuerdo en la persona del árbitro, este deberá ser designado por la Justicia Ordinaria, debiendo, en tal caso, recaer la designación en una persona que sea o haya sido abogado integrante de la Corte Suprema de Justicia o de las Cortes de Apelaciones de Santiago durante un período de, a lo menos, 3 años, o profesor titular de las cátedras de derecho civil, comercial o procesal de alguna Escuela de Derecho de Universidad reconocida por el Estado de Chile. En caso que la designación sea hecha por la Justicia Ordinaria, el árbitro será de derecho en cuanto al fallo y arbitrador en el procedimiento. El arbitraje se llevará a efecto en la ciudad de Santiago.

Competencia de los tribunales.- El problema de la competencia de los tribunales se presenta en los contratos por adhesión en plataformas electrónicas debido a que,

como ya se ha señalado, las plataformas electrónicas contribuyen a diluir las distancias geográficas.¹²⁴

El artículo 50 A del Proyecto de Indicaciones a la Ley 19.496 se refiere a esto en los siguientes términos:

Los Jueces de Policía Local conocerán de todas las acciones que emanan de esta ley, siendo competente aquel que corresponda a la comuna en que se hubiere celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor.

En el caso de contratos celebrados por medios electrónicos en que no es posible determinar lo señalado en el inciso anterior, será juez competente aquel de la comuna en que resida el consumidor.

La mayor parte de las cláusulas sobre competencia entrega ésta a los tribunales ordinarios de justicia de la ciudad de Santiago de Chile. Excepcionalmente es posible encontrar contratos que otorguen competencia a otros tribunales.¹²⁵

Legislación aplicable.- Según las reglas del Código de Derecho Internacional Privado desde 1934 y de la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros. Resulta posible someter contratos celebrados en Chile al conocimiento de tribunales extranjeros.¹²⁶

El problema del sometimiento de contratos celebrados en Chile a leyes, o directamente a jurisdicciones extranjeras, no es nuevo. Lo que parece novedoso en el caso de los contratos electrónicos es que quienes celebran dichos contratos no son ya agentes económicos sofisticados como los que, en general, los celebraban antes, sino consumidores comunes y corrientes, que carecen de la posibilidad de litigar ante tribunales extranjeros.¹²⁷

¹²⁴ La indeterminación geográfica de la Red constituye ya un lugar común. Sobre esto pueden consultarse POST, David: *Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace* (Disponible en <http://warthog.cc.wm.edu/law/publications/jol/post.html>. Visitado 22-09-2001) y GOLDSMITH, Jack: *Against Cyberanarchy*. 65 U. CHI. L. REV. 1199 (1998).

¹²⁵ Del total de la muestra sólo 6 contratos dan competencia a tribunales ordinarios de justicia extranjeros. A modo de ejemplo, *Philips* (www.phillips.cl. Visitado 22-09-02) otorga competencia a los tribunales ordinarios de justicia de la ciudad de Amsterdam, Holanda, Esuntrato www.esuntrato.com. Visitado 15-01-03) a los tribunales ordinarios de justicia de Texas, Estados Unidos, Pymarket (www.pymarket.cl. Visitado 25-09-02), a los tribunales ordinarios de justicia de España, y *United* (www.united.cl. Visitado 26-09-02) a los tribunales ordinarios de justicia de Illinois, Estados Unidos

¹²⁶ Igualmente resulta posible cumplir en Chile contratos celebrados en el extranjero, aunque para esto deben arreglarse a la ley chilena (ver art. 16 del Código Civil).

¹²⁷ De la muestra, 14 contratos contienen cláusulas que hacen aplicable la legislación extranjera a los partes contratantes o usuarios del sitio web.

* * *

CONCLUSIONES.

En general –y desde el punto de vista del contratante que no participa en la redacción del contrato- los contratos por adhesión resultan riesgosos pues facilitan e incentivan la incorporación de cláusulas abusivas. Existe actualmente bastante consenso sobre el hecho que la incorporación de cláusulas abusivas en este tipo de negocios no se encuentra relacionada con la posición monopólica u oligopólica del proveedor, sino con las asimetrías informativas que casi inevitablemente se presentan entre proveedor y usuario. Las asimetrías informativas, a su turno, se explican en parte por las condiciones bajo las cuales suelen ser ofrecidos los contratos por adhesión.

La *arquitectura* de las plataformas electrónicas diluye algunas de las dificultades que determinan la fisonomía de la atmósfera contractual en el "mundo del papel", en lo que interesa principalmente en este estudio, las plataformas electrónicas permiten –al menos en teoría- disminuir significativamente las asimetrías informativas, permitiendo que subsistan en mercados competitivos únicamente aquellos contratos por adhesión que no incorporan cláusulas abusivas.

Examinando algunos casos en derecho comparado y una muestra aleatoria –aunque significativa- de contratos por adhesión en el caso chileno la hipótesis anterior simplemente se desvanece. En el caso chileno la mayoría de los contratos por adhesión disponibles a través de plataformas electrónicas son ofrecidos bajo condiciones que obstaculizan severamente el conocimiento del contenido prescriptivo del acuerdo por parte de los consumidores, determinando que, en la mayoría de las ocasiones, pese a ser ofrecidos como tales, no se trate de contratos.

En adición a lo anterior, un examen de la muestra de contratos en el caso chileno muestra una presencia intensa de cláusulas abusivas en este tipo de negocios. Lo anterior resulta especialmente relevante pues, como se ha examinado, buena parte de estos negocios no quedarían regidos por la ley de protección al consumidor, sino por el derecho común y por la dinámica tantas veces miope del mercado.

Confiamos en que este estudio contribuya a dar noticia no solo de las nuevas formas de contratación que han surgido bajo el alero de Internet y los desafíos que estas suponen para el derecho de contratos, específicamente una ley sobre condiciones generales de contratación que regule los contratos por adhesión sea que operen en el mundo del papel o en plataformas electrónicas.

Sobre esto último, conviene advertir que, recientemente, el Ejecutivo ha ingresado al Congreso un conjunto de indicaciones a la Ley 19.496, cuyo objetivo es la protección del consumidor en plataformas electrónicas. En lo que interesa a estas páginas, los aportes principales de las indicaciones son los contenidos en el artículo 12 A y en la letra c) que debería agregarse al artículo tercero bis.

Artículo 12 A. En los contratos celebrados por medios electrónicos el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos electrónicamente o imprimirlos.

La sola vista del sitio de internet (sic) en el cual se ofrece acceso a determinados servicios, no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor.

Una vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo. Esta podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier otro medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato

Letra c) artículo tercero bis. En los contratos celebrados por medios electrónicos, el consumidor podrá retractarse del contrato celebrado sin costo para él y sin expresión de causa, a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario. Para ello podrá utilizar los mismos medios que empleó para celebrar el contrato.

Si el consumidor ejerciera este derecho, el proveedor estará obligado a devolverle las sumas abonadas, sin retención de gastos, a la mayor brevedad posible y, en cualquier caso, antes de cuarenta y cinco días siguientes a la comunicación del retracto. Tratándose de servicios, la devolución solo comprenderá aquellas sumas abonadas que no correspondan a servicios ya prestados al consumidor a la fecha del retracto.

En aquellos casos en que el precio del bien o servicio haya sido cubierto total o parcialmente con un crédito otorgado al consumidor por el proveedor o por un tercero previo acuerdo entre éste (sic) y el proveedor, el retracto resolverá dicho crédito. En caso de haber costos involucrados, éstos (sic) serán de cargo del proveedor.

En este caso el plazo para ejercer el derecho de retracto se contará desde la fecha de recepción del bien o desde la celebración del contrato en el caso de servicios, siempre que el proveedor haya cumplido con la obligación de remitir la confirmación escrita señalada en el artículo 12 A. De no ser así, el plazo se extenderá a 90 días. No podrá ejercerse el derecho de retracto cuando el bien, materia del contrato, se haya deteriorado por hecho imputable al consumidor.

Aunque esta normativa se encuentra lejana de una ley de condiciones generales de la contratación, presenta avances significativos para el caso de los contratos por adhesión celebrados en plataformas electrónicas respecto de la situación actual. De ellas nos interesa relevar tres:

- (1) El desconocimiento del valor jurídico de los contratos *browse* en aquellos casos en que su contenido prescriptivo no haya sido accesible en forma clara, comprensible e inequívoca al consumidor.
- (2) El establecimiento del deber para el proveedor de confirmar la celebración del contrato.
- (3) La regulación de una especie de derecho de retracto para el consumidor.

No interesa aquí detenerse sobre un examen minucioso de estas tres modificaciones –es pronto todavía para saber si serán o no acogidas por los legisladores-, basta advertir que las tres aspiran a conseguir el mismo fin: que detrás de los contratos celebrados en plataformas electrónicas exista un consentimiento libre e informado tanto del proveedor como del consumidor; esto es, después de todo, lo que según juristas y economistas hace al contrato valioso.

