

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Paula Silva Barroilhet

Abogada y Candidata a Magíster, Universidad de Chile
Asesora Jurídica Cámara Nacional de Comercio

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN.- 2.- AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS.- 2.1. Posición clásica.- 2.2. Nuevas tendencias.- 3.- CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.- 3.1. Modalidades de la contratación electrónica.- 3.2.- Formación del consentimiento: oferta y aceptación.- 3.3.- Tipos de contrato.- 4.- PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR ON-LINE.- 4.1.- Aplicación de la Ley de Protección del Consumidor al consumidor on-line.- 4.2.- Formas de protección.- 4.3.- Críticas al Proyecto de Ley de Modificación a la Ley de Protección del Consumidor que incluye la regulación específica del comercio electrónico.- 5.- CONCLUSIONES.-

1. INTRODUCCIÓN

La contratación electrónica es una consecuencia de las nuevas tecnologías disponibles para las comunicaciones del ser humano. Si en un comienzo se requería de la presencia de dos personas para comunicarse, el hombre fue inventando la forma de entenderse a distancia, enviando mensajeros, por voz o notas, mediante sonidos, señales. En su oportunidad, lo que nuestra legislación recogió fue la diferencia en el efecto de las comunicaciones entre personas presentes y personas ausentes.

Sin embargo, han surgido nuevas formas de comunicaciones a través de redes computacionales, en las que surge la duda de qué tipo de comunicación, en los estándares aún vigentes en nuestra legislación, se trata. Sin duda una teleconferencia es una comunicación presencial, a pesar de realizarse a distancia, pero el correo electrónico, el chat, ¿son presenciales o entre ausentes? Con ellos se pueden enviar mensajes a distancia en segundos, de manera que la respuesta también puede llegar en segundos, produciéndose la paradoja de que se trata de una respuesta simultánea y a vuelta de correo.

Un avance que ha producido la ingeniería es que estas comunicaciones a distancia pueden ya no sólo contener texto, sino sonido e imágenes, de modo que la información con que cuenta quien se encuentra al otro lado de la "línea" es más concreta y completa.

La sociedad ha adoptado rápidamente las nuevas tecnologías y esta forma de entenderse, lo que a su vez ha sido impulsado por su utilización en los negocios. Sin embargo, su masificación ha hecho necesario revisar las legislaciones, partiendo por los temas de certeza y seguridad, tanto en materia de certeza física –quién se está comunicando– y certeza lógica –la comunicación no ha sido interferida–.

En la legislación chilena ya se ha dado un paso importante en este sentido, al dictarse la Ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos y Firma Electrónica, cuyas disposiciones se fundamentan en el establecimiento del principio de la equivalencia del soporte electrónico y del soporte papel. De esta manera, todo aquello contenido en formato electrónico tiene la misma validez, real y jurídica, que un documento en papel, y sólo deberá estarse a la naturaleza del documento y a las partes que han intervenido en su elaboración o suscripción para determinar qué tipo de instrumento se trata. La Ley, además, se ha encargado de establecer su valor probatorio.¹

La vía electrónica como modalidad de adoptar acuerdos no es cuestionada, y se funda en el viejo principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto a la libertad que tienen las partes para realizar acuerdos y las vías de materializarlos, por cuyo repaso iniciaremos este trabajo.

Sin embargo, persisten dudas sobre otros aspectos de la contratación electrónica. ¿Han dado las partes un consentimiento válido? ¿Cómo y cuándo se formó ese consentimiento? ¿De qué tipo de contrato se trata? ¿Cómo se protege al consumidor de los posibles abusos, falsedades o incumplimiento?

Estos y otros temas elementales que surgen de la contratación electrónica serán abordados en este trabajo.

2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS

2.1. Posición clásica

“El principio de la autonomía de la voluntad es la aplicación en materia contractual de las doctrinas liberales e individualistas de la Revolución Francesa, y que alcanzaron su mayor auge durante el siglo pasado. Si los derechos son meras facultades que la ley reconoce existir en el individuo y la libertad es la base de toda actividad humana, es lógico que ella pueda obrar como mejor le plazca, no siendo naturalmente contra el orden público o las buenas costumbres.”²

Alessandri define la autonomía de la voluntad como “la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración”, y señala que esta voluntad es soberana, que el contrato nace del acuerdo de voluntades.³

Por su parte, López Santa María, cuyo libro sobre “Los Contratos” es el más completo en la doctrina chilena en aspectos teóricos, señala que “El principio de la autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce”.⁴

Es así como la autonomía de la voluntad se funda en los principios propios de la Ilustración de la libertad y la igualdad llevados al plano jurídico, que se traduce en la igualdad y libertad jurídica de las partes. A su vez, en la libertad jurídica puede distinguirse la libertad para contratar de la libertad contractual, surgiendo de éstas la fuerza obligatoria del contrato.⁵

Siguiendo esta sistematización propuesta por Contarino, quien analiza los contratos civiles y comerciales en el derecho argentino, la igualdad jurídica se funda en la garantía constitucional de la igualdad ante el derecho, consagrado en el equivalente a la Constitución argentina en el artículo 19 número 2 de la Constitución chilena, sin perjuicio de las desigualdades económicas o culturales que naturalmente existen o que ha introducido el excesivo individualismo, situaciones que deben ser corregidas por la ley.

La libertad jurídica, por su parte, se divide en la libertad para contratar, que es la libertad para celebrar o no el contrato y con quién, y la libertad contractual, que es la libertad para fijar los términos o contenido del contrato. De esta manera, la libertad jurídica “comprende las siguientes facultades: celebrar o no celebrar el contrato, elegir la persona del cocontratante, determinar el objeto –en todos sus aspectos–, elegir la forma de instrumentación –excepto los casos de los actos solemnes–, modificar el contrato, transmitir la posición contractual, extinguir el contrato.” Asimismo, comprende pactar cláusulas diferentes u opuestas a la ley, crear contratos tipo diferentes de los de la ley, crear contratos atípicos, en síntesis establecer contratos únicos.⁶

Ahora bien, el efecto de esta concepción se traduce en la fuerza obligatoria del contrato y su intangibilidad por terceros o el juez.⁷

En nuestra legislación no cabe duda que los contratos radican su fuerza obligatoria en la voluntad de las partes para obligarse.⁸ Si bien el artículo 1438 del Código Civil define

¹ El artículo 1º de la Ley 19.799, al fijar el ámbito de aplicación establece los principios bajo los cuales debe ser aplicada e interpretada la ley, estableciendo expresamente la “equivalencia del soporte electrónico al soporte papel”. Además, el artículo 3º señala: “Los actos o contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte papel. Dichos actos se reputarán como escritos en los casos en que la ley exija que los mismos consten de este modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito.” En todo caso, hay actos excluidos: los solemnes o presenciales, los que no son susceptibles de cumplirse por la vía electrónica y los de familia.

² Alessandri, Arturo. “De los contratos”. Editorial Jurídica de Chile, p. 11. (Nota: este libro carece de fecha y número de edición).

³ Alessandri, op.cit. p. 10.

⁴ López Santa María, Jorge. “Los Contratos. Parte General”. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición actualizada, Santiago, 1998, p. 233.

⁵ Contarino, Silvia. “Contratos civiles y comerciales”. Ediciones Depalma Buenos Aires, 2000, pp. 55 y siguientes. En el mismo sentido, López Santa María, op.cit., p. 261 y siguientes.

⁶ Contarino, op. cit., p. 56.

⁷ López Santa María, op. cit., p. 277.

⁸ Aunque siendo legalistas podría sostenerse que la fuerza obligatoria del contrato deriva de la ley, cosa que además se establece en el artículo 1545 del Código Civil.

contrato o convención como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”, a continuación el Título II del Libro IV del Código Civil se denomina “De los actos y declaraciones de voluntad”, que viene a establecer los requisitos para que las obligaciones –siendo los contratos una forma de obligarse–, y valga la redundancia, sean válidas para obligar por un acto o declaración de voluntad.⁹ Además, así lo sostiene el Mensaje del Código que señala que su fuente en materia de contratos son los códigos modernos, en especial el francés, que a su vez radica dicha obligatoriedad en la voluntad.

2.2. Nuevas tendencias

Ya ALESSANDRI en sus clases en la década de 1940 sostenía que la exageración del principio de la autonomía de la voluntad y las transformaciones de la economía y de la sociedad estaban produciendo severas críticas al principio, y entra a explicar las limitaciones que éste presenta, tales como el derecho del trabajo, el establecimiento de sueldos vitales, límites a los intereses por créditos, etc.

En la actualidad, si bien Chile ha retomado sendas más liberales en la economía, se mantienen muchas limitaciones a la libertad contractual, básicamente fundadas en el desequilibrio de las partes contratantes, desequilibrios que se manifiestan en temas de información de las materias a contratar. Señala ATIYAH que “nuevas doctrinas económicas y nuevas explicaciones respecto de los contratos se preguntan por los límites de la libertad de mercado y la libertad contractual. Los argumentos se centran en los problemas que presenta la doctrina decimonónica contractual voluntarista tradicional ante el problema de los monopolios, los casos en que el mercado falla como mecanismo de asignación de recursos (externalidades) y los casos donde existe ignorancia en las partes contratantes. Los monopolios que surgen en el siglo XX son distintos de los inocentes monopolios del siglo anterior, porque su tamaño y fuerza les permite eliminar su competencia y distorsionar el mercado, que es la base de la libertad de contratación. Asimismo, la libre contratación tampoco puede darse allí donde existen externalidades. En efecto, los costos asociados a las externalidades no pueden ser objeto de contratación, porque no necesariamente se pagan o porque los beneficios que implican no se recompensan. Por último la progresiva ignorancia que surge de la creciente complejidad de la vida moderna y la dificultad de educar para contratar adecuadamente hacen insostenibles los principios de la doctrina contractual tradicional”.¹⁰

LÓPEZ SANTA MARÍA señala que la ruptura o deterioro de la libertad contractual viene dado por el dirigismo contractual. “Por razones de orden público económico (manipular o manejar la economía nacional), o de orden público social (proteger a los grupos sociales más débiles, como trabajadores, arrendatarios, consumidores), el legislador cada vez con más frecuencia, fija imperativamente las cláusulas más relevantes de ciertos contratos, los que dejan

de estar entregados a la libre decisión de las partes”.¹¹ O bien, se afecta la libertad de conclusión de los contratos a través de la contratación forzosa o impuesta.

El mismo análisis lo encontramos en la doctrina española. Díez PICAZO señala que han aparecido nuevas formas contractuales, como los contratos tipo o contratos masa, dados por los cambios en el tráfico económico cada vez más acelerado; los contratos normados o dotados de un contenido imperativo determinado dados por los condicionamientos de la política social y económica; y los contratos forzados, producto del dirigismo contractual del Estado. Existen también las llamadas prestaciones de tráfico en masa, que consisten en obligaciones que surgen del hecho de un determinado comportamiento sin que medie expresión de voluntad, sino de una conducta social típica. Por otra parte, la protección de los consumidores ha hecho nacer un nuevo derecho de los contratos, incluso protegido constitucionalmente en otras legislaciones como la española.¹²

Tenemos así que la autonomía de la voluntad no rige completamente la formación de los contratos en el tiempo actual. Sin embargo, en muchos casos, aunque el contenido del contrato esté predefinido, continúa existiendo la libertad de contratar o no en la mayoría de los casos. Y en aquellos casos en que no existe tal libertad, como la prestación de servicios de consumo básico (agua, electricidad, gas), la legislación se preocupa de mitigar sus posibles efectos nocivos, restableciendo la “igualdad” de las condiciones entre las partes para contratar. Así, no sólo existe la protección de los consumidores, sino otro conjunto de reglas como las normas de libre competencia, agencias estatales o superintendencias de control, sistemas de tarificación, obligatoriedad en la prestación del servicio.

En consecuencia, aquel aspecto de la autonomía de la voluntad que se ha visto mitigado, y que nos interesa a continuación, es el de la libertad contractual, en cuanto a que los términos y contenidos del contrato no están libremente acordados por las partes.

Aun dentro de esta concepción, que no es sino una derivación de la clásica, la fuerza obligatoria de tales contratos continúa fundándose en la voluntad de las partes.¹³

3. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

La contratación electrónica es otra manifestación de los cambios que se han producido en la economía de fines del siglo XX e inicios del XXI, en que la tendencia a la globalización parece ser la pauta. Sin embargo, no debemos pensar que la tecnologización es una “revolución” en la forma de hacer las cosas, sino un nuevo canal para las comunicaciones y

⁹ El artículo 1445 del Código Civil prescribe “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:...”.

¹⁰ Atiyah, PS. “Essays on contracts”. Oxford University Press, 1986, citado por Ruiz Tagle, Pablo. “Propiedad Intelectual y Contratos”. Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 262

¹¹ López Santa María, op. cit., p. 263

¹² Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio. “Instituciones de Derecho Civil”. Volumen I. Editorial Tecnos. Madrid, 1995, pp. 400-402

¹³ Existen otras teorías que fundamentan la fuerza obligatoria del contrato sobre las que no entraremos por no ser el objeto de este trabajo. Sin embargo deben mencionarse la teoría del personalismo ético, o el contrato como promesa, explicado por Charles Fried en “La obligación contractual”; la presunción de justicia que subyace a todo contrato libremente consentido; o el contrato como función de bienestar.

transacciones. Las compraventas seguirán siendo compraventas y la prestación de servicios conserva tal carácter. Han surgido y surgirán nuevos modelos de negocios y contratos innominados, formas de pago y garantías, y probablemente el seguro cobre mucha importancia. Todo ello influenciado por las nuevas tecnologías de la información. Pero el Derecho continúa siendo una forma de regular conductas humanas y sus instituciones han perdurado más allá de los cambios tecnológicos. Bajo esta visión, debemos revisar si las normas jurídicas vigentes en materia de contratos son suficientes o hacen falta modificaciones para esta nueva forma de operar.

A continuación nos referiremos a las varias formas de suscribir contratos utilizando la vía electrónica para lograr el acuerdo de voluntades, a lo que se ha llamado genéricamente “contratación electrónica”. Esta no debe confundirse con los “contratos informáticos”, que son contratos que pueden haberse suscrito o no por la vía electrónica, cuyo objeto son bienes y/o servicios de carácter informático, cuya problemática es más específica que la tratada en este trabajo.¹⁴

3.1. Modalidades de la Contratación Electrónica

A continuación se hace un breve esbozo de las formas más comunes de intercambio de bienes y servicios en la web. La imaginación de las personas y la evolución de las tecnologías, así como los resultados en el mercado constituyen un continuo aliciente a los cambios en esta materia.¹⁵

No nos referiremos a los aspectos territoriales de este tipo de contratación, que dadas sus características, puede ser nacional o transfronteriza (como se suele denominar), en cuyo caso, los aspectos de determinación de la legislación aplicable se complican. Sin embargo, se mantienen las formas o tipo de negociaciones.

3.1.1. Negociaciones uno a uno

La contratación electrónica puede revestir diversas modalidades, a través de contactos directos por correo electrónico, persona a persona, en cuyo caso estamos frente a una contratación directa en que la voluntad se expresará en momentos diferidos y luego constará en uno o más documentos (e-mail de ida e e-mail de vuelta), entendiéndose que se trata de un contrato consensual que no debe revestir otra formalidad que el acuerdo de las partes sobre los términos del contrato. La tecnología, reconocida por la Ley 19.799 sobre Documentos y Firma Electrónica incluso permite hacer un documento con estructura tradicional de contrato que puede ser firmado por las partes.

¹⁴ Ver trabajo de Andico Dorato, Jimena, “El consentimiento en los contratos informáticos”. En “Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI”, Homenaje al Profesor Dr. Roberto López Cabana. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 533 y siguientes.

¹⁵

En esta categoría también pueden incluirse los denominados C2C, consumers to consumers, una forma de hacer negocios a través de sitios web o sitios punto com que ponen a disposición del público la posibilidad de publicar bienes que desean vender o comprar, y las reglas o normas bajo las cuales se opera, que usualmente se realiza a través de remates. El sitio web es un lugar de intercambio, pero la relación de las personas es uno a uno.

3.1.2. Sitios punto com

Las tiendas virtuales, que hemos llamado genéricamente “sitios punto com”¹⁶, son el lugar o la forma más común en que los consumidores, personas naturales, realizan transacciones electrónicas para la adquisición de bienes de consumo o servicios. Es la modalidad llamada B2C-business to consumer.

La particularidad de este medio es que constituyen catálogos de productos que si se desea adquirir deben seguir una serie de pasos hasta solicitar la adquisición y envío, normalmente pasando primero por un registro de datos del cliente y autorizando la forma de pago. Algunos de estos procesos son totalmente automatizados por la parte del vendedor o prestador de servicios, por lo que surgen dudas respecto de la voluntad de las partes. A mi juicio, tal voluntad por parte del vendedor existe desde el momento en que montó el negocio y puso a disposición del público los bienes y servicios.¹⁷ El tema que sí cobra importancia en este punto es si dicha puesta a disposición del público constituye una oferta en los términos del artículo 105 del Código de Comercio o es el adquirente quien hace la oferta de adquirir, consideración determinante para el momento de la formación del consentimiento y de la legislación y jurisdicción aplicable.

El comercio electrónico de bienes y servicios se diferencia del comercio material, entre otras cosas, en que el proveedor puede tener una existencia exclusivamente virtual, sin una contraparte física. Es más, un sitio web no requiere tener personalidad jurídica. Basta con inscribir un nombre de dominio –cosa que puede hacer cualquiera– para que luego un tercero cree y dé contenido al sitio. Es por ello que han surgido iniciativas que dan seguridad y certeza tecnológicas a los consumidores, como los certificados electrónicos de sitio seguro.¹⁸ Estos sitios punto com pueden ser la cara virtual del comercio establecido o bien el único canal de comercialización

¹⁶ Los nombres de dominio, identificadores de página web Internet, son administrados por ICANN, que territorialmente ha delegado sus facultades en distintas instituciones, en Chile en NIC Chile. Sin embargo persisten las denominaciones genéricas .com, .org, .net, etc., que se solicitan directamente a entes no territoriales de ICANN. Dada la globalización y la facilidad de las telecomunicaciones, en definitiva será el precio y la disponibilidad de un nombre lo que determinará dónde y a quién se le solicita. Por eso encontramos sitios web de comercio electrónico de origen chileno que llevan la terminación punto com o punto el indistintamente.

¹⁷ Misma situación que se presenta cuando compramos una bebida en una máquina expendedora, situada en un pasillo de un centro comercial.

¹⁸ Se trata de certificados cuyo icono de identificación es un candado normalmente ubicado en la esquina derecha de nuestra pantalla del computador, que ocupan la misma tecnología PKI (Public Key Infrastructure) que se utiliza para certificados para firma electrónica, y son otorgados por los prestadores de servicios de certificación electrónica. Permiten verificar, siguiendo la “cadena de confianza” que el sitio web tiene existencia “real” y que pertenece a quien dice pertenecer, además que dan confidencialidad a las comunicaciones que se realizan a través del sitio, ya que se transmiten en forma encriptada. Los certificados de sitio seguro no fueron reconocidos en la Ley 19.799.

de bienes y servicios de una persona o empresa. Este aspecto cobra importancia para efectos de las responsabilidades que surgen de las transacciones, cómo hacerlas efectivas, y en este sentido, se puede señalar que la legislación chilena es insuficiente en materia de la información que de los proveedores se debe dar a los consumidores, especialmente en el comercio virtual.

El proyecto de modificación actualmente en tramitación de la Ley 19.496 de Protección al Consumidor contempla incluir dentro de la “información básica comercial” información sobre el proveedor, además de aquella referida a los productos y servicios. Volveremos sobre estos aspectos más adelante.

3.1.3 E-market places

Una tercera manera de hacer negocios en la web son los llamados e-market places o B2B, business to business, que son sitios de intercambio de bienes y servicios entre empresas, normalmente con reglas preestablecidas. Puede tratarse de sitios en que se hacen licitaciones para la adquisición de bienes o servicios, o que derechamente transitan transacciones. Incluso se dan situaciones en que no media participación alguna de personas solicitando y aceptando, sino que el sistema solicita bienes automáticamente si otro sistema acusa el término de determinado stock de productos. ¿En qué momento participó la voluntad de las partes?

3.2. Formación del consentimiento: oferta y aceptación

Previo al análisis de los momentos de la oferta y la aceptación, es necesario tener en cuenta que detrás de cualquier contrato celebrado por medios electrónicos existen personas, aun cuando las máquinas respondan por procesos automatizados. Alguien las programó para dar tales respuestas. “Por ello, en estos supuestos de contratos por medios informáticos, todo el andamiaje de la teoría general del contrato sigue vigente, simplemente el método es novedoso pero emitir y aceptar ofertas continúa siendo el mismo hecho que responde a conceptos jurídicos ya conocidos”.¹⁹

Partiendo de la base que existe consentimiento, subsiste el problema jurídico de determinar cómo y cuándo éste surge. En consecuencia, deben analizarse los elementos de este acuerdo, conforme se ha hecho tradicionalmente: la oferta y la aceptación.

La doctrina señala que hay oferta cuando la “declaración de voluntad contiene todos los elementos necesarios para que el contrato a la que se refiere pueda formarse por la mera aceptación de la otra parte sin necesidad de una nueva declaración de voluntad del proponente”.²⁰ Esta es la llamada teoría del espejo. Por otra parte, la oferta puede ser expresa o tácita, siendo tácita la que “se induce de ciertos hechos que revelan en su autor la intención inequívoca de celebrar un contrato”²¹, señalando como ejemplo los artículos que se exhiben en el escaparate de un almacén con una etiqueta mencionando su precio.

El artículo 101 del Código de Comercio establece que el contrato queda perfecto al momento de la aceptación pura y simple de la propuesta; el artículo 102 señala que la contra-propuesta es una nueva oferta, y el artículo 105 regula el efecto de las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precio corrientes, prospectos, o en cualquiera otra especie de anuncios impresos, las que no son obligatorias para el que las hace.

En consecuencia, y muy específicamente tratándose del comercio B2C, para efectos de la legislación chilena, debe determinarse si la oferta publicada en sitios web es oferta propiamente tal, o la oferta la constituye la oferta de adquirir que hace el cliente. Siendo el lugar de la aceptación el relevante para la formación del consentimiento y demás consecuencias jurídicas que se derivan del contrato, tomar una decisión en este punto es relevante. Por otra parte, señalamos que el problema lo presenta la comercialización a través de sitios web B2C, porque la comercialización u oferta directa realizada a través de correos electrónicos personalizados, en que ambas partes se encuentran identificadas²² en realidad se asimilan a conversaciones directas. Por otra parte, en las negociaciones B2B no interfieren las normas de protección al consumidor, por lo que la regla general será la aplicación del Código de Comercio –y su interpretación en cuanto a la oportunidad de la aceptación– y del contrato que, por lo general, y previamente, han celebrado las partes para operar de esta manera.

Un segundo problema a dilucidar, de acuerdo a las normas del Código de Comercio, es si se trata de relaciones entre ausentes o presentes, de modo de determinar el momento en que se forma el consentimiento.

Trataremos de analizar si las normas existentes en estas materias el Código de Comercio son suficientes para encuadrar la contratación electrónica, o si éstas requieren modificaciones.

3.2.1. Ofertas contenidas en catálogos y ofertas permanentes.

Siguiendo a ALESSANDRI, las ofertas del artículo 105 del Código de Comercio “constituyen una de las formas de la réclame comercial y más que ofertas son demandas de oferta, meras proposiciones de contratar sin ningún valor obligatorio”.²³ Señala ALESSANDRI que “deben considerarse como meras proposiciones todas aquellas ofertas o sugerencias de contratar...”.²⁴ Agrega que quienes mantienen ofertas permanentes por tener industrias, comercios o servicios a disposición del público no tienen la obligación de contratar con el primero que acepte. ALESSANDRI, citando a PLANIOL Y RIPERT, dice: “El hecho de abrir un almacén, una tienda o una oficina no importa una oferta obligatoria, sino únicamente una invitación a contratar”.²⁵

Sin embargo, es difícil pensar que las costumbres comerciales actuales, sumadas a las normas sobre no discriminación ampliamente aceptadas, y las agresivas campañas de marketing

¹⁹ Andico Dorato, Jimena, op. cit., p. 537.

²⁰ Alessandri, op. cit., p. 88-89.

²¹ Idem, p. 89.

²² Se dejan fuera de esta categoría el “spam” o correo electrónico masivo, que sí puede equipararse claramente a ofertas abiertas.

²³ Alessandri, op. cit., p. 110.

²⁴ Idem, p. 86.

²⁵ Idem, p. 111.

que incluyen permanentemente avisos e impresos con ofertas de bienes y precios determinados, incluso por períodos determinados, no constituyen una oferta en tales términos que, de acuerdo al artículo 101 del Código de Comercio, sólo se requiera la aceptación pura y simple de la otra parte para que se perfeccione el contrato, previa concurrencia al establecimiento comercial.

Esta misma duda aparece en los contratos electrónicos B2C, donde a diferencia del comercio “real”, no es necesario ir a ninguna parte, sino sólo pulsar el botón –hacer un click– de aceptación en la casilla correspondiente para que la adquisición del producto sea cursada. Los sitios web no constituyen una mera exposición de productos para ser revisados, una invitación a comprar. Los sitios web, más que un catálogo, se definen como tiendas virtuales, que cuentan con individualización de los productos, su precio, medios de pago, de manera que apretando un botón se expresa el consentimiento para la adquisición de los productos, que en consecuencia serán despachados por el proveedor electrónico. Algunos tienen sus procesos tan automatizados que señalan el número de bienes disponibles y contestan inmediatamente los pedidos.

Sin embargo, aun así, si siguiéramos la doctrina clásica, equiparando una tienda virtual a una tienda real se trataría de invitaciones a hacer ofertas.

Es la Ley 19.426 de Protección al Consumidor, la que introduce otros elementos de análisis. En materia de ofertas dice en su artículo 12: “Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”, y a continuación en el artículo 13 establece la prohibición de la negación de venta o servicio. Por su parte, el artículo 35 establece la obligatoriedad de las ofertas y promociones –ofertas entendidas en los términos de la Ley del Consumidor como rebaja de precio–.²⁶ Más aun, el artículo 30 de la Ley establece la obligatoriedad de publicar el precio de los productos en exhibición.

Estas disposiciones, ¿cambian la doctrina chilena tradicional en materia de ofertas y formación del consentimiento?

En un reciente trabajo sobre la materia, Jorge Wahl señala: “De vuelta al caso del proveedor que opera un sitio de ventas en línea y abierto al público tal actividad, unida al empleo de métodos destinados a la captación de “visitantes”, e incluso la simple “exhibición” en línea de los productos y términos de comercialización al público en general, satisfaría el supuesto contemplado en la Ley de Protección al Consumidor, pero no el texto del inciso 2º del artículo 105 del Código de Comercio que supone el “envío” de un mensaje a destinatarios determinados. Así las cosas, se estaría, a lo menos, frente a una oferta tácita cuyo poder vinculante se vería reforzado por las normas de protección al consumidor”.²⁷

Otra opinión sostiene que la Ley de Protección al Consumidor estaría cambiando los criterios hasta ahora válidos en materia de ofertas a personas indeterminadas. “En virtud de estas normas, se está dando una nueva regulación a las ofertas al público, con lo que podríamos sostener que se estaría modificando el criterio en cuanto al valor de las ofertas a personas indeterminadas dejando de tener una obligatoriedad relativa”.²⁸

Una tercera opinión sobre esta materia, y que nos deja más dudas aún sobre qué postura tomar, postula que si bien la Ley del Consumidor regula la obligatoriedad de las ofertas, la sanción para su incumplimiento es meramente infraccional, multa en beneficio del fisco, y no establece un cumplimiento forzoso –salvo para las promociones u ofertas en que además el cumplimiento puede ser por equivalencia–, de manera que no hay real protección para el consumidor.²⁹

Adoptar una u otra posición, entre varias consecuencias, es una materia relevante para efectos de determinar el lugar y oportunidad de la formación del consentimiento, ya que ello fijará la ley que rige al contrato.

La posición tradicional favorece al comercio, ya que éste tendrá la última palabra para aceptar o rechazar la oferta de compra, además de fijar la jurisdicción de los tribunales en su domicilio.

La Ley de Protección al Consumidor obviamente favorece el criterio precedente, el que además de decidir si adquiere o no el bien o servicio, tendrá mayores facilidades para interponer las acciones que correspondan ante tribunales más accesibles para él, ya que el artículo 50 de la Ley señala que son competentes los juzgados de policía local del lugar en que se hubiere celebrado el contrato, se hubiese cometido la infracción o dado inicio a su ejecución. El proyecto de ley que modifica la Ley de Protección del Consumidor pretende ampliar esta competencia al tribunal correspondiente al domicilio del consumidor.

Más adelante abordaremos las proposiciones de modificación a la Ley de Protección al Consumidor, actualmente en tramitación ante el Senado, que establecerían importantes cambios en materia de protección al consumidor relacionados con contratos, contratos electrónicos y otros.

3.2.2. Ofertas entre ausentes

El Código de Comercio en los artículos 97 y 98 se refiere a las ofertas verbales y a las ofertas escritas, que en la actualidad podrían definirse como ofertas entre personas presentes que deben dar respuesta inmediata, o ausentes, en cuyo caso, la oferta se realiza por escrito y existe un plazo para su aceptación, ya que ésta no puede estar vigente permanentemente. Ahora bien, el medio electrónico permite hacer ofertas entre ausentes pero con comunicaciones simultáneas, lo

²⁶ Artículo 1º números 7 y 8 de la Ley 19.496 sobre Protección al Consumidor. “7. Promociones: las prácticas comerciales, cualquiera sea la forma que se utilice en su difusión, consistentes en el ofrecimiento al público en general de bienes y servicios en condiciones más favorables que las habituales, con excepción de aquellas que consistan en una simple rebaja de precio. 8. Oferta: práctica comercial consistente en el ofrecimiento al público de bienes y servicios a precios rebajados en forma transitoria en relación con los habituales del respectivo establecimiento”.

²⁷ Wahl Silva, Jorge. “Aspectos en la formación del consentimiento en los contratos electrónicos. Derecho chileno y derecho comparado”. En Derecho de los Contratos. Cuadernos de Extensión Jurídica 6. Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, 2002, p. 143.

²⁸ Carrasco Blas, Humberto. “Comentarios relativos a las normas sobre el consentimiento y su interacción con las nuevas tecnologías de la información”. En Derecho y Tecnologías de la Información. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Fundación Fernando Fueyo Laneri, abril 2002, p. 172.

²⁹ Hübner, Ana María. “Derecho de la Contratación en la Ley de Protección al Consumidor”. En Derecho del Consumo y Protección al Consumidor. Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho. Cuadernos de Extensión Nº3, 1999, p.126.

que de ninguna manera podría considerarse como una propuesta verbal, ya que éstas se realizan por medios electrónicos, que para todos los efectos, como lo establece la Ley 19.799, se tendrán por escritas. Ahora, el plazo para dar la respuesta podrá ser de 24 horas como lo dice el artículo 98 del Código de Comercio, o a vuelta de correo, que curiosamente, hoy en día, con el correo electrónico que es como generalmente viajan estas comunicaciones, será más expedito. Jorge WAHL propone el criterio de la razonabilidad para determinar la cuestión del tiempo empleado en la respuesta, criterio que ya manejan los tribunales y dados los cambios en las tecnologías, parece más adecuado que establecer plazos ciertos para las respuestas oportunas.³⁰

3.2.3. Momento de la formación del consentimiento

Si la discusión sobre si la formación del consentimiento se produce cuando se envía la aceptación o la recibe el oferente se da en el mundo real, en que se presuponen ciertos plazos para que la respuesta que se emite llegue a destino, en el mundo virtual, a pesar de la simultaneidad que puede darse en estas comunicaciones, existe también la falta de certeza de que la respuesta llegue a puerto, y si llega, que el destinatario la abra y lea. Sin embargo, todos los problemas técnicos que infunden estas dudas son similares a los que ocurrirían antiguamente si fallaba el correo o el sistema de telegramas o los mensajeros. En consecuencia el problema de fondo sigue siendo el mismo ¿el consentimiento se forma cuando se emite la respuesta—cosa que ignora el oferente por un lapso de tiempo— o cuando ésta se recibe por el destinatario?

Nuestra legislación adhiere a la postura de la aceptación o declaración de la respuesta³¹, y así de desprende de los artículos 97 y 98 del Código de Comercio, claro que sometidas a un requisito de oportunidad, el cual fue revisado en el numerando anterior.

Surge entonces la cuestión de ¿dónde se forma el consentimiento en los contratos electrónicos? La respuesta lógica sería el lugar en que se emite la aceptación, donde se encuentra el computador mediante el cual se emite la respuesta, entonces, el domicilio o lugar desde donde se encuentra el aceptante, si consideramos que es el consumidor quien acepta. Si se acepta la teoría tradicional, será el domicilio del vendedor, quien acepta la oferta que el comprador hace de adquirir. La ventaja de esta segunda posición es la certeza que tiene el comerciante, y el sistema jurídico, del lugar que fijará la legislación aplicable, a diferencia de la posición más abierta, que da al consumidor las ventajas.

Es importante señalar que la normativa actual de los artículos 97 y 98 del Código Comercio es insuficiente para regular los problemas actuales que de las comunicaciones se derivan para la formación del consentimiento. Y esta insuficiencia no está determinada por la contratación electrónica, sino por la antigüedad del Código, en cuya época de dictación la comunicación más expedita era el telégrafo.

Existen proposiciones normativas elaboradas por organismos internacionales, como la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de UNCITRAL³², que regulan estos tópicos.

³⁰ Idem, p. 152.

³¹ Alessandri, p. 104.

³² United Nations Commission for International Trade Law, <http://www.uncitral.org/en-index.htm>

3.3. Tipos de contrato en la contratación electrónica

La contratación electrónica presenta otra problemática cual es la determinación de qué tipo o tipos de contratos se utilizan a la hora de suscribir los contratos acordados. Analizarlo tiene relevancia por cuanto la definición importa la aplicación de regímenes de protección distintos para los contratantes.

Dadas las características recién anotadas sobre la contratación electrónica, parece necesario analizar los tipos de contratos que se dan en la contratación dirigida, es decir, aquella en que una de las partes ejerce mayor control que la otra sobre las posibles condiciones que contendrá el contrato.

Para ello seguiremos el análisis ya tradicional de la doctrina, que distingue en este campo los contratos tipo, los contratos de adhesión y las condiciones generales. Como plantea TOMASELLO, los contratos tipo establecen condiciones generales para contratar que luego normalmente se reflejarán en contratos de adhesión.³³ Sin embargo, a pesar de que esta figura se da comúnmente en la práctica, debe analizarse cada una de estas fórmulas por separado ya que no son iguales ni necesariamente van unidas. Por su parte, dentro de la temática de los contratos de adhesión, la idea de las cláusulas abusivas es la que resulta más relevante hoy en día.

3.3.1. Contratos Tipo

El contrato tipo “es aquel en que se estipulan las condiciones generales que en contratos individuales ulteriores habrán de ser aceptadas por las partes, en que se fija una fórmula, modelo o cliché, contenida en un módulo o formulario destinado a servir de base a los contratos que más adelante se concluyen”.³⁴

Más simple es la definición que señala que “el contrato tipo es una acuerdo de voluntades en cuya virtud las partes predisponen las cláusulas de futuros contratos, que se celebrarán masivamente... Al celebrar el contrato tipo, los contratantes adoptan un modelo o formulario, por lo general impreso, destinado a ser reproducido sin alteraciones importantes o incluso tal cual, sin alteración de ninguna especie, en múltiples casos posteriores, que equivaldrán, cada uno, a un contrato prerredactado”.³⁵

Estos contratos se fundamentan en las nuevas necesidades de la economía, la contratación en masa, y presentan como grandes críticas la falta de negociación entre las partes, y la imposición de la parte más poderosa, normalmente quien redactó el contrato, de las condiciones a la otra. En consecuencia, lo que preocupa es que puede que no exista un real acuerdo de voluntades. Sin embargo, la libertad contractual en este caso se da en aceptar o rechazar el contrato. Otras veces, se pueden introducir modificaciones, a veces manuscritas, en estos contratos, o conservar espacios en blanco que deben ser llenados conforme el acuerdo de las partes.

³³ Tomasello, Leslie. “La Contratación. Contratación tipo, de adhesión y dirigida. Autocontratación y Subcontratación”. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso. EDEVAL, Valparaíso, 1984, p. 10.

³⁴ Tomasello, op. cit., p. 13.

³⁵ López Santa María, Jorge, op. cit., p. 180.

Lo característico de estos modelos está en la simplificación de las transacciones y la reserva de sus ventajas, y no en un deseo de controlar la actividad de los particulares. “La fabricación en serie y la necesidad de racionalización han traído consigo una estandarización de los vínculos contractuales”.³⁶ Para explicar los contratos tipo, dan como ejemplos los contratos de compraventa internacionales que estandarizan terminología (incoterms).³⁷

Ahora bien, los contratos de adhesión se diferencian de los contratos tipo porque los primeros no necesariamente son masificados, predispuestos e impresos. Muchos lo serán, pero también existen contratos por adhesión uno a uno.

3.3.2. Contratos de Adhesión

“El contrato de adhesión o por adhesión es aquel cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas”.³⁸

ALESSANDRI señala que la única particularidad de estos contratos está en esta aceptación en bloque, pero en los demás, la formación del consentimiento, el lugar y forma, la eficacia del contrato, etc., se rige por las reglas generales.³⁹ Agrega que “la ley no ha exigido, para la eficacia de un contrato, que éste sea el resultado de la libre discusión de los interesados, ni que ambas partes tengan igual intervención en su génesis; sólo exige que ambas consientan”.⁴⁰

Se suele vincular al contrato de adhesión con la contratación a cláusulas y condiciones generales. Sin embargo su naturaleza es diversa. “El contrato de adhesión es una modalidad de la formación del consentimiento... Esta oferta puede contener condiciones generales, si cumple los requisitos de anticipación y generalidad de éstas, pero puede limitarse, como usualmente ocurre en transacciones simples, a la fijación de la cosa y el precio”.⁴¹ Será frecuente, en la contratación electrónica, suscribir contratos de adhesión, con o sin condiciones generales.

No entraremos a analizar la naturaleza jurídica ni las teorías de los contratos por adhesión, los que se encuentran plenamente aceptados tanto por la doctrina como por la legislación chilena.

En cuanto a sus características, TOMASELLO señala que el contrato por adhesión se caracteriza, entre otras, por:

- a) “la oferta se realiza a la colectividad o a un grupo indeterminado de personas y se ve concretada posteriormente cuando se celebra el contrato con un sujeto particular;

³⁶ Tomasello, op. cit., p. 14.

³⁷ Tomasello intenta separar los contratos tipo de los de adhesión de las cláusulas generales, sin embargo utiliza con frecuencia los términos de uno para describir otros, de manera que en definitiva, tal separación no se produce.

³⁸ López Santa María, op. cit., p. 142.

³⁹ Alessandri, op. cit., p. 114.

⁴⁰ Idem, p. 115.

⁴¹ Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José Miguel. “Contratos por Adhesión Ley N° 19.496”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002, p. 24.

- b) el contrato es más obra de aquel contratante que tiene y ejerce una posición privilegiada respecto del otro;
- c) la oferta no puede ser discutida, (...) no se admite discusión alguna de aquéllas (cláusulas) que han sido redactadas a favor del oferente, y que es precisamente lo que le atribuye al contrato una fisonomía propia.⁴²

LÓPEZ SANTA MARÍA los caracteriza por su generalidad, permanencia y minuciosidad,⁴³ significando esto último que la oferta es detallada, encontrándose reglamentados todos los aspectos de la convención.

Son estas últimas cláusulas –minuciosas, detalladas y no discutidas– las que generan problemas. ALESSANDRI estimaba que los abusos que podían originar podían ser corregidos por el juez,⁴⁴ posición que ha sido desarrollada y sustentada por Ma. Victoria BAMBACH⁴⁵ y Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA⁴⁶, y no ha sido sino hasta hace poco que, mediante la Ley de Protección al Consumidor, el tema ha sido zanjado, aunque no del todo.

Veamos la evolución de tratamiento de las cláusulas abusivas.

Ma. Victoria BAMBACH define las cláusulas abusivas, citando a otra autora, como “estipulaciones contractuales que entrañan un desequilibrio de las partes en la convención”. Si el principio de la autonomía de voluntad tuviese plena vigencia, las cláusulas abusivas serían completamente válidas, por cuanto se trataría de acuerdos libremente aceptados entre partes consideradas en plano de igualdad. Sin embargo, considerando que los contratos de adhesión serían una categoría especial de contratos, y existiendo normas y principios generales para los contratos, en el sentido que éstos deben atender al orden público, a la moral y las buenas costumbres, las cláusulas abusivas pueden ser morigeradas. A continuación, su trabajo describe los medios para combatir estas cláusulas abusivas, a través de los principios generales de la legislación –orden público, buenas costumbres y buena fe– y a través de medidas específicas, –normas legales concretas (protección al consumidor, operaciones de crédito de dinero, seguros)– y da ejemplos en derecho comparado: Francia extiende el concepto de lesión; Alemania utiliza la buena fe objetiva; y los países del Common Law recurren a las cláusulas “no pensadas” (unconscionable clauses) y al “quiebre del contrato” (fundamental breach of contract).

LÓPEZ SANTA MARÍA, en un trabajo posterior, pero aún anterior a la Ley de Protección al Consumidor, profundiza en la materia y señala que el artículo 1566 inciso 2° del Código Civil ya establece la primera regla para combatir los contratos por adhesión y sus abusos, pero dado que

⁴² Tomasello, op. cit., p. 33-34.

⁴³ López Santa María, op. cit., p. 143

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Bambach Salvatore, Ma. Victoria. “Las Cláusulas Abusivas”. En “Contratos” Coordinación Enrique Barros Bourie, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 47 y siguientes.

⁴⁶ López Santa María, Jorge. “Cláusulas Contractuales Abusivas y Derecho del Consumidor”. En “Instituciones Modernas de Derecho Civil”, Homenaje al Profesor Fernando Fucyo Laneri. Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1996, pp. 424 y siguientes.

la competencia en estas materia corresponde a jueces de policía local, estos asuntos no llegan a instancias superiores, y en consecuencia no se conocen fallos publicados al respecto.

A partir de la Ley de Protección del Consumidor de 1997 se define, en el artículo 1º número 6, los contratos por adhesión como “aquel(los) cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”. Y su regulación se hace a través de la enumeración de cláusulas abusivas no permitidas.

La ley chilena optó por el sistema de listado o tipificación de casos que se consideran abusivas, en vez del sistema amplio que deja a los tribunales la determinación de si tales acuerdos constituyen abuso o no por consideraciones de buena fe o equidad. Así y todo, denominó el Párrafo 4º del Título II de la Ley de Protección al Consumidor como “Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión”. Allí se enumeran seis casos de cláusulas abusivas, que dicen relación con la falta de equilibrio de las relaciones entre las partes: término o modificación unilateral del contrato sin expresión de causa; aumentos de precio o tarifas; carga de la responsabilidad a la parte más débil; inversión de la carga de la prueba; limitaciones de responsabilidad; espacios en blanco.

Tenemos entonces una protección expresa en Chile en contra de las cláusulas abusivas contenidas en contratos de adhesión, para los cuales no hay sanción específica en la Ley de Protección al Consumidor, de manera que deberán seguirse las acciones cuyo resultado será la determinación de una infracción a la ley.

Sin embargo, del encabezado de la disposición del artículo 16 que señala “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que...” se desprende corresponde solicitar la nulidad de tales cláusulas. No queda claro de qué tipo de nulidad se trata, absoluta o relativa, y de si se solicita la nulidad de todo el contrato o la cláusula abusiva solamente.

De la letra del encabezado del artículo 16 se desprendería que se trata de una nulidad relativa y parcial.⁴⁷

Para no dejar este punto inconcluso, se han producido avances en el Derecho en Chile, y debemos decir que la modificación en trámite sobre la Ley de Protección al Consumidor⁴⁸ ha acogido las críticas a la actual ley, y entre otras modificaciones agrega a este artículo 16 una letra f). En ésta se incorpora al listado de cláusulas abusivas una genérica, y se considera abusiva toda cláusula que atente contra “las exigencias de la buena fe”, estimando que debe atenderse a “parámetros objetivos” que causen al consumidor un “desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato”. Para ello deberá estarse a “la finalidad del contrato y las disposiciones especiales o generales que lo rigen”. De esta manera se incorporaría al derecho chileno una norma de clausura para el tema de las cláusulas abusivas.

Asimismo, el proyecto de ley incorpora un artículo 16A a la Ley, mediante el cual se establece una acción de nulidad del contrato, reconociéndose la nulidad parcial –es decir sólo de la cláusula abusiva–, subsistiendo el resto del contrato “a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible”. Así se recogen las tendencias más modernas que existen en derecho comparado⁴⁹, y se respeta la voluntad del consumidor, quien quiso adquirir u obtener un determinado bien o servicio, pero en condiciones equitativas para las partes.

Si este proyecto de ley prospera o no en los términos vistos, no lo sabemos, pero al menos ha puesto en discusión estos temas. Para efectos de la contratación electrónica tienen tanta aplicación como la contratación en general.

3.3.3. Condiciones Generales

“Se trata de cláusulas o disposiciones redactadas de antemano, de manera abstracta, para ser empleadas después en una serie ilimitada de contratos concretos”.⁵⁰ No necesariamente tienen su origen en contratos tipo, aunque estos son la fuente más frecuente de condiciones generales.

También se definen como “el conjunto de reglas establecidas por una empresa o grupo de empresas, constitutivas del contenido total o parcial de los contratos que han de celebrar en el desarrollo de sus actividades”.⁵¹

Se diferencian de los contratos tipo y de los contratos por adhesión en que las cláusulas generales son previas a la celebración del contrato e incluso pueden estar fuera de éste, en un documento aparte que se cita en el contrato. Ahora bien, “la mera vigencia o redacción de las cláusulas generales no determina su vinculación normativa; requieren de una aceptación voluntaria por el cliente. Mientras ello no suceda, constituyen una oferta a persona indeterminada, cuyo valor jurídico tiene relevancia cuando se le incorpora como contenido de un determinado contrato”.⁵²

En la contratación electrónica, debemos señalar que es muy frecuente encontrar en los sitios de comercio electrónico, sean B2C o B2B, un capítulo o páginas que contienen “Términos o Condiciones Generales de Uso y Contratación”, en los cuales, en forma unilateral, el sitio web expone las condiciones de uso de la información, así como establece condiciones especiales para usar y contratar a través del sitio. Algunas de estas “instrucciones” incluso llegan a señalar que la sola lectura de ellas importa una aceptación de tales términos y condiciones, lo que claramente constituye un abuso de su parte, porque primero debe conocerse tal información para poder aceptarla o no. En todo caso, esas declaraciones no tienen un efecto práctico real patrimonial, por cuanto aún no existen cobros automáticos por el solo hecho de hacer esa “visita”.

⁴⁹ Díez Picazo, op. cit., p. 443.

⁵⁰ López Santa María, op. cit., p. 185.

⁵¹ Díez Picazo, op. cit., p. 440.

⁵² Gagliardo, Mariano. “Condiciones Generales y Cláusulas Abusivas”. En “Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI”, Homenaje al Profesor Dr. Roberto López Cabana. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 680.

⁴⁷ Hübner, op. cit., pp. 141-142. Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José Miguel. Op. cit., p. 164.

⁴⁸ Boletín N° 2787-03. Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el Proyecto que modifica la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

4. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR ON-LINE

Entrando de lleno al tema de la protección de los consumidores que adquieren bienes o servicios en la web, en línea u on-line desde tiendas virtuales, la primera afirmación que debe hacerse, aunque ya está implícita, es que toda la legislación chilena, y específicamente en materia de contratos y protección al consumidor, es plenamente aplicable a esta modalidad de celebrar acuerdos. Sin embargo, la legislación chilena no ha incorporado algunos cambios que motiva la modernidad y su "modus operandi", de modo, que el Gobierno ha presentado un proyecto de modificación de la Ley de Consumidor, que pretende ampliar el espectro de protección de esta ley.

La Ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha Firma, equiparó los documentos electrónicos a los documentos contenidos en soporte papel. Es más, el artículo 3º de la Ley homologa los documentos suscritos mediante firma electrónica a los suscritos mediante firma ológrafa. Se ha empezado a debatir, y a sostener, que los documentos que no llevan firma electrónica quedaron fuera de esta homologación, siendo solamente válidos frente a la ley y al sistema procesal los documentos firmados electrónicamente. Sin embargo, esta interpretación da a la ley una aplicación sumamente restringida, no otorgando reconocimiento a muchos documentos electrónicos: cualquier página web –que establezca un comercio electrónico o no–, correo no firmado, chat, textos, fotos, documentos realizados en programas Word o Excel, en fin, cualquier otro documento electrónico.⁵³ A nuestro juicio, lo que ocurre es que la Ley de Firma Electrónica otorga valor probatorio específico –plena prueba y valor de documento privado– a los documentos que lleven firma electrónica avanzada y firma electrónica simple, respectivamente. Los demás documentos, al igual que tantos documentos en el mundo real –revistas, impresos, catálogos, libros, fotos, en fin–, constituyen declaraciones unilaterales, tienen existencia, y su autoría y valor probatorio vendrá dado por otras normas.

En consecuencia, un sitio web dedicado al comercio electrónico tiene existencia, y conforme lo que hasta ahora hemos analizado, constituye una declaración unilateral cuyo contenido será la exposición de un determinado catálogo de productos o descripción de los servicios, publicidad propia e instrucciones de cómo adquirir el bien o servicio elegido. Es muy probable que exista publicidad externa que invite a visitar dicho sitio web.

Entonces, una vez dentro del sitio, nos encontramos, al igual que en el mundo real, dentro de una tienda en que están expuestos los objetos puestos a disposición del público.

4.1. Aplicación de la Ley de Protección del Consumidor al Consumidor On-line

Continuando el análisis anterior, en un sitio punto con la relación entre las partes será la de proveedores on-line y consumidores, razón que motiva la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor porque se dan sus supuestos: se trata de una relación de consumo en que el consumidor es el destinatario final de los bienes y servicios y el proveedor de tales bienes y

servicios lo hace por un precio o tarifa, siendo, además, una relación jurídica comercial para una parte y civil para la otra.

Ahora bien, la ley vigente nada dice de la contratación electrónica, a pesar que es de 1997, lo que no obsta a que, como se dijo, sea plenamente aplicable.

En cambio, el proyecto de ley de modificación actualmente en tramitación contempla normas específicas para el comercio electrónico, las que si bien pretenden dar más transparencia y certeza a la formación del consentimiento por la vía electrónica, en los términos planteados sólo logrará entorpecer y complicar este medio. En el último punto de este trabajo se presenta un esbozo de las principales modificaciones a la Ley de Protección al Consumidor en materia de comercio electrónico y nuestra crítica específica.

En términos generales, a nuestro juicio, las formas de protección que debe considerar la legislación para los consumidores on line se refieren a información, cláusulas abusivas y solución de controversias.

4.2. Formas de Protección

4.2.1. Información

Como se ha señalado, la información es el bien más relevante para estos efectos, y es en este sentido que apuntan los consejos dados por organismos internacionales y de países más desarrollados, como son las Directrices para la Protección del Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico dictadas por la OECD⁵⁴ (Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo). Este organismo recomienda, entre sus principios generales, que la protección al consumidor sea efectiva y transparente, es decir, no inferior a la otorgada a las otras formas de comercio, y que existan prácticas de publicidad y marketing honestas, así como señala que la información debe ser entregada en forma clara, conspicua, certera y fácilmente accesible. Asimismo, da pautas para la información publicitaria en general, como la destinada a menores, mayores o enfermos.

4.2.1.1. Información del Proveedor

La información del proveedor en medios electrónicos sobre sí mismo debe ser suficientemente clara y precisa, correcta y de fácil acceso para los consumidores, de manera que permita su identificación mediante nombre o razón social, domicilio principal, dirección de correo electrónico, u otra forma de contacto. Como ya se señaló, muchos proveedores electrónicos carecen de razón social o personalidad jurídica y para los consumidores resulta difícil saber quién está detrás del sitio web, y en consecuencia a quién reclamar. Siempre se puede recurrir a NIC Chile⁵⁵ y consultar sobre la inscripción del nombre de dominio, pero ello suele no ser

⁵³ Artículo 2 letra d) ley 19.799 "Documento electrónico: toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada, o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior."

⁵⁴ [http://www.oecd.org/olis/2002doc.nsf/LinkTo/dsti-cp\(2002\)4-final](http://www.oecd.org/olis/2002doc.nsf/LinkTo/dsti-cp(2002)4-final)

⁵⁵ www.nic.cl

suficiente. El nombre de quien figure en el nombre de dominio no tiene por qué coincidir con quien explota el negocio electrónico.

La recomendación de la OECD agrega que debe darse una comunicación rápida y sencilla entre las partes, un sistema de solución de conflictos apropiado y efectivo, el procedimiento legal, y su ubicación para efectos de control por las autoridades.

4.2.1.2. Información del Producto

Señala la OECD que la información sobre los bienes y servicios debe ser “correcta y de fácil acceso que describa los bienes y servicios ofrecidos, suficiente para permitir a los consumidores una decisión informada sobre la conveniencia o no de realizar la transacción y de una manera que haga posible que los consumidores puedan tener registro de tal información”.

En consecuencia, de lo que se trata, insistimos, es tener información adecuada. En la medida que los proveedores den cumplimiento a esta obligación, estarán relevados de responsabilidad sobre las adquisiciones que hagan sus consumidores.

Qué información es adecuada es un aspecto subjetivo, pero debe recurrirse a criterios de razonabilidad y otras normas para determinar cuánta información es apropiada para tomar decisiones de consumo.

4.2.1.3. Información del Proceso

Es el tercer aspecto de la información relevante, y se refiere al proceso de la transacción, la que deberá contenerse en términos claros, correctos y fácilmente accesibles.

Esta información, cuando sea aplicable y apropiada para el tipo de transacción, debe decir relación con:

- a) costos totales cobrados y/o impuestos, en la moneda que corresponda,
- b) otros costos asociados,
- c) plazos de entrega o cumplimiento del servicio,
- d) términos, condiciones y formas de pago,
- e) restricciones o limitaciones de la compra (autorización de los padres, de la orden de compra, restricciones geográficas, etc.),
- f) instrucciones de uso, alertas de seguridad o cuidado de salud,
- g) instrucciones sobre políticas de retracto, cambios, reembolsos,
- h) garantías.

Asimismo, se sugieren mecanismos de confirmación de la compra, con posibilidad de cancelar –desistir– la adquisición antes del pago, lo que implica un período de reflexión inmediato a la adquisición casi lista, y mecanismos de pago seguro.

4.2.2. Contrato de Adhesión y Cláusulas Abusivas

Los mecanismos de protección del consumidor a través de las cláusulas abusivas son un efectivo control a priori de estas transacciones, sin introducir elementos extraños a la protección del consumidor. Ello si consideramos que la contratación electrónica se produce por contratos de adhesión a términos generales y condiciones específicas del producto elegido. Ahora bien, si prospera la ampliación de la protección de las cláusulas abusivas a aquellas que vayan contra la buena fe, muchas de las actividades no deseadas del comercio electrónico podrán ser encauzadas por esta vía.

4.2.3. Solución de Controversias

Las recomendaciones internacionales sugieren establecer mecanismos de solución de controversias ágiles y expeditos, los llamados ADR –alternative dispute resolution– los que en la legislación chilena no quedan fuera conforme a las reglas generales. Perfectamente se pueden establecer reglas de arbitraje para estos asuntos, los que deben ser informados a los consumidores.

4.3. Críticas al Proyecto de Ley de Modificación a la Ley de Protección del Consumidor que Incluye la Regulación Específica del Comercio Electrónico

En términos generales, se considera que la protección al consumidor que se relaciona con proveedores por vías electrónicas no amerita normas especiales, distintas de las de protección al consumidor en sus relaciones con comerciantes mediante los canales tradicionales, sino sólo en aquellos aspectos de la relación que no quedan cubiertos por la protección general.

La excesiva regulación es un desincentivo a cualquier actividad económica, y con mayor razón para el comercio electrónico, actividad que se vale de las nuevas tecnologías de la información para facilitar y agilizar las relaciones comerciales, haciéndolas accesibles a público remoto. Es por ello que la regulación específica de esta actividad sólo debe tender a dar confianza, transparencia y certeza a las transacciones en línea.

En este punto, cobra además importancia el hecho de que una excesiva regulación sobre la materia conlleva la “instalación” de la tienda virtual en otra jurisdicción, encareciendo los costos de distribución, pero bajando los de control, de manera que el negocio se desarrolla en otra parte.

Es por ello que estimamos que aquellas materias que pueden ser tratadas por una ley del consumidor on line son las relativas a la información del “comerciante” o proveedor por medios electrónicos, así como la de los productos y servicios ofrecidos, y el sistema o pasos a seguir para el surgimiento de los acuerdos, como se explicó en el punto anterior.

En cambio, no nos parece positivo incorporar normas sobre formación del consentimiento, como se está haciendo en el nuevo artículo 12 A propuesto.⁵⁶ Las normas de formación del consentimiento tradicionalmente han pertenecido al Código de Comercio, por lo que no parece apropiado modificarlos en el ámbito de la Ley de Protección al Consumidor. Si bien las normas del Código de Comercio son antiguas y no incorporan las nuevas formas de comunicaciones, las proposiciones de normas contempladas en el Proyecto constituyen un desincentivo al uso de estas tecnologías, introduciendo elementos que solemnizan actos y contratos esencialmente consensuales. En efecto, la norma propuesta transforma en elementos de la esencia del contrato —que permiten su nacimiento— a elementos que en realidad se refieren a temas de prueba, y que debieran estar regulados por normas de información para el consumidor.

Asimismo, constituye un desincentivo a este canal de comercialización la posibilidad del retracto unilateral sin expresión de causa, y cargando todos los costos al proveedor. El proyecto de ley establece el retracto sin expresión de causa para los contratos electrónicos, entre otros, básicamente porque el consentimiento se da frente a técnicas de comercialización agresivas.⁵⁷ Sin embargo, no considera, en concordancia con los mayores deberes de información al consumidor, los costos que el retracto puede significar para el proveedor, los que le serán siempre cargados. No parece una decisión justa. Además, el proyecto de ley, en este aspecto, declara nullos los contratos de crédito que hayan surgido, sea con el mismo proveedor o terceros, perjudicando de paso a terceros ajenos a la relación comercial propiamente tal.⁵⁸ La

⁵⁶ El artículo 12 A propuesto dice: "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 visita al sitio de Internet en el cual se ofrece el 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 modo 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".

⁵⁷ Dice el Mensaje del Proyecto de Ley: "Este derecho se contempla para situaciones en que los espacios de formación del consentimiento aparecen debilitados frente a técnicas de comercialización agresivas".

⁵⁸ El artículo 3 bis propuesto dice: "El consumidor podrá poner término unilateralmente al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo, en los siguientes casos:

c) 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.

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 45 días siguientes a la comunicación 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, el retracto resolverá dicho crédito. En caso de haber costos involucrados, éstos 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 a retracto cuando el bien materia del contrato, se haya deteriorado por hecho imputable al consumidor.

Deberán restituirse en buen estado los elementos originales del embalaje, como las etiquetas, certificados de garantía, manuales de uso, cajas, elementos de protección o su valor respectivo, previamente informado."

mayor crítica que podemos hacer a esta norma es que luego de regular ampliamente el derecho de retracto, deja en libertad al proveedor de señalar explícitamente que no lo acepta, decisión que será, en la práctica, la regla general.

Un aspecto que sí consideramos valioso, un aporte del proyecto de ley es la regulación del "spam". La creciente e indiscriminada publicidad por medio de correos electrónicos masivos está produciendo consecuencias negativas al medio, quitándole credibilidad, por lo que su uso debe ser orientado. Si bien esta materia debiera caer en los espacios de autorregulación, ésta no ha demostrado eficacia.⁵⁹ El establecimiento de una norma en este sentido será una clara señal del rechazo de la sociedad al mal uso del correo electrónico, aunque su control resulte difícil. Sin embargo, esta proposición debe ser complementada con una pronta modificación de la Ley de Protección de Datos Personales, N° 19.628, que entregue una efectiva protección a las personas en el resguardo de sus datos personales y la transferencia que de éstos se hace a través de la comercialización de bases de datos.

Una última crítica está dada por la ampliación de la competencia de los juzgados que conocerán estas materias a los del domicilio de los consumidores. De esta manera se genera cierta incertidumbre de dónde se litigará, y no habrá manera de que los tribunales adquieran experiencia y conocimiento de este tipo de materias. Además, se fomentará la litigación, lo que unido al cargo de todos los costos al proveedor, que deberá concurrir a los tribunales correspondientes, es un desincentivo a la industria.

Nuevamente consideramos que será la información sobre el proveedor electrónico la que facilitará el acceso a la justicia, y no la introducción de alternativas en la elección del juzgado competente.

5. CONCLUSIONES

Hemos tratado de analizar, desde lo más general a lo más particular, la problemática de la formación del consentimiento y validez de los contratos electrónicos, específicamente los que se dan bajo la figura B2C, es decir, la relación entre proveedores de bienes y servicios de consumo y consumidores por vía electrónica.

Hemos sostenido que el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra plenamente vigente en cuanto a que existe libertad para crear este tipo de relaciones, y libertad para contratar, no así libertad contractual en materia del contenido del contrato.

Estos contratos normalmente se celebrarán por medio de contratos de adhesión, que además contendrán condiciones generales. En consecuencia, si se dan los presupuestos de las cláusulas abusivas deben regir las normas generales del Derecho.

⁵⁹ La Asociación de Proveedores de Internet junto a la SUBTEL diseñaron recomendaciones de buenas prácticas del uso del correo electrónico, pero no ha tenido eco.

El momento de la formación del consentimiento es una materia no resuelta en nuestra legislación. El Código de Comercio mantiene desde 1865 los criterios de contratación entre ausentes o presentes, y formulación de ofertas a personas ciertas o indeterminadas. Y las formas de operar y realizar negocios han cambiado. Entonces, ¿la oferta en un sitio web constituye oferta o invitación a hacer ofertas?

La Ley de Protección al Consumidor pretende aclarar este punto, y si aceptamos como válidos sus supuestos, debemos considerar que el proveedor por medios electrónicos ha realizado una oferta que debe respetar.

Por último, hemos planteado que es necesario introducir modificaciones en la legislación chilena en aspectos de la formación del consentimiento, específicamente porque el comercio electrónico no queda bien incorporado en las normas actualmente vigentes. Sin embargo, no es la Ley de Protección al Consumidor la llamada a suplir este vacío. Su ámbito, en materia de contratación electrónica, debiera quedar circunscrito a la información que sobre los proveedores electrónicos, sobre los productos que se ofrecen y sobre los procesos de adquisición, debiera ponerse a disposición del consumidor, de manera que su expresión de voluntad, a través de un medio aceptado por él, sea plenamente informada, y de esta manera, válida.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo. "De los contratos". Editorial Jurídica de Chile. (Nota: este libro carece de fecha y número de edición).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. "Los Contratos. Parte General". Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición actualizada, Santiago, 1998.
- DÍEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. "Instituciones de Derecho Civil". Volumen I. Editorial Tecnos. Madrid, 1995.
- CONTARINO, Silvia. "Contratos civiles y comerciales". Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, páginas 55 y siguientes.
- TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio; Valdivia Olivares, José Miguel. "Contratos por Adhesión Ley N° 19.496". Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002.
- TOMASELLO, Leslie. "La Contratación. Contratación tipo, de adhesión y dirigida. Autocontratación y Subcontratación". Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso. EDEVAL, Valparaíso, 1984.
- ANDICO DORATO, Jimena, "El consentimiento en los contratos informáticos". En "Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI", Homenaje al Profesor Dr. Roberto López Cabana. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.

WAHL, Jorge. "Aspectos en la formación del consentimiento en los contratos electrónicos. Derecho chileno y derecho comparado". En "Derecho de los Contratos". Cuadernos de Extensión Jurídica N°6. Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, 2002.

CARRASCO BLAS, Humberto. "Comentarios relativos a las normas sobre el consentimiento y su interacción con las nuevas tecnologías de la información". En "Derecho y Tecnologías de la Información". Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, abril 2002.

HÜBNER, Ana María. "Derecho de la Contratación en la Ley de Protección al Consumidor". En "Derecho del Consumo y Protección al Consumidor". Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho. Cuadernos de Extensión N° 3, Santiago de Chile, 1999.

ZAMBACH, Ma. Victoria. "Las Cláusulas Abusivas". En "Contratos". Coordinación Enrique Barros Bourie, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. "Cláusulas Contractuales Abusivas y Derecho del Consumidor". En "Instituciones Modernas de Derecho Civil", Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Laneri. Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1996.

BAGLIARDO, Mariano. "Condiciones Generales y Cláusulas Abusivas". En "Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI", Homenaje al Profesor Dr. Roberto López Cabana. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.

ULIÁ-BARCELO, Rosa. "Contratos Electrónicos B2B: Creación de un Marco Jurídico a la Carta". En "Régimen Jurídico de Internet". Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Editorial La Ley, Madrid, 2002.

PERALES VISCASILLAS, M^a del Pilar. "Formación del Contrato Electrónico". En "Régimen Jurídico de Internet". Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Editorial La Ley, Madrid, 2002.