



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO

## **LOS CONTRATOS EN PLATAFORMAS ELECTRONICAS**

IGNACIO ESTEBAN DÍAZ RETAMAL

NICOLE CARLA BRAVO RIVEROS

Memoria presentada a la Escuela de Derecho de la Universidad FinisTerrae para  
optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Sr. Juan Andrés Celis Pérez

Santiago, Chile

2013

# INDICE

## **Introducción**

### **Contrato de plataforma electrónica en Chile**

1. Definición y naturaleza jurídica del contrato de plataforma electrónica
2. Orígenes y Evolución histórica
3. Clasificación de los contratos en plataformas electrónicas
4. Formación del consentimiento del contrato electrónico
5. Modalidades de los contratos en plataformas electrónicas
6. Aplicación en Chile

### **Contratos de plataforma electrónica y su aplicación a nivel mundial**

1. La contratación electrónica a nivel mundial
2. Ejemplos de contratación en plataformas electrónicas a nivel mundial
3. Derecho comparado

### **El contrato Browse**

1. Contrato Browse elementos y características
2. Naturaleza jurídica del contrato Browse
3. Formación del consentimiento en el contrato Browse

#### 4. Teoría general del contrato y el contrato Browse

##### **Contrato Click**

1. Naturaleza jurídica del contrato Click
2. Formación del consentimiento en el contrato Click
3. Teoría general del contrato y el contrato Click

##### **Instituciones dentro del contrato Click y Browse**

1. La capacidad
2. Conflicto de leyes
3. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y en la contratación electrónica
4. Oferta y aceptación en materia comercial

##### **Contrato de Scrow**

1. Naturaleza jurídica del contrato Scrow
2. Las partes y sus características
3. Antecedentes extranjeros
4. Materialización del contrato Scrow
5. El caso Sony

## **Legislación aplicable en Chile y propuestas jurídicas**

1. Principios jurídicos aplicables a los contratos de plataforma electrónica.

## **Conclusión**

## **Bibliografía**

## INTRODUCCIÓN

Cuando nos adentramos en el mundo del derecho civil y específicamente en el tema de los contratos, se puede identificar que estamos frente a uno de los objetos de estudio de mayor aplicación práctica tanto en nuestro país como en el mundo entero.

Pues bien, a través de esto y en función de la gran realidad práctica de los temas contractuales, se debe también aceptar el hecho de que nos encontramos en una posición bastante desfavorable antes el tratamiento que se puede aplicar de manera metodológica a las nuevas formas de contratación que tenemos en la actualidad. En función a esta problemática referirnos en particular a un tipo de contrato de uso común dentro de nuestra sociedad mundial, como lo son los contratos en plataformas electrónicas nos revela una variable de problemáticas que se nos presenta en cuanto a su inusual manera de materializarse.

Ahora si nos basamos en un concepto moderno de contrato, que por lógica común nos debería situar en una perspectiva cómoda para dar una tratativa efectiva a este tipo de contratos, debemos decir que “la voluntad de las partes contratantes determina así el nacimiento del contrato y sus efectos”<sup>1</sup>, lo que en este caso nos crea las siguientes interrogantes sobre ¿de qué manera la voluntad de una de las partes (usuario) se materializa? ¿si se alega ignorancia sobre el contrato se podría eximir de una eventual responsabilidad en un caso de controversia?, ¿de qué forma debería ser presentada esta presunta forma de informar sobre la existencia del contrato de manera que fuese inequívoca?, ¿existen maneras diversas de formación del consentimiento usadas en el mundo

---

<sup>1</sup> ORREGO Acuña, Juan Andrés. Teoría general del contrato. pp.2

actual que sean aceptadas dentro de la contratación clásica? O ¿de qué manera se regulan los contratos en plataformas electrónicas o aquellos tipos de contratación que se relacionan con dichos contratos? Pues para poder lograr una efectiva solución a dichas interrogantes y el contorno problemático de dichos contratos, debemos realizar un estudio en función y paralelo con el ejemplo que se nos presenta en nuestro país y en el Derecho comparado sobre los contratos en plataforma electrónicas en general y un análisis particular el contrato “browse”, el contrato “click” y el contrato de “scrow”, este último especialmente por estar ligado con el mundo informático pero no siento su naturaleza la de un contrato en plataforma electrónica propiamente tal.

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.

La contratación electrónica como modalidad de adoptar acuerdos no es cuestionada, se funda en el principio de la autonomía de la voluntad, el que se basa en la libertad que tienen las partes para realizar acuerdos y las vías de materializarlos.

Sin embargo, existen 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 el consumidor de los posibles abusos, falsedades o incumplimiento?

Estos y otros temas elementales que surgen de la contratación electrónica serán abordados dentro de este estudio.

## **CONTRATO EN PLATAFORMA ELECTRONICA EN CHILE**

### **1. Definición y naturaleza jurídica del contrato electrónico**

Se ha definido la contratación electrónica como “aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo “o, como “aquellos actos jurídicos bilaterales o convenciones que tiene por objeto crear, modificar o extinguir derechos (y su correlativa obligación) y que se celebran a través de medios informáticos.”<sup>2</sup>

Para entender la naturaleza jurídica es indispensable hacer la distinción entre contratos entre presentes y contratos entre ausentes.

El primer criterio, si las partes se encuentran en el mismo lugar el razonamiento es el siguiente, es decir si la aceptación puede ser conocida por la contraparte inmediatamente después de ser emitida, nos encontramos ante un contrato entre presentes. El segundo criterio, contrato entre ausentes es aquel que las partes se encuentran en diversos lugares.

Alessandri, señala que “contratos entre presentes son aquellos en que la aceptación puede ser conocida por la otra parte al tiempo o inmediatamente después de ser emitida; y contratos entre ausentes aquellos en que la

---

<sup>2</sup>COELLO Vera, Carlos Alberto. El Contrato Electrónico. Pp. 206. Revista jurídica facultad de jurisprudencia y ciencias sociales y políticas. Guayaquil, Ecuador 2013. [en línea]. [consulta 01 enero 2013]<<http://www.revistajuridicaonline.com>>.

aceptación puede ser conocida por el oferente solo después de cierto tiempo, más o menos largo, de ser formulada.<sup>3</sup>

Hablando de los contratos en plataforma electrónica, estos se caracterizan porque las etapas de oferta y aceptación se realizan mediante medios electrónicos y a distancia, entre personas ausentes, sin que exista intercambio de documentos escritos y que en la mayoría de los casos el destinatario la acepta sin modificaciones.

En el derecho comparado se señala a la contratación electrónica como un contrato entre ausentes y esta parece ser la respuesta y la regla general; regla que tiene sus excepciones, como son los contratos celebrados por conversaciones simultáneas virtuales. Caso en que nos encontramos entre contrato entre presentes.

Es indispensable establecer en nuestra legislación que clases de contratos pueden celebrarse por medios electrónicos, nuestra legislación distingue entre contratos consensuales, reales y solemnes.

Nuestro código civil en su artículo 1443, hace tal distinción “el contrato es real cuando para que sea perfecto, es necesario la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual, cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

La mayoría de la doctrina señala que por vía electrónica solo podrán celebrarse contratos consensuales, además la ley de firma electrónica, señala en su artículo 3, “que los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica serán válidos y producirán los mismos efectos que los celebrados en papel, sin embargo, agrega

---

<sup>3</sup>ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De los Contratos. Editorial jurídica de Chile, 2004. Pp. 223.

que lo anterior no será aplicable a aquellos actos o contratos en que la ley exija una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico”

Es decir, habrá que atender a cada caso en particular, para determinar si se puede cumplir con la solemnidad exigida por la ley, si ello es posible, se podrán llegar a celebrar contratos solemnes por medios electrónicos.

Dadas las características recientes sobre la contratación electrónica, parece necesario analizar los tipos de contratos que se dan. Para ellos seguiremos el análisis de la doctrina, que distingue entre contratos tipos, los contratos adhesión y condiciones generales.

“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 pre redactado”.<sup>4</sup>

Estos contratos se fundan en la contratación en masa y se critican por la falta de negociación entre las partes, y la imposición de la parte más poderosa, por lo que preocupa que no allá un real acuerdo de voluntades, sin embargo, la libertad contractual se ve expresada en aceptar o rechazar el contrato.

---

<sup>4</sup>LÓPEZ Santa María, Jorge. Los Contratos. Parte General. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición actualizada, Santiago, 1998, p. 142.

Por otro lado tenemos "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".<sup>5</sup>

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. 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."<sup>6</sup>

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, mediante la Ley de Protección al Consumidor, el tema ha sido zanjado, aunque no del todo.

## **2. Orígenes y evolución histórica**

El comercio, ha evolucionado de muchas maneras. El comercio implica la investigación de mercado con el fin de interpretar los deseos del consumidor, la publicidad que anuncia la existencia del producto, la posibilidad de adquirirlo, y en qué lugar, a la vez que se utilizan los métodos de persuasión, la venta al por menor y finalmente, la adquisición por parte del público.

---

<sup>5</sup>LÓPEZ Santa María, Jorge, Los Contratos. Parte General. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición actualizada, Santiago, 1998, p. 180.

<sup>6</sup>Autonomía de la Voluntad, Contratación Electrónica y Protección al Consumidor. p. 126. [Revista Chile de Derecho Informático]. Santiago, Chile.[en línea]. [consulta: 6 de marzo de 2013]. <[www.derechoinformatico.uchile.cl](http://www.derechoinformatico.uchile.cl)>

Según lo expuesto, a través de los años han aparecido diferentes formas o tipos de comercio. A principio de la década de 1920 en Los Estados Unidos apareció la venta por catálogo, impulsado por las grandes tiendas de mayoreo. Este sistema de venta, revolucionario para la época, consiste en un catálogo con fotos ilustrativas de los productos a vender. Este permite tener mejor llegada a las personas, ya que no hay necesidad de tener que atraer a los clientes hasta los locales de venta. Esto posibilitó a las tiendas poder llegar a tener clientes en zonas rurales, que para la época que se desarrolló dicha modalidad existía una gran masa de personas afectadas al campo. Además, otro punto importante de esto es que los potenciales compradores pueden escoger los productos en la tranquilidad de sus hogares, sin la asistencia o presión, según sea el caso, de un vendedor. La venta por catálogo tomó mayor impulso con la aparición de las tarjetas de crédito; además de determinar un tipo de relación de mayor anonimato entre el cliente y el vendedor.

A mediados de 1960, con la ayuda de la televisión, surgió una nueva forma de venta por catálogo, también llamada venta directa. De esta manera, los productos son mostrados con mayor realismo, y con la dinámica de que pueden ser exhibidos resaltando sus características. La venta directa es concretada mediante un teléfono y usualmente con pagos de tarjetas de crédito.

A principio de la década de 1970, aparecieron las primeras relaciones comerciales que utilizaban una computadora para transmitir datos. Este tipo de intercambio de información, sin ningún tipo de estándares, trajo aparejado mejoras de los procesos de fabricación en el ámbito privado, entre empresas de un mismo sector. Es por eso que se trataron de fijar estándares para realizar este intercambio, el cual era distinto con relación a cada industria.

Por otra parte, en el sector público el uso de estas tecnologías para el intercambio de datos tuvo su origen en las actividades militares. A fines de la década de 1970 el Ministerio de Defensa de Estados Unidos inicio un programa de investigación destinado a desarrollar técnicas y tecnologías que permitiesen

intercambiar de manera transparente paquetes de información entre diferentes redes de computadoras, el proyecto encargado de diseñar esos protocolos de comunicación se llamó "Internettingproject".

El desarrollo de estas tecnologías y de las telecomunicaciones ha hecho que los intercambios de datos crezcan a niveles extraordinarios, simplificándose cada vez más y creando nuevas formas de comercio, y en este marco se desarrolla el Comercio Electrónico.

### **3. Clasificación de los contratos en plataforma electrónica**

a) Por su forma de ejecución:

- Contrato de comercio electrónico directo: aquel que permita la entrega virtual de bienes inmateriales o la prestación de servicios que no precisen de presencia física de su prestador. Esta entrega o prestación puede ser, a su vez, inmediata o diferida. Ejemplos: adquisición de licencias de uso de programas informáticos o derechos sobre canciones y vídeos o la contratación de servicios de hosting, gestión de pagos, y servicios virtuales.

- Contrato de comercio electrónico indirecto: aquel que requiere la entrega física de bienes materiales o la prestación presencial. Su ejecución es necesariamente diferida. Ejemplos: compra de cartuchos de tinta, contratación de pintor de casas, contratación de servicios jurídicos.

b) Por la emisión de las declaraciones:

- Contrato electrónico puro: las declaraciones de voluntad se manifiestan íntegramente a través de medios electrónicos tales como el correo electrónico las páginas interactivas.

- Contratos Reactivos: Exigen de las partes el uso de herramientas adicionales de comunicación para poder llevar a cabo la contratación. Son los más

comunes en sistemas de micropagos, contratación de servicios personalizados y venta por catálogo. Ejemplos: Contratación a través de e-mail, Suscripción a servicios por medio del envío de SMS.

- Contratos Interactivos: El lugar en que se encuentra la oferta permite por sí mismo efectuar la contratación.

- Contratos “*click*”: La formalización del contrato exige del aceptante una manifestación expresa de voluntad, que otorga pulsando el botón que se indica a tal efecto y que habitualmente contiene la palabra “Acepto”. Ejemplo: Aceptación por medio click de las condiciones de uso de una red social online.

- Contratos “*browse*”: El contrato se formaliza con el mero acceso a la página web o sitio, sin necesidad de aceptación expresa. Ejemplos: Aceptación tácita de las condiciones de uso de una página web o de su aviso legal.

- Contrato electrónico mixto. La contratación combina sistemas electrónicos de manifestación de voluntad con otros tradicionales. Ejemplo: Descarga de formulario de solicitud de pedido para su envío por fax o correo postal.

3. Por los sujetos que son parte del contrato electrónico:

- Contrato electrónico de consumo: el contrato será de consumo cuando en él participe al menos un consumidor o usuario. Ejemplo: compra de billetes de vuelo a través de una página web.

- Contrato electrónico mercantil: el contrato será mercantil cuando todas las partes contratantes sean empresarios o profesionales. Ejemplo: Compra-venta de madera para la fabricación de sillas.

Adicionalmente puede hacerse una clasificación de contratos electrónicos en función de la forma de pago que las partes hayan establecido o por el objeto del contrato:

4. Por la forma de pago (sólo aplicable a contratos onerosos):

- Contrato con pago electrónico: El medio de pago elegido por las partes es el dinero electrónico. Los ejemplos más comunes son los siguientes: pago con tarjeta de crédito, transferencia bancaria, PayPal. Sin embargo, cada vez tienen más relevancia los pagos realizados con moneda privada en páginas web de comercio electrónico, subastas y MMORPGS; así, en SecondLife los pagos se realizan en Linden Dollars (L\$), en algunas páginas se compra con tokens y en WOW con monedas de oro.

- Contrato con pago tradicional: El medio de pago escogido es el dinero en efectivo o cheque, pudiéndose entregarse mediante su envío postal o contra reembolso.

5. Por el objeto del contrato: Esta clasificación está íntimamente unida a la indicada por forma de ejecución.

- Contratos de entrega:

- Contratos de entrega material.

- Contratos de entrega inmaterial

- Contratos de prestación:

- Contratos de prestación instantánea

- Contratos de prestación diferida

#### **4. Formación del consentimiento del contrato electrónico**

Requisitos básicos para la existencia del contrato electrónico, deben concurrir para que exista un contrato electrónico civil, conforme al art 1445 Código Civil son:

1. Que se legalmente capaz.
2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
3. Que recaiga sobre un objeto lícito.
4. Que tenga una causa lícita.

En cuanto al consentimiento, nuestro código civil no se refiere a este ya que parte de la base que está formando, en cambio nuestro código de comercio en sus artículos 97 al 108 lo regula detalladamente, el consentimiento se forma entre presentes en el momento que se da la aceptación. Y entre ausentes nuestro código acoge la teoría de la aceptación en la cual se forma el consentimiento en el momento en que el destinatario de la oferta da su aceptación. .

En cuanto al consentimiento este puede estar viciado al igual que la voluntad en cuanto a los actos jurídicos unilaterales (siendo causa de nulidad del contrato), si se da el error, fuerza, o dolo.

No pueden ser objeto de contrato, las cosas o servicios imposibles. El objeto del contrato debe ser una cosa determinable.

Causa Los contratos sin causa no producen efecto alguno. La causa ha de ser lícita, es decir, no contraria a la ley o a la moral.

Respecto a este tema la legislación española se encuentra mucho más avanzada ya que en su artículo 23.2 de la ley 34/2002 “siempre que la ley exija que el contrato o cualquiera información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se

contiene en un soporte electrónico” así deja claro que dispone un soporte electrónico como solemnidad. Otra carácter de esta ley, es que para que se valide la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

La problemática del consentimiento en los contratos electrónicos es que las personas no suelen tener claro que están celebrando un contrato, no resulta evidente que pulsar un icono o navegador por un sitio web constituya una manifestación de voluntad aceptando los términos y condiciones de un contrato. Un ejemplo como esto se ha ido solucionando por la legislación española son los artículos 32 y la del inciso segundo del artículo 12 A, ambos incorporados por la ley 19.955. El primero de ellos prescribe que: “Tratándose de contratos ofrecidos por medios electrónicos o de aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, el proveedor deberá informar, de manera inequívoca y fácilmente accesible, los pasos que deben seguirse para celebrarlos, e informará, cuando corresponda, si el documento electrónico en que se formalice el contrato será archivado y si éste será accesible al consumidor. Indicará, además, su dirección de correo postal o electrónico y los medios técnicos que pone a disposición del consumidor para identificar y corregir errores en el envío o en sus datos” dejando en evidencia que el proveedor deberá informar, de manera inequívoca, los pasos que debe seguir para celebrarlos.

A su turno el inciso segundo del 12 A dispone que: “La sola visita del 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”.

Esta vez se trata de una regla específica para los contratos *browse* según la cual no puede considerarse que la visita al sitio web constituya una aceptación tácita de los términos y condiciones que regulan su utilización. Para que el consumidor quede obligado por el contrato es necesario que se satisfagan dos

condiciones. La primera de ellas es que el consumidor tenga acceso a dichos términos y condiciones, la segunda es que los acepte en forma inequívoca.

Es así que podemos concluir que los contratos en plataforma electrónica se rigen por el principio de autonomía de la voluntad y su principio en etapa de génesis de la libertad contractual, sin embargo, determinados contratos requerirán el cumplimiento de ciertos requisitos formales como, por ejemplo su constancia por escrito o requerir la intervención de un notario o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica.

## **5. Modalidades de los contratos en plataforma electrónica**

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.

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.

En esta categoría también pueden incluirse los denominados, consumerstoconsumers, 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.

Sitios punto com las tiendas virtuales, que hemos llamado genéricamente "sitios punto com", 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 *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 en negocio y puso a disposición del público los bienes y servicios.

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 de 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. Estos sitios punto com pueden ser la cara virtual del comercio establecido o bien el único canal de comercialización 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 información que de los proveedores se debe dar a los consumidores, especialmente en el comercio virtual.

Una tercera manera de hacer negocios en la web son los llamados e-market place o busnisesstobusiness 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 termino de determinando stock de productos. Misma situación que se presenta cuando compramos una bebida en una máquina expendedora, situación en un pasillo de un de un centro de comercio.

## **6. Aplicación en Chile**

Sobre este punto es donde vemos el vacío más importante en cuanto a la contratación electrónica en Chile ya que aunque es válido aplicar las normas del Derecho civil, Derecho comercial o normas relativas a la protección del consumidor junto con los acuerdos internacionales que pueden tener relación con el tema no existe una legislación exclusiva aplicable a la contratación electrónica por lo cual surgen interrogantes y problemáticas que al ser reguladas por normativas “supletorias” no satisfacen a cabalidad las necesidades que se suscitan de la relación contractual.

En el caso de nuestro país, a tono con los tiempos modernos mediante la Ley N° 27291 que modificó el Código Civil al permitir la utilización de medios electrónicos para la comunicación de manifestación de la voluntad y el uso de la firma electrónica; así pues en el Art. 141º, señala que la manifestación de voluntad es expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. También regula el Art. 1374º en cuanto al conocimiento y contratación entre ausentes, en el sentido que la oferta, su revocación, la aceptación y

cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla y si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo. En cuanto a la formalidad adiciona el Art. 141º - A, en cuanto que en los casos que la ley establezca una formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Las reglas relativas a la protección al consumidor y en específico a las cláusulas abusivas se encuentran contenidas en la ley 19.496 las cuales en su artículo 2<sup>7</sup> establecen que aquellos contratos de carácter mercantil que contengan dichas cláusulas se regirán por la presente ley por lo cual no excluye a estos de su regulación antes la ley de protección al consumidor.

La ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma regula todos los documentos legales y electrónicos y la utilización de firma electrónica en ellos, pero no se extiende más allá de esta nueva modalidad de firma por lo cual no se logra la capacidad suficiente para regular la contratación electrónica en su totalidad. Así lo demuestra en su artículo:

**Art. 3º** Los actos y 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 de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos

---

<sup>7</sup>Ley N° 19.496. CHILE. Ley que establece normas de Protección a los derechos de los consumidores. D.O. 7 de marzo, 1997. Art. 2.

consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito.

La ley modelo sobre el comercio electrónico de la comisión de las naciones unidas para el Derecho mercantil internacional es un precedente internacional que establece normas exclusivas en cuanto al comercio electrónico y una base establecida para una eventual legislación aplicable en Chile.

A través de este análisis podemos deducir que no obstante de que se nota un intento de reconocimiento de la contratación electrónica no existe a nivel nacional una legislación aplicable específicamente a este tipo de contratación. Lo cual es necesario obtener en base a una recopilación de instituciones de distintas ramas del Derecho en virtud de la creación de un cuerpo legislativo que sea capaz de cumplir con la regulación de la creación de estos contratos, su formación del consentimiento en detalle, su configuración y forma, los derechos y obligaciones especiales que emanen de cada uno, la tipificación de cada uno de sus tipo y en general toda eventual problemática que puedan presentar lo cual debe ser presidido de normas supletorias de Derecho civil y comercial.

El legislador chileno frente a los contratos por adhesión en plataformas electrónicas ha hecho, en primer lugar, reconocerles validez. En cuanto a la validez del consentimiento, cabe simplemente mencionar que al contrato electrónico le son de aplicación las normas generales de impugnación de contratos, igual que si fuera uno tradicional. Debe destacarse en este punto, aunque sea una obviedad, que las máquinas no son capaces de equivocarse por sí solas, por lo que en una operación realizada por una máquina o, mejor dicho, por un programa informático, no cabe el error como vicio del consentimiento por el fallo de la misma, a excepción, de que el fallo se haya producido en la programación o fijación de los parámetros de actuación del software.

En segundo, intentar proteger al consumidor de las peculiaridades de esta forma de contratación en entornos electrónicos.

## CONTRATOS EN PLATAFORMA ELECTRONICA Y SU APLICACION A NIVEL MUNDIAL

### 1. La contratación electrónica a nivel mundial

Al investigar la situación mundial en cuanto a la contratación electrónica más que identificar una legislación aplicable a dichos contratos encontramos un reconocimiento tácito de la validez y existencia de la contratación electrónica e informática ya que más allá de existir normas específicas sobre el tratamiento de instituciones específicas del caso se distingue jurisprudencia y doctrina importante de la cual se extrae la consideración real de la existencia de nuevas formas de contratación actuales.

Existen antecedentes extranjeros específicos para cada contrato en particular ,por ejemplo las teorías aplicables en el Derecho comparado y en específico en los Estados Unidos tienen relación con argumentos jurídicos y prácticos sobre los contratos *browse* contratos *click* que van desde los Shrink-wraplicenseagreement” o contratos de licencia envueltos que se refieren a los cuales el paquete del CD contiene un aviso según el cual la sola apertura del envoltorio del producto constituye adhesión al contrato de licencia contenido en su interior<sup>8</sup> lo cual no ha sido acogido por los tribunales estadounidenses hasta que los visitantes de una página de internet determinada en la cual se presenta un contrato *browse* cliente establece una relación jurídica proveedor-cliente y se forma el consentimiento sin establecer una manera inequívoca de presentar los términos y condiciones de uso del contrato, los cuales son equivalentes al contenido clausular de este, ante el sujeto que está celebrando el contrato en sí. O de los “shrinkwrapcontract” que ha derivado en los “click-wrapcontract”.

---

<sup>8</sup>DE LA MAZA Cruz, Iñigo Sergio. Contratos de adhesión en plataforma electrónicas, pp. 23.

En cambio en cuanto al contrato de *scrow* encontramos que cada legislación le da un reconocimiento distinto, por ejemplo en España al no existir una regulación específica sobre ningún contrato informático se aplica a cualquiera de estas las reglas del Derecho civil.

En Uruguay vemos el mismo caso ya que también son aplicables las reglas de Derecho civil, en Chile se le asimila al contrato de *scrow* al contrato de depósito entre otras legislaciones e interpretaciones propias de cada país.

En cuanto a jurisprudencia es notorio que a nivel mundial Estados Unidos lleva la delantera en cuanto a contratación informática y jurisprudencia marcada en cuanto al tema de contratación electrónica y específicamente en cuanto a los contratos *browse* y *click*, esto es especialmente relevante en un sistema jurídico del *common-law*<sup>9</sup>, en el cual se ha tenido decisión divergente en cuanto al tema y específicamente en cuanto al detalle del consentimiento y existencia del vínculo contractual entre partes que no necesariamente han demostrado real y explícitamente su voluntad de contratar.

Sin ir más al detalle que será analizado en el estudio específico de cada contrato en particular es efectivo que el fenómeno mundial de la contratación electrónica e informática se debe a un fenómeno de nuestro avance comunicacional y tecnológico aun mayor, a un desarrollo de plataformas cada vez más sofisticadas, elaboradas y técnicas que ameritan un tratamiento más específico y especializado y una nueva necesidad que requiere de ser satisfecha en niveles proporcionales a la densidad de usuarios del servicio.

---

<sup>9</sup> Sistema de Derecho aplicado especialmente en aquellos territorios de influencia británica caracterizado por basarse más en la jurisprudencia que en las normas legales.

## 2. Ejemplos de contratos en plataformas electrónicas a nivel mundial

Existe una amplia gama de nuevos tipos contractuales en la actualidad los cuales han sido creados en proporción a las necesidades que suscitan del comercio electrónico y de la informática en general, entre los cuales están los contratos de housing, contratos de hosting, contratos de licencia ente otros. Para nuestro estudio nos enfocaremos en tres contratos específicos que debido a sus características requieren de un interés jurídico más detallado y variable en cuanto a sus instituciones como lo son el contrato *browse*, el contrato *click* y el contrato de *scrow*.

En un primer lugar el contrato *browselo* podemos definir como “aquellos contratos sobre plataformas electrónicas en los cuales el usuario no requiere manifestar de su voluntad para contratar o ni siquiera disponer de la oportunidad de revisar el contenido clausular del contrato para quedar vinculado a este por lo cual se presume el vínculo por el solo hecho de utilizar el bien o servicio regulado contractualmente”.<sup>10</sup> En cuanto a su tratamiento encontramos en el Derecho comparado visiones distintas en cuanto a la existencia del consentimiento que se ha creado en base a la aceptación del contenido clausular del contrato *browselo* cual nos arroja una seria de aristas en cuanto a su presentación y configuración, tecnicismos y otros, para nuestro Derecho es importante referirnos al consentimiento y la formación de este y en específico a la oferta que se realiza y si se acoge o no a las condiciones de nuestro Derecho comercial y al artículo 105 que trata la no obligatoriedad de las ofertas indeterminadas tendríamos que

---

<sup>10</sup>Bogotá, D.C., Colombia - Volumen XI - N° 22 - Julio - Diciembre 2008 - ISSN 0121-182X. Pág. 85-108

deducir que el contrato *browse* no contendría una oferta propiamente tal por lo cual no podría existir una eventual aceptación y no se configuraría el contrato lo cual acarrearía su inexistencia.

En cuanto al contrato *click* podemos decir que “son aquellos contrato sobre plataformas electrónicas de carácter tanto nacional como internacional cuya modalidad es que el acuerdo o la lista de condiciones generales se expresa mediante la pulsación o el clickeo del mouse o ratón del computador cuya acción consiste en que se produzca el consentimiento del acto jurídico en cuestión”<sup>11</sup>.

Los contratos *clicks* suelen presentarse como especies de contratos de adhesión en el caso de las licencias y pueden ser caracterizados como contratos envueltos en línea como en el caso de los contrato, se presenta al consumidor los términos del contrato-esta vez digitalizados- para que los acepte o rechace de manera que solo que si los acepta puede acceder al bien o servicio que se le está ofreciendo.<sup>12</sup>

A diferencia de los contratos *browse* el contrato *click* no cae en la problemática de una aceptación a ignorancias del contenido del contrato sino que el usuario tiene la oportunidad de revisar los términos y condiciones del contrato a puertas de celebrar y a través de un acto voluntario y consiente pulsa el icono de aceptación para quedar en una situación contractual con el proveedor de dicho servicio.

En el derecho comparado podemos encontrar jurisprudencia relacionada con este tipo de contratos que nos revelan los elementos básicos del contrato *click* basándose en la existencia de la opción de aceptar o no aceptar las

---

<sup>11</sup>El Contrato por medios electrónicos. Autores varios. Op. cit. p. 188.

<sup>12</sup>DE LA MAZA Cruz, Iñigo Sergio..Contratos de adhesión en plataformas electrónicas. Pp.19-20.

condiciones del contrato a celebrar lo cual, en caso de controversias ente consumidor o usuario y proveedor, favorece la posición del proveedor del bien o servicio al alegar una eventual ignorancia de las cláusulas del contrato.

En cuanto al contrato de *scrow* podemos decir que “son aquellos contratos en los cuales se pacta ente una empresa encargada de desarrollar un programa de ordenador y el cliente, que el primero deposita el código fuente de dicho programa ante un notario o tercero confiable con el fin de prevenir una serie de sucesos desfavorables para el cliente”<sup>13</sup>

El contrato de *scrow* en la práctica consiste en que la empresa desarrolladora del software y la licenciataria establecerán, en el contrato de cesión de uso de software, una cláusula por la que la primera se comprometerá a depositar ante un tercero el código fuente del programa en cuestión, lo que en realidad se deposita es el soporte informático, ya que el código fuente como bien inmaterial no puede depositarse, junto a otros manuales y documentación que no se haya entregado en el contrato de cesión de uso.<sup>14</sup>

Estos contratos nos abren un espectro de problemáticas jurídicas dentro del ordenamiento chileno lo cual es una puerta para el estudio de las instituciones de la teoría general del contrato, Derecho comercial y protección al consumidor aplicables a estos.

---

<sup>13</sup>PRENAFETA Rodríguez Javier. Sobre el contrato de escrow. Naturaleza jurídica y algunos problemas en torno a este contrato atípico. 2002, pp.1

<sup>14</sup>PRENAFETA Rodríguez Javier. Sobre el contrato de escrow. Naturaleza jurídica y algunos problemas en torno a este contrato atípico. 2002, pp.1

### 3. Derecho Comparado

- **Bermuda**, Ley de Transacciones Electrónicas de 1999, “Exclusiones:

6. 1) La Parte II (requisitos legales respecto de los registros electrónicos) y la Parte III (comunicación de registros electrónicos) no se aplicarán a ninguna norma de ley que exija el escrito o la firma para las siguientes circunstancias:

a) la creación, ejecución o revocación de un testamento o un instrumento testamentario;

b) la transmisión de bienes inmuebles o el traspaso de todo interés en bienes inmuebles.

2) El Ministro podrá disponer mediante reglamento que la presente Ley, o

las disposiciones de la misma que se especifiquen en el reglamento, no se aplicarán a ninguna clase de transacciones, personas, asuntos u objetos especificados en el reglamento.”

- **Canadá**, Ley Uniforme sobre Comercio Electrónico

La [autoridad competente] podrá, [por vía legal], especificar las disposiciones o requisitos de derecho interno [del Estado promulgante] a los que no será aplicable la presente ley.

3) La presente ley no se aplicará respecto de:

a) los testamentos y sus codicilos;

b) los fideicomisos creados por testamentos o por codicilos testamentarios;

c) los poderes, en la medida en que lo sean respecto de los asuntos financieros o de cuidado personal de un particular;

d) los documentos que crean o transfieran intereses en bienes raíces y que exijan su registro para su efectividad respecto de terceros.

4) Salvo en lo relativo a la Parte III, la presente ley no se aplicará a los instrumentos negociables, incluidos los títulos valores negociables.

5) Nada de lo dispuesto en la presente ley limita la aplicación de cualquier disposición de ley que autorice, prohíba o reglamente expresamente la utilización de documentos electrónicos.”

- **Unión Europea**, Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) “Artículo 9 Tratamiento de los contratos por vía electrónica:

1. Los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica.

2. Los Estados miembros podrán disponer que el apartado 1 no se aplique a contratos incluidos en una de las categorías siguientes:

- a) los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento;

- b) los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública;

- c) los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión;

- d) los contratos en materia de Derecho de familia o de sucesiones.”

- **Hong Kong, China**, Ordenanza N° 1 de 2000 (Ordenanza sobre comercio electrónico)

“Anexo 1

Materias excluidas de la aplicación de las secciones 5, 6, 7, 8 y 17 de la presente ordenanza en virtud de su sección 3:

1. La creación, ejecución, variación, revocación, reactivación o rectificación de un testamento, codicilo o cualquier otro documento testamentario.
2. La creación, ejecución, variación o revocación de un fideicomiso (excepto los fideicomisos resultantes, los implícitos y los impuestos por la ley).
3. La creación, ejecución, variación o revocación de un poder.
4. La confección, ejecución o la confección y ejecución de cualquier instrumento que haya de ser sellado o endosado en virtud de la Ordenanza sobre el Timbre (Cap. 117) que no sea un documento de contrato al que esté vinculado un acuerdo en virtud de la sección 5A de esa ordenanza.
5. Las condiciones de las concesiones públicas y los arrendamientos públicos.
6. Toda escritura, transmisión de propiedad u otro documento o instrumento por escrito, decisiones judiciales y litispendencias a que se hace referencia en la Ordenanza sobre Registro de la Propiedad Inmobiliaria por los que puedan verse afectados cualesquiera parcelas de terreno, fincas urbanas o locales en Hong Kong.
7. Cualesquiera cesión, hipoteca o gravamen legal de conformidad con lo dispuesto en la Ordenanza de Transmisión Patrimonial y Propiedad Inmobiliaria (Cap. 219) o cualquier otro contrato vinculado a bienes inmuebles o a intereses en bienes inmuebles o que afecte a su traspaso.

8. Los documentos por los que se efectúe e un gravamen flotante previsto en la sección 2A de la Ordenanza sobre el Registro de la Propiedad Inmobiliaria (Cap. 128).

9. Juramentos y declaraciones juradas.

10. Declaraciones presentadas en el registro mercantil.

11. Decisiones judiciales (además de las citadas en la sección 6) o mandamientos judiciales.

12. Mandamientos librados por un tribunal o un magistrado.

13. Instrumentos negociables.”

- **Irlanda**, Ley sobre comercio electrónico de 2000

10. 1) *Las secciones 12 a 23 se aplicarán sin perjuicio de:*

a) La ley que rija la creación, ejecución, modificación, variación o revocación de:

i) testamentos, codicilos o cualesquiera otros instrumentos testamentarios a los que sea aplicable la Ley de Sucesión de 1965,

ii) fideicomisos, o

iii) poderes indefinidos,

b) La ley que rija la forma en que se puede crear, adquirir, ceder o registrar un interés en bienes inmuebles (incluido un derecho de arrendamiento en esos bienes inmuebles), excepto los contratos (timbrados o no) de creación, adquisición o cesión de esos intereses,

c) La ley que rige la prestación de declaraciones juradas o que exige o permite la utilización de declaraciones juradas para cualquier fin, o

d) Las normas, prácticas o procedimientos de juzgados o tribunales, salvo en la medida en que lo puedan prescribir los reglamentos previstos en la sección 3.

11. Todas las disposiciones de la presente ley se entenderán sin perjuicio de la aplicación de

a) Las leyes relativas a la imposición, recaudación o cobro de tributos u otros impuestos gubernamentales, incluso derechos, multas o penas,

b) El Reglamento de 1996 (títulos no certificados) de la Ley de Sociedades de 1990 (S.I. N° 68 de 1996) o cualquier reglamento promulgado en sustitución de ese reglamento,

c) La ley de Testimonio Penal de 1992, o

d) La ley de Crédito al Consumo de 1995 o los reglamentos promulgados en virtud de esa ley y las Comunidades Europeas.”

• **Estados Unidos de América**, Ley Uniforme sobre Transacciones Electrónicas “Sección 3. Ámbito de aplicación:

a) Salvo que la subsección b) disponga otra cosa, la presente Ley se aplica a los registros electrónicos y las firmas electrónicas relacionados con la transacción.

b) La presente [Ley] no se aplicará a una transacción en la medida en que esté regida por:

1) una ley que rijan la creación y ejecución de testamentos, codicilos, o fideicomisos testamentarios;

## **CONTRATO BROWSE**

### **1. El contrato browse, elementos y características**

Los contratos browse los conceptualizamos con anterioridad como “aquellos contratos sobre plataformas electrónicas en los cuales el usuario no requiere manifestar de su voluntad para contratar o ni siquiera disponer de la oportunidad de revisar el contenido clausular del contrato para quedar vinculado a este por lo cual se presume el vínculo por el solo hecho de utilizar el bien o servicio regulado contractualmente”, de este concepto podemos desprender de que la característica más importante de la figura contractual es la particularidad de que el consentimiento se forma por el solo hecho de visitar o hacer uso de una página web no concurriendo una manifestación expresa de forma explícita y concluyente e incluso tomando cierta distancia con una manifestación tácita ya que tampoco se desprende claramente de la actitud, en este caso la visita o el uso que este hace del sitio, de la parte en cuestión.

Los elementos del contrato browse se resumen de la siguiente manera. En un primer lugar tenemos los elementos de la esencia de los contratos que en el artículo 1444 del Código Civil chileno se consagran como “aquellas cosas que sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en un contrato diferente....”, estas cosas o elementos de la esencia a todo contrato doctrinariamente se clasifican en elementos de la esencia generales a todo contrato y elementos de la esencia particulares a determinados contratos, siendo los primeros los requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos y los segundos aquellos elementos que logran individualizar cada contrato dentro de su propia identidad. En cuanto a los elementos particulares del contrato de browse esta 1) el consentimiento 2) la capacidad 3) la plataforma electrónica 4) la existencia de dos partes y 5) un servicio que se presta por el solo hecho de informarse o mostrarse en una página web determinada.

En cuanto al consentimiento y la capacidad no obstante de ser elementos generales a todo contrato, por ser requisitos de existencia y validez de todo acto jurídico es importante hacer énfasis en ciertas particularidades que se dan en cuanto al caso en particular, las cuales precisaremos en el capítulo correspondiente a estas instituciones en cuanto a contrato browse y el contrato click, de todas maneras adelantamos que el consentimiento debe regirse por las reglas generales establecidas en el Código de Comercio en base a dos actos jurídicos unilaterales consistentes en la oferta y la aceptación cada una con sus respectivas características y requisitos. En relación a la capacidad aparte de las reglas generales en cuanto a esta en materia contractual se presenta una particularidad referente a la incertidumbre en cuanto a si efectivamente la contraparte es o no capaz de celebrar un contrato ya que no existe una contratación a nivel presencial, que de todas maneras se da en la oferta y aceptación entre personas que no están presentes en el mismo lugar, pero en este caso de manera acentuada ya que fácilmente podría ser una persona incapaz de contratar quien está actuando al otro lado del computador e incluso podría ser una persona distinta que la que se presume que está contratando.

En definitiva las principales características de los contratos browse se basan en su calidad de contrato sobre plataforma electrónica o contrato a través de internet, lo cual es la base de las diferencias que este tiene en cuanto a un contrato legalmente tratado en cabalidad, ya que al mirar con detención un contrato browse inmediatamente se distingue que existe una suerte de “aleatoriedad” a priori en cuanto a cuál va a ser el detonante de mi consentimiento a contratar ya que por el solo hecho de visitar una página web o sitio determinado sin necesariamente hacer uso de algún servicio o aceptar un ofrecimiento expresamente me encuentro dentro de una relación contractual sin tener la opción de revisar, examinar y menos acordar el contenido clausular del contrato en cuestión.

## 2. Naturaleza jurídica del contrato browse

Los contratos browse se encuentran dentro de una categoría contractual de contratos innominados o atípicos que son aquellos que no tienen un tratamiento legal o una reglamentación jurídica. Dentro de esta clasificación se puede decir que están dentro de aquellos contratos atípicos en los cuales “algunos elementos serían extraños a los legales, mientras otros, con una función prevalente, serían legales, es decir, elementos conocidos y propios solamente de un contrato dado”<sup>15</sup> en virtud de lo cual podemos deducir que estos contratos debemos tratarlos desde el punto de vista de la doctrina, la práctica y el derecho comparado.

La necesidad de tratar la figura legal del contrato browse se justifica en el poco tratamiento en función a la alta demanda en cuanto a los contratos mencionados, esto lo debemos condicionar por la falta de reglamentación nacional sobre los casos que eventualmente se pueden o se hayan suscitado en cuanto a estos. La escasa investigación doctrinaria en cuanto a los contratos en plataformas electrónicas en general da a conocer una despreocupación a las nuevas necesidades en el mundo del Derecho, lo cual se condiciona con un cuerpo legal de características “clásicas” que claramente muestra la falta de dinamismo para casos tales como este.

En un ámbito de la ciencia jurídica, un estudio a fondo sobre los contratos *browse* y su aplicación actual logra dar a conocer una mirada moderna sobre la aplicación del Derecho civil en cuanto a las nuevas formas de contratación dadas en la actualidad. Técnicamente este estudio resalta cuáles son los rasgos aplicables a los contratos en formato papel que se pueden hacer uso a un contrato en plataforma electrónica, donde los elementos se encuentran en una manera distinta y mucho más compleja que la que se está acostumbrado a ver.

---

<sup>15</sup>ORREGO Acuña Juan Andrés. Teoría general del contrato. pp.33

Además debemos considerar que el impacto social de este se refleja en la protección que se dará al usuario de dichos contratos al poner como un objeto de estudio objetivo un recurso usado muchas veces hasta en ignorancia de este mismo y poder reflejar como los casos en legislación comparada se pueden homologar en un aspecto nacional para reflejar el alcance global que se da en un aspecto contractual sobre una plataforma electrónica de uso masivo y libre como lo es internet. Tomando en cuenta que muchas de las veces que se está haciendo uso de un contrato en dicha plataforma se está contratando con un proveedor que no necesariamente se encuentra en los mismo límites territoriales que el usuario lo cual nos puede llevar a otra problemática que puede ser tratada en algún otro estudio como lo es el alcance territorial de estos contratos.

### **3. Formación del consentimiento en el contrato browse**

Para poder determinar desde y cuándo comienza a existir relación contractual en los contratos *browse* debemos tomar en cuenta todas las variables que se presentan en cuanto al uso de estos contratos y de qué manera es expuesta sus condiciones de uso, términos legales, entre otros al usuario de manera que acá encontramos nuestro primer problema en particular en cuanto al contrato browse.

“La forma de los avisos varían de un contrato a otro no solo en su fórmula alfabética sino en la forma del hipervínculo”<sup>16</sup> estos avisos que pueden ir variando en su denominación (términos y condiciones de uso, información legal, etc.) son de suma importancia en cuanto al momento en que el usuario toma conocimiento de que está bajo el ala de un contrato por el solo hecho de hacer uso de una página en particular. Esto va íntimamente relacionado en la manera en que estos

---

<sup>16</sup>DE LA MAZA Cruz, Iñigo Sergio. Contratos de adhesión en plataformas electrónicas. pp.31

hipervínculos se nos presentan en la práctica, ya que la forma de la rotulación y la posición de esta misma son relevante en cuanto a la dificultad que se le da al usuario para tomar conocimiento sobre las condiciones del contrato.

En cuanto a este punto podemos deducir que una posición poco notoria (como lo es usual en la práctica) puede conllevar que a los usuarios de “paso” de ciertas páginas no lleguen a tomar conocimiento sobre las condiciones de uso del contrato que están celebrando al hacer uso de estas, con esto debemos hacer alusión a que el solo hecho de que se deba realizar un *scroll*<sup>17</sup> para llegar a solamente divisar dicho aviso puede suscitar que se llegue a una ignorancia del aviso en cuestión, por ser una dificultad extra para llegar a un conocimiento y un eventual consentimiento sobre lo que se está celebrando.

Este fundamento puede ser también para el caso en el que se viole los términos del contrato y en el cual se podría usar como una excusa razonable de ignorancia de las condiciones a las cuales se falta.<sup>18</sup>

Por lo cual el consentimiento en los términos clásicos de contratación regidos por el Código de comercio presentan por un lado la oferta y por otro lado la aceptación de dicha oferta, teniendo como requisitos la primera que debe 1) ser realizada por persona capaz 2) debe ser exenta de vicios 3) debe ser exteriorizada 4) debe realizarse con la intención de producir efectos jurídicos 5) debe ser voluntaria y especialmente debe ser 6) completa, esta última característica es un punto discutible en estos contratos ya que dependiendo de cuán visible y explícito sea el aviso contenido en una página se determinará si la oferta es efectivamente completa y determinada, caso contrario la oferta carecerá de validez, por lo cual no se formará el consentimiento y estaríamos ante un contrato nulo de nulidad absoluta o inexistente dependiendo del punto de vista.

---

<sup>17</sup> Desplazamiento vertical u horizontal del contenido mostrado en una ventana.

<sup>18</sup> Ticketmaster Corp. V. Tickets.com, Inc (2000 U.S. Dist. Lexis 4553). (C.D. Ca. Marzo 27 de 2000)

#### 4. Teoría general del contrato y el contrato browse

Al realizar una confrontación de la teoría general del contrato y los elementos e instituciones de este en función a los contratos en plataformas electrónicas y en especial a los contratos *browse*, se logra deducir cual es la manera correcta de tratar la práctica de estos y cómo debe ser el enfoque a su empleo bajo la mirada jurídica investigativa.

Por lo cual, para realizar un estudio detallado de los contratos *browse*, tenemos que remitirnos en un primer lugar a la teoría general del contrato.

Legalmente el concepto de contrato está plasmado en el artículo 1438 de nuestro Código civil que establece que “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”<sup>19</sup>.

El contrato *browse* lo podemos definir como “aquellos contratos sobre plataformas electrónicas en los cuales el usuario no requiere manifestar de su voluntad para contratar o ni siquiera disponer de la oportunidad de revisar el contenido clausular del contrato para quedar vinculado a este por lo cual se presume el vínculo por el solo hecho de utilizar el bien o servicio regulado contractualmente”.

De esta manera podemos notar las diferencias y particularidades de ambos conceptos y como se puede contraponer su forma para determinar el entorno aplicable.

En cuanto al consentimiento debemos entender “naturalmente que en todo contrato es requisito de existencia la voluntad, que se denomina

---

<sup>19</sup>CODIGO CIVIL. CHILE. Santiago, Chile, 1857. Art. 1438.

“*consentimiento*” en los actos jurídicos bilaterales; pero el consentimiento debe expresarse en diferentes formas según el tipo de contrato de que se trate”.<sup>20</sup> Por lo cual debemos desarrollar cómo el consentimiento se forma en los contratos *browse* cómo debe ser el mecanismo para que no haya equivocación o dudas sobre este.

Es necesario también indicar de qué manera este contrato se oferta al usuario ya que en nuestro código de comercio en el artículo 105<sup>21</sup> hace alusión a la indeterminación de las ofertas lo cual tiene íntima relación para aquellos casos en los cuales se dificulte el conocimiento de la oferta en cuestión al usuario de un contrato *browse*.

Por lo que si no remitimos a lo genérico encontramos la teoría general del contrato sobre la cual se establecen las reglas generales de contratación y en virtud de esta se sitúa todo contrato aplicable. En lo específico está el contrato *browse* como una forma de contratación presentada solo en plataformas electrónicas.

Las teorías aplicables en el Derecho comparado y en específico en los Estados Unidos tienen relación con argumentos jurídicos y prácticos sobre los contratos *browse* que van desde los “Shrink-wrap license agreement” o contratos de licencia envueltos que se refieren a los cuales el paquete del CD contiene un aviso

---

<sup>20</sup>ORREGO Acuña, Juan Andrés. Teoría general del contrato. pp. 27.

<sup>21</sup>CODIGO DE COMERCIO.CHILE. Santiago, Chile. 1867. Art. 105. “Las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquiera otra especie de anuncios impresos, no son obligatorias para el que las hace. Dirigidos los anuncios a personas determinadas, llevan siempre la condición implícita de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los efectos ofrecidos, de que no hayan sufrido alteración en su precio, y de que existan en el domicilio del oferente”.

según el cual la sola apertura del envoltorio del producto constituye adhesión al contrato de licencia contenido en su interior<sup>22</sup> lo cual no ha sido acogido por los tribunales estadounidenses hasta que los visitantes de una página de internet determinada en la cual se presenta un contrato *browseal* cliente establece una relación jurídica proveedor-cliente y se forma el consentimiento sin establecer una manera inequívoca de presentar los términos y condiciones de uso del contrato, los cuales son equivalentes al contenido clausular de este, ante el sujeto que está celebrando el contrato en sí.

## **EL CONTRATO CLICK**

---

<sup>22</sup>DE LA MAZA Cruz, Iñigo Sergio. Contratos de adhesión en plataformas electrónicas. p.p 23.

## **1. Naturaleza jurídica del contrato click**

Como ya fueron definidos, los contratos click son “aquellos contrato sobre plataformas electrónicas de carácter tanto nacional como internacional cuya modalidad es que el acuerdo o la lista de condiciones generales se expresa mediante la pulsación o el clickeo del mouse o ratón del computador cuya acción consiste en que se produzca el consentimiento del acto jurídico en cuestión”.

Claramente se puede desprender del concepto que los contratos click apuestan a una formación del consentimiento más clara e inequívoca que otros casos, ya que la parte manifiesta su voluntad a través de un acto consiente y claro como lo es el “clickeo”, esto generalmente se produce posteriormente a una revisión de las condiciones de uso o condiciones legales que se imponen al potencial manifestante lo cual refleja un sentido de información eficaz que clarifica la relación contractual.

En la jurisprudencia internacional y específicamente en los Estados Unidos de América existen casos efectivos que se han presentado controversias en base a contratos click ante tribunales como es el caso *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 consumidor podía examinar “recorriendo” el documento y luego, utilizando su mouse, elegir el icono 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 constituyo el objeto de la controversia. Esto se centró sobre la “adecuada noticia” (adequatenotice) que tuvieron los consumidores sobre la cláusula. En caso que no hubiese tenido una oportunidad razonable de informarse y revisar la cláusula, esta no resultaría vinculante. La corte de New Jersey considero 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 a consumidor de la oportunidad de revisar y rechazar el acuerdo. La Corte concluyó que la presentación electrónica de la cláusula satisfacía estos requisitos.<sup>23</sup>

Desde la perspectiva de los contratos de adhesión para el caso de los contratos *click* que es aquel cuyas cláusulas son redactadas por una sola de las partes, limitándose la otra a aceptarlas en bloque, adhiriéndose a ellas<sup>24</sup> esto nos lleva al principal problema en cuanto a los contratos de adhesión las cláusulas abusivas. Ya que dichos contratos de carácter innominado o atípico tienen la característica de que una de las partes se encuentra en la indefensión o en una calidad más desfavorecida al no poder discutir libremente las cláusulas del contrato y dejando abierta la posibilidad de incluir cláusulas de carácter abusivo, aprovechándose de las condiciones de la contraparte.

## **2. Formación del consentimiento en el contrato click**

En el contrato click en particular las figuras de la oferta y aceptación cumplen sin problema con los presupuestos exigidos para su aplicación ya que no existe una ignorancia de una de las partes del contenido del contrato ni tampoco una indeterminación o falta de integridad en la oferta realizada al destinatario, sino que en este caso el aceptante tiene la oportunidad de revisar las condiciones

---

<sup>23</sup>DE LA MAZA Cruz, Iñigo Sergio. Contratos de adhesión en plataformas electrónicas. Pp. 21.

<sup>24</sup>ORREGO Acuña Juan Andrés. Teoría general del contrato. pp. 35.

impuestas por su contraparte de manera libre y sin caer en dudas en cuanto a esta.

En los contratos click los términos de este se presentan a raves de una plataforma electrónica al potencial contratante para que tome conocimiento de estos y manifieste su voluntad a través de un “clickeo” en el icono “aceptar” o en el caso contrario manifieste su negativa ante la oferta en el icono “no aceptar”, estos simples movimientos mecánicos constituyen la manera de manifestar la voluntad en dichos contratos los cuales resultan más claros en cuanto a su materialización. Esto sin dejar de lado cualquier vicio que pueda influir en el consentimiento de una persona para obtener su manifestación de voluntad en un sentido determinado, siendo plenamente posible que se incurra en fuerza, dolo e incluso error en la persona a dar la aceptación.

### **3. Teoría general del contrato y el contrato click**

En cuanto a la teoría general del contrato en Chile y el contrato click este es un contrato de carácter innominado o atípico con ciertas características propias de ciertos contratos. Este también reviste el carácter de contrato de adhesión ya que no existe una libre discusión en cuanto al contenido clausular de este.

En cuanto a su característica de contrato de adhesión este reviste las características propias de estos contratos como el carácter de contrato estricto y rígido es decir un contrato tipo en el cual se fijan las condiciones generales de este, la formula tipo del mismo. También so contratos generales e impersonales los cuales se contraponen a un contrato personalizado y singularizado en cuanto a la persona del contratante, también son permanentes y sobresalen en cuanto a la minuciosidad en su configuración.

## INSTITUCIONES DENTRO DEL CONTRATO CLICK Y BROWSE

### 1. La capacidad

El problema de la capacidad de las partes en la contratación electrónica, es decir, si se mantiene intactos los presupuesto relativo a la capacidad para contratar cuando operan en un entorno electrónico. El código civil. Cuando hace referencia a la capacidad, se expresa en los siguientes términos Art. 1488 de nuestro Código Civil, nos dice: "La capacidad legal de una persona, consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra." La doctrina ha definido a la capacidad como "La aptitud de una persona para adquirir derechos y poderlos ejercer por sí misma."<sup>25</sup>

La capacidad es el primero de los elementos constitutivos de todo contrato; cualquiera sea su naturaleza, real, solemne, consensual, unilateral o bilateral, sin capacidad de ambas partes no se podría dar lugar al nacimiento de obligaciones.

La regla general es que todas las personas son capaces y constituye el estado ordinario de las personas; la ley presume que todo sujeto, por ser persona es capaz, y es esto se refleja en el Art. 1489 de nuestra norma civil sustantiva que dice: "Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces."

Puede decirse entonces que la capacidad para obligarse es la regla general, y la incapacidad la excepción que no puede resultar sino de un precepto legal. Y el fundamento legal que detalla las incapacidades es el Art. 1490 del

---

<sup>25</sup> CODIGO CIVIL. CHILE. Santiago, Chile, 1857. Art. 1488.

Código civil “Son absolutamente incapaces los dementes, lo impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aun aligaciones naturales, y no admiten caución.

Ambos carecen de capacidad para contratar, con lo que debería ser sus representantes legales los que actúen en nombre de ellos.

El consentimiento implica una capacidad bastante para la celebración del contrato, con lo que si además estamos ante un incapaz, el representante, ¿deberá exhibir un documento también electrónico que le acredite al otorgar el contrato electrónico? La firma electrónica soluciona este asunto al definir al signatario como “la persona física que cuenta con un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en el de una persona física o jurídica a la que presenta. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay particulares otras, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

La ley ha dividido en consecuencia a los incapaces para contraer derechos y obligaciones en tres grupos: absolutos, relativos y particulares. Incapacidad absoluta La incapacidad absoluta es la más grave de todas: implica falta de consentimiento, puesto que no pueden darlo, o impúberes o dementes que no saben lo que hacen, o sordomudos que, no pudiéndose dar a entender de palabra o por escrito no es posible saber lo que quieren. Esta incapacidad tiene por causa, puede decirse, la imposibilidad de consentir, aunque respecto de los impúberes sea un poco exagerada.

A las incapacidades absolutas, la doctrina las ha llamado también "incapacidades naturales" porque provienen de causas físicas que la ley sólo se

limita a reconocer. De aquí que las incapacidades absolutas que se fundan en razones de orden público, no puedan subsanarse.

Incapacidad relativa, las incapacidades relativas, que llamamos legales, se refieren a personas hábiles por naturaleza, puesto que tienen el uso de su razón y pueden comprender lo que les conviene o perjudica. Las establece la ley por causas especiales como son los menores adultos, los interdictos, y las personas jurídicas, que necesitan de representante legal para poder ejercer sus derechos y adquirir obligaciones. Son también llamadas incapacidades de protección porque son creaciones del legislador para proteger a determinadas personas o determinados patrimonios.

Incapacidad particulares a más de las incapacidades absolutas y relativas, hay otras a las que alude el inciso cuarto del Art. 1490 de nuestro Código Civil, que son las incapacidades particulares o especiales, y que como su nombre lo indica, ya no inhabilitan a la persona afectada por ellas para la totalidad de aptitudes jurídicas, sino en ciertos y determinados actos, los que el legislador prohíbe, los que una persona no puede ejecutar en forma alguna, y que "tiene como base evitar algún perjuicio en casos en que éste se originaría de omisiones de la ley."

Ejemplos de incapacidades particulares serian: los cónyuges en los contratos de compraventa, el empleado público que quiera comprar bienes que se vendan por su ministerio, la de los guardadores con sus pupilos, etc.

Consecuentemente, y aplicándolo al ámbito del contrato electrónico se concluye que todos los que son incapaces para contratar en el campo regular, lo serán también para el aspecto electrónico, dentro de nuestras fronteras.

El problema de la contratación electrónica, en cuanto a capacidad, es difícil constatar la capacidad del co-contratante, ya que puede ser alguien que este sujeto a leyes diferentes a la nuestra, por lo que la localización exacta de los

contratantes debe ser necesaria antes de contratar electrónicamente, lo que constituye un fenómeno geográfico ilimitado, dada la posibilidad de contratar con alguien que puede estar situado en un país distante del mundo con legislación distinta.

## **2. Conflicto de leyes**

La imaginación de las personas y la evolución de las tecnologías, así como los resultados en el mercado constituyen unos continuos cambios en estas materias.

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.

Nuestra legislación adhiere a la postura de la aceptación para la formación del consentimiento, 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, dónde se encuentra el computador mediante el cual se emite la respuesta, entonces, el domicilio o lugar desde dónde 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.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que,

habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados en línea hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación. Si la contratación se ha realizado por correo electrónico, se considera lugar aquel desde el que parte el correo electrónico que contiene la oferta.

En caso de contratación vía páginas web, se considera lugar el país en el que radica el establecimiento de la empresa que opera la página web, de acuerdo con la Ley citada.

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.

### **3. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y en la contratación electrónica**

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 encausadas por esta vía.

Contrato por adhesión y condiciones generales. Precisiones, la contratación vía Internet presupone en las relaciones jurídicas de Empresa-

Consumidor , una estandarización del contenido contractual, ya que es cada vez más habitual que los usuarios de la red se vean enfrentados a extensos contratos y condiciones que aparecen con sólo clickear en un enlace indicado en la web del oferente, adhiriendo a ellos de manera absoluta.

1. 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 a que el Gobierno ha presentado un proyecto de modificación de la Ley de Consumidor, que pretende ampliar la 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. 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. 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."<sup>26</sup>

Continuando el análisis anterior, en un sitio punto com 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

---

<sup>26</sup>Ley N° 19.799. Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. Art 53 n°2.

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.

- Formas de protección

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 OECD (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.

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 quien reclamar. Siempre se puede recurrir a NIC Chile y consultar sobre la inscripción del nombre de dominio, pero ello suele no ser suficiente. El nombre de quien figure 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.

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.

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

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:

- costos totales cobrados y/o impuestos, en la moneda que corresponda
- otros costos asociados,

- plazos de entrega o cumplimiento del servicio,
- términos, condiciones y formas de pago,
- restricciones o limitaciones de la compra (autorización de los padres, de la orden de compra, restricciones geográficas, etc.)
- instrucciones de uso, alertas de seguridad o cuidado de salud,
- instrucciones sobre políticas de retracto, cambios, reembolsos,
- 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.

La ley 19.955 incorpora dos técnicas de protección propias del derecho de consumo: la confirmación escrita y el derecho de retracto.

La confirmación escrita, el inciso final del artículo 12 A dispone que: “Una vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo. Ésta podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier 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”.

La exigencia resulta aplicable a los contratos celebrados electrónicamente y a aquellos celebrados a distancia. La importancia de la confirmación se encuentra estrechamente vinculada al derecho de retracto que la ley reconoce, aunque como se verá con algunas peculiaridades. La exigencia del retracto se encuentra relacionada con las peculiaridades de la manifestación del consentimiento en plataformas electrónicas y aspira a garantizar el debido conocimiento por parte del consumidor del hecho de haber celebrado el contrato y

las condiciones de éste. La confirmación posee dos requisitos que garantizan el cumplimiento de su finalidad. Los requisitos son su carácter escrito y la utilización de un medio de envío adecuado. La finalidad es que la escrituración y el medio que utilice el proveedor permitan al consumidor el debido y oportuno conocimiento del hecho de haber celebrado el contrato y el contenido prescriptivo de dicho contrato. Respecto del envío de la copia del contrato, el requisito del artículo 12 A debe complementarse con el del artículo 17 de la misma ley según el cual el proveedor debe entregarle inmediatamente una copia del contrato suscrita por todas las partes. De allí entonces que la copia que se envíe en la confirmación debe ser inmediata y firmada electrónicamente tanto por el proveedor como por el consumidor.

El derecho de retracto, la letra b) del artículo 3 bis dispone que: “En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos, o cualquier otra forma de comunicación a distancia, a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario. Para ello podrá utilizar los mismos medios que empleó para celebrar el contrato. 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”.

“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 y el proveedor, el retracto resolverá dicho crédito. En caso de haber costos involucrados, éstos serán de cargo del consumidor, cuando el crédito haya sido otorgado por un tercero”.

“Si el consumidor ejerciera el derecho consagrado en este artículo, 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 sólo comprenderá aquellas sumas abonadas que no correspondan a servicios ya prestados al consumidor a la fecha del retracto. 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”.

El ámbito de aplicación de la regla una vez más se extiende a contratos electrónicos y a aquellos celebrados a distancia. El retracto que consagra este artículo se encuentra tomado del artículo 6 de la Directiva 97/7. La regla, sin embargo –para bien o para mal- incorpora dos innovaciones. La primera refiere a la obligatoriedad del retracto y la segunda a una carga para el consumidor. Respecto de lo primero, el derecho de retracto del consumidor depende del proveedor, en el siguiente sentido. Si nada se informa al consumidor, el proveedor está obligado al retracto. El proveedor, sin embargo, puede liberarse de esta obligación informando a sus consumidores que no acepta el retracto. La segunda innovación refiere a que una de las condiciones para que opere el derecho de retracto es que el consumidor debe restituir en buen estado los elementos de embalaje o bien abonar su valor al proveedor.

El vínculo del retracto con la confirmación es el siguiente: el plazo del consumidor para retractarse es de diez días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio. En el caso de los contratos electrónicos y aquellos celebrados por otros medios de comunicación a distancia dicho plazo operará únicamente si es que el proveedor cumplió con su obligación de enviar la confirmación en los términos del artículo 12 A. En caso contrario el plazo será de 90 días contados desde la recepción del bien o la celebración del contrato en el caso de los servicios.

La competencia, el artículo 50 A fija la competencia de los jueces de policía local para conocer todas las acciones que los consumidores intenten en los siguientes términos: *Artículo 50 “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 hubiera 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 sea posible determinar lo señalado en el inciso anterior, será juez competente aquel de la comuna en que resida el consumidor”.*

El ámbito de aplicación del inciso segundo se extiende a los contratos electrónicos. Para advertir su importancia conviene tener presente que la regla se encuentra establecida a favor del consumidor en la medida que permite elegir al consumidor el tribunal en base a tres criterios: el lugar de celebración del contrato, el lugar en que se cometió la infracción o aquel en que se comenzó a dar ejecución al contrato. Todos estos criterios se construyen asumiendo un cierto espacio geográfico al que resulta posible vincularlos. El problema para los contratos electrónicos es que las coordenadas geográficas propias del mundo papel no se adecuan siempre correctamente a las plataformas electrónicas. De allí entonces que el inciso segundo disponga de una regla que frente a las posibles incertidumbres vuelva a inclinarse hacia el lado del consumidor permitiéndole litigar el caso en el foro que le resulta geográficamente más comfortable: el juzgado de policía local que tiene competencia en la comuna en que reside el consumidor.

Según lo dispuesto en el artículo 17 esa copia “se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado para todos los efectos legales<sup>27</sup>. De allí entonces que resulte prudente que el contrato sea firmado con firma electrónica avanzada. La

---

<sup>27</sup>Ley N° 19.799. Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. Art. 17.

ley 19.799 define la firma electrónica avanzada en la letra g) de su artículo 2 como:

“Aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría”.

Esta extraña fórmula puede explicarse como una solución transaccional entre la intención original de incorporar un derecho de retracto y la resistencia de los gremios de proveedores frente a él.

Esta carga fue incorporada a sugerencia de los gremios de proveedores quienes indicaron que era frecuente que los productos se devolvieran con sus elementos de embalaje en condiciones que impedían ponerlos de nuevo en el comercio y éste era un costo muy significativo para los pequeños comerciantes.

#### **4. Oferta y aceptación en materia comercial**

Oferta contractual, es una declaración de voluntad dirigida a otra persona, en virtud de la cual se propone la celebración de un determinado contrato. Tales elementos incluyen la descripción del objeto, su precio y la causa del contrato, así como las condiciones accesorias. Puede realizarse mediante correo electrónico, página web mensaje de texto (SMS). Prevalece el principio de libertad de forma de la oferta, pudiéndose dirigir también hacia una pluralidad de personas.

Ahora bien, los requisitos de la misma son dos:

- Que sea seria, es decir, que debe ser manifestada y dedicada de celebrar el contrato que lleva envuelta.

- Debe ser completa, o sea, debe contener los elementos esenciales del contrato si se trata de un típico o debe mencionarlos si se trata de uno atípico.

Por otro lado, la oferta reviste diferentes modalidades a saber:

- Puede ser tácita o expresa, y esta a su vez, verbal o escrita.
- Puede ser formulada para ser dirigida a persona determinada o a persona indeterminada.

En el ámbito electrónico, los requisitos de la oferta no cambian, sino que revisten características específicas en relación a la materia que regulan el consumo, en especial lo que dice relación con la seriedad de la misma.

Definitivamente no basta, toda vez que la voluntad firme de obligación del proveedor virtual por la ley 19.995. Esta norma se refiere específicamente al comercio electrónico, y prescribe que “en los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se acepta una oferta realizada a través de catálogos, aviso o cualquiera otra forma de comunicación a distancia, 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 o imprimirlos”

Creemos que es en esta parte que el legislador impuso al proveer de un sitio web la obligación de demostrar que la oferta que está realizando es seria, por cuanto este deberá con antelación al asentimiento por parte del consumidor, permitir una entrada clara, comprensible e inequívoca de las condiciones, en las cuales esta se basa.

Por otro lado, y teniendo presente las modalidades que adopta la oferta, esbozaremos las formas más frecuentes en que esta se plantea en materia de comercio electrónico:

- i. Ofertas electrónicas realizadas a través de e-mail o de chat:

La voluntad del proveedor se contiene en e-mail dirigidos a personas determinadas, los cuales se almacena en la bandeja de entrada de nuestro correo electrónico, en consecuencia a nivel nacional son perfectamente aplicables las disposiciones de Código de Comercio referidas a la formación del consentimiento.

ii.Oferta electrónica realizada on-line:

Estas ofertas son aquellas que se encuentran permanentemente en internet, a las cuales se tiene acceso solo si se ingresa a la red, sin llegar directamente a nuestro correo electrónico.

Este tipo de propuestas se traduce en general, en el ofrecimiento de bienes o servicios mediante avisos o exhibición de los mismos, con la respectiva descripción básica de la lo ofrecido, los cuales se encuentran en distintos "SITIOS.COM", y que el internauta puede revisar cada vez que ingrese a ellos, porque generalmente tienen una cierta permanencia en la red. Lo interesante de esto es que se tratan de ofertas dirigidas a personas indeterminadas, oferta que según nuestro ordenamiento jurídico comercial, no son obligatorias para el que las hace, a menos que los anuncios, se dirijan a persona determinada, bajo la condición de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los bienes o servicios ofrecido, que no se haya modificado su precio, y de que existan en el domicilio del oferente.

Los proveedores en general, para atraer a los consumidores a sus tiendas a ver productos ofertados, utilizan anuncios exhiben sus productos. Existen en nuestro derecho dos posiciones:

La primera señala que debemos afirmar que estamos frente a una oferta tacita y que cuyo poder vinculante surge justamente de esta última. Basamos esta afirmación en las siguientes normas, al definir en su artículo 1 a la oferta como aquellas "práctica comercial consistente en el ofrecimiento al público de bienes o servicios a precios rebajados en forma transitoria, en relación con los habitantes del respectivo establecimiento".

El artículo 12 establece la obligación de proveedor de “ respetar los términos, condiciones y modalidades conforma a los cuales se hubiera ofrecido o convenido con el consumidor..” de lo que se desprende que por el solo hecho de que el proveedor haya propuesto o convenido la entrega jurídico comercial, no la obligación para el que las hace, a menos que los anuncios se dirijan a personas determinada, bajo la condición de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los bienes o servicios ofrecidos, que no se haya modificado su precio, y que existan en el domicilio del oferente.

Es decir, en nuestro país el solo hecho de publicar con producto a través de la red, lo hace una oferta vinculante.

A este respecto, debemos recurrir al derecho comparado, en especial, lo dispuesto en el ordenamiento jurídico europeo y el norteamericano, e le primero se considera a las ofertas dirigidas al público como “simples invitaciones a hacer ofertas” estableciendo esta interpretación países como Alemania y el reino unido, dicho principio se ha plasmado como regla general, en el art 14 de convención de naciones unidas sobre compraventa de mercadería.

Dicha norma establece en su párrafo 2 “que toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”, a este respecto, debemos señalar que se requiere una declaración expresa en cuando al carácter vinculante de la propuesta y no un simple asentimiento tácito que pudiese derivarse de las circunstancias en que aquellas se haya emitido.

La aceptación electrónica:

La aceptación ha sido definida como “aquella acto jurídico unilateral mediante el cual el destinatario de la oferta manifiesta conformidad con ella de manera pura y simple, en general, integra.

La oferta puede ser expresa o tácita, esta última produce los mismos efectos que la expresada según nuestro código de comercio.

Los requisitos para que la aceptación forme el consentimiento son los siguientes:

- Debe ser pura y simple, en otras palabras, debe conformarse exacta e íntegramente a la oferta, no debiendo modificar los términos en que esta se fue elaborando, porque de ser así, la aceptación condicional se mirara como una contraoferta que, para que forme el consentimiento, deberá ser aceptada por el oferente inicial que toma el rol de destinatario, pura y simplemente,

- Lo expuesto es lo que la doctrina ha llamado “teoría del espejo”, la que se traduce en el hecho que si la aceptación viene pura y simplemente se produce un reflejo de la oferta. En relación a este requisito diremos que las normas que lo regulan. Son plenamente aplicables a las ofertas realizadas a través de e-mail, toda vez que el destinatario de la oferta tiene la posibilidad de modificar el texto de lo propuesto o derechamente aceptar todos y cada uno de los términos en que fue realizada enviando su contraoferta integra mediante otro e-mail.

- Respecto de las ofertas electrónicas on-line que revisten el carácter tacitas según vimos cabe puntualizar que el destinatario de estas, por regla general, no goza de otra opción que la de aceptar en su integridad todos y cada uno de las clausulas contenidas en el soporte electrónico sin posibilidad alguna de discutir las, ya que esta siempre aparece integrado un contrato por adhesión.

- Que la oferta se encuentre vigente es decir, no haya operado la retractación o la caducidad de la misma.

- Entenderemos por retractación a un “un acto jurídico unilateral en virus del cual el proponente deja sin efecto la oferta”. Esta posibilidad expresa de arrepentirse, esta contempla el código de comercio, de lo que se traduce que por

regla general en nuestro ordenamiento jurídico, la oferta no obliga, a menos que concurren dos circunstancias: primer caso, si el destinatario de la oferta hubiera incurrido en gastos o sufre daños o perjuicios, el oferente arrepentido. El segundo dice relación con aquella que se por dice cuando ya se ha formado el consentimiento, ante lo cual el oferente no se puede exonerar de cumplir lo propuesto.

En relación a la posibilidad de aplicación de estas normas al comercio electrónico, como es evidente, no son aplicables a las compra de bienes o servicios efectuados por medios de internet cuando una de las partes sea un consumidor, toda vez que como ya lo expusimos, el artículo 12 de la LPC prescribe la obligatoriedad de las ofertas para el proveedor en cuando “los términos, condiciones y modalidades” de la misma.

Por su parte, entenderemos por caducidad “ lapérdida de eficacia de la oferta, por disposiciones legal que considera la muerte o la incapacidad sobreviviente del oferente.

Debe ser oportuna, o sea, debe darse la aceptación dentro de plazo, sea este voluntario o legal. Como es obvio, el plazo voluntario es aquél que establecen las partes de común acuerdo. A falta de este, regirán los plazos establecido en la ley, debiendo hacerse las siguientes situaciones:

- Si la oferta es verbal, la aceptación deberá en el acto en que esta es conocida. Si no se manifiesta en ese momento, el oferente queda exonerado de cumplir posteriormente. Esta distinción dice relación a lo que se conoce como “ofertas entre presentes”.

- Si la oferta es escrita. Hay que subdistinguir: si el destinatario y el proponente residen en el mismo lugar, el plazo para contestar la oferta es de 24 horas, si las partes viven en diversos lugares, el plazo para responder es a la vuelta del correo.

Ofertas entre presentes y ofertas entre ausentes:

Para determinar con exactitud cuando y donde se forma el consentimiento en general, debemos hacer una distinción previa, entre oferta entre presentes y oferta entre ausentes.

Alessandri Rodríguez da para los contratos entre presentes y los contratos entre ausentes. Así, por los primeros entiende a aquellos “en que las parte, o al menos el aceptante, manifiestan sus voluntades verbalmente, por si por mandatarios o representante legales..”, agregando que “su característica es que la oferta y la aceptación, o e todo está, son comunicadas directamente por autores, de viva voz, de modo que cada una llega a conocimiento de su destinatario junto con emitirse y por boca de su propio autor y no hay un intervalo de tiempo apreciable entre la aceptación y el conocimiento de la por el oferente”.<sup>28</sup>

Dentro de los contratos entre ausentes, toda vez que por la naturaleza de internet, las partes se encuentran en lugares diferentes, la contratación ya sea por internet o por correo electrónico, será un contrato entre ausentes.

En derecho comparado, en especial en el ámbito europeo, la directiva del parlamento Europeo y del Consejo Europeo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, ha entendido en si art 2 por contrato a distancia “todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrados en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizando por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato.

---

<sup>28</sup>ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De los contratos. Editorial jurídica de Chile.

## **CONTRATO SCROW**

### **1. Naturaleza jurídica**

En la línea de la contratación electrónica y aquellos tipos contractuales relacionados con el mundo de la informática y los negocios, el contrato de escrow regula un problema recurrente en cuanto al manejo de información de software prestado por una empresa desarrolladora de tales programas y sus clientes, en aquellas situaciones vulnerables al riesgo en cuanto al manejo de información referente a los servicios informáticos entregados por uno a otro.

En cuanto al contrato de escrow podemos decir que “son aquellos contratos en los cuales se pacta entre una empresa encargada de desarrollar un programa de ordenador y el cliente, que el primero deposita el código fuente de dicho programa ante un notario o tercero confiable con el fin de prevenir una serie de sucesos desfavorables para el cliente”<sup>29</sup>

El contrato de escrow se puede considerar como una derivación o especie de contrato de depósito en el cual la empresa desarrolladora del software y la licenciataria establecerán, en el contrato de cesión de uso de software, una cláusula por la que la primera se comprometerá a depositar ante un tercero el código fuente del programa en cuestión, lo que en realidad se deposita es el soporte informático, ya que el código fuente como bien inmaterial no puede

---

<sup>29</sup> PRENAFETA Rodríguez Javier. Sobre el contrato de escrow. Naturaleza jurídica y algunos problemas en torno a este contrato atípico. AR Revista de derecho informático. Abril de 2002. [consulta: 3 de diciembre de 2011]. <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1537>>

depositarse, junto a otros manuales y documentación que no se haya entregado en el contrato de cesión de uso.<sup>30</sup>

Esto viene a satisfacer una necesidad de resguardo al cliente ante una seria de eventuales situaciones amenazadoras a la permanencia en el tiempo de un software determinado, lo cual materializa una suerte de protección al consumidor por de parte del prestador del servicio indicado.

En nuestra legislación el depósito está establecido en el artículo 2211 del código civil que dice: “Llámesse en general depósito al contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie. La cosa depositada se llama también depósito”. A primera vista no pareciera haber problema al encuadrar el contrato de scrow dentro de esta de la definición legal de depósito. Dentro de las características del contrato de depósito tenemos que es un contrato de carácter real, unilateral, intuito personae y gratuito. En cuanto a esta última característica la gratuidad del depósito produce el efecto que a falta de esta el contrato degenera en un arrendamiento o en un contrato atípico o innominado tal como lo es el contrato de scrow.

En cuanto a la clasificación misma del depósito existe el depósito propiamente tal y el secuestro y la sub clasificación entre voluntario y necesario y convencional y judicial respectivamente lo cual no tiene mayor importancia para el contrato de scrow ya que al ser una derivación del contrato de depósito cabe en una categoría contractual atípica o innominada en la cual no cuenta con una regulación propia sino que extrae elementos de contratos regulados jurídicamente para aplicar a este.

---

<sup>30</sup> PRENAFETA Rodríguez Javier. Sobre el contrato de escrow. Naturaleza jurídica y algunos problemas en torno a este contrato atípico. AR Revista de derecho informático. Abril de 2002. [consulta: 3 de diciembre de 2011]. <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1537>>

En cuanto a la visión doctrinaria en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de escrow existen opiniones variadas dependiendo del autor que la trate y la aplicación geográfica que se le dé al contrato. Por ejemplo el profesor Javier Prenafeta Rodríguez indica que es una especialidad del depósito, por otro lado Humberto Carrasco Blanc opina que el contrato de escrow comparte características del contrato de depósito y características de un contrato de mantención a la vez.

En la práctica, la empresa desarrolladora del software y la licenciataria establecerán en el contrato de cesión de uso de software, una cláusula por la que la primera se comprometerá a depositar ante un tercero el código fuente en cuestión. En realidad lo que se deposita es un soporte informático, y no el código fuente, como bien inmaterial, no puede depositarse, así como otros manuales y documentación que no se haya entregado con el contrato de cesión de uso.<sup>31</sup>

El contrato de escrow a diferencia del contrato de depósito genérico tiene como objeto material facilitar al tercero su contenido en circunstancias futuras que ameriten tal medida a diferencia de la tendencia natural del contrato de depósito que es una reintegración de su contenido al depositante. Esta finalidad es el desarrollo obvio del contrato de escrow pero no necesariamente imperativo ya que en la realidad puede suceder que el depositario de un código fuente y sus apoyos informáticos conducentes a la mantención de un software tengan tal nivel de especificidad técnica que sea necesario un desarrollador distinto al encargado en un primer momento para poder realizar sus actualizaciones o modificaciones requeridas por el cliente por lo que es viable que una empresa informática sea la

---

<sup>31</sup> PRENAFETA Rodríguez Javier. Sobre el contrato de escrow. Naturaleza jurídica y algunos problemas en torno a este contrato atípico. AR Revista de derecho informático. Abril de 2002. [consulta: 3 de diciembre de 2011]. <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1537>>

depositaria de dichos códigos, esto tendrá un efecto económico y estructural que significara que ciertos sujetos capaces de mantener un software en particular en base a sus capacidades posean un doble carácter de depositario y de mantenedor. Esto se contrapone al efecto económico de abrir nuevos mercados en cuanto a servicios de mantención de empresas que puedan prestarse como depositarios a la vez, sin perjuicio de que este último pueda ser un notario o cualquier persona considerada apta para tal actividad.

## **2. Las partes y sus características**

Aunque el contrato de escrow a primera vista de la impresión de tener 3 partes contratantes, propietario del “knowhow”<sup>32</sup>, licenciataria de este y un tercero, en calidad de depositante los dos primeros y depositario el tercero, es más bien un contrato bilateral en el cual las partes son directamente el propietario del “knowhow” y el depositario de la información de este. Esto no obstante de que el objeto de dicho contrato es establecer una garantía a favor del licenciataria a través del resguardo de la información que le sea útil para el desarrollo de su negocio. Por lo cual es un elemento de la naturaleza del contrato, el cual a falta de este el contrato en cuestión no produce efectos o degeneraría en otro distinto, incorporar una clausula en la cual el licenciataria sea individualizado en razón de que tome forma una garantía de acceso futuro al “know-how” del programa objeto de la contratación entre licenciataria y dueño de la licencia.

Esta designación puede realizarse de dos formas en primer lugar puede tratarse de una designación específica la cual se utilizara cuando el contrato de escrow se ha llevado a cabo por petición expresa de un licenciataria concreto, restringiendo así la posibilidad de accesos no deseados y manteniendo al máximo

---

<sup>32</sup> Expresión utilizada para denominar los conocimientos preexistentes que tienen calidad de información clasificada, datos privados, teorías sobre ciertos temas, etc.

la protección sobre el “knowhow”, en segundo lugar puede tratarse de una designación genérica la cual se utiliza, por regla general, cuando al empresa proveedora constituye el contrato de scrow como un servicio adicional para sus clientes y en especial cuando el objeto material del contrato consista en programas “standard” que pueden ser licenciados a varios usuarios<sup>33</sup>.

En cuanto al depositario del código fuente, no debería tener requisitos mas allá de los generales para cualquier depositario ya que su función en particular es la de resguardo de la información necesaria para poder desarrollar un programa computacional en particular, esto sin perjuicio de lo comentado anteriormente en cuanto a la posibilidad de reunir características necesarias en un depositario con tal de que este realice las funciones de mantención del software requerido, siempre y cuando sea necesario de tal servicio adicional en función de los requerimientos y necesidades del consumidor, lo cual tendría una alteración en los requisitos del contrato de escrow ya que habría una mayor exigencia en cuanto a la calificación de sus partes, en este caso del depositario.

El depositante y a su vez dueño de la licencia depositada tiene una responsabilidad especial en cuanto al servicio que está entregando, ya que al hablar de servicios informáticos nos estamos refiriendo a un servicio altamente exigente en cuanto a conocimientos técnicos sobre sus productos. Este sujeto debe tener efectivamente la calidad de dueño o representante legal de la empresa dueña de la licencia ya que en dicha calidad debe ser el responsable de autorizar el uso del programa computacional en cuestión, el depósito en sí y la eventual entrega del código fuente al beneficiario.

### **3. Antecedentes extranjeros**

---

<sup>33</sup> RIBAS Xavier. Escrow. Régimen del contrato. Página web Contract- SoftOnnet. [consulta: 3 de diciembre de 2011]. <<http://www.onnet.es/06005004.htm>>

El desarrollo propiamente tal del contrato de escrow de código fuente se encuentra en el Derecho sajón, ya que este nace en los Estados Unidos de Norteamérica para resolver la problemática entre los desarrolladores y los usuarios de software, cuando estos últimos veían paralizada la actividad en relación al programa de software consecuencia de que el creador de las aplicaciones que servían como soportes para el desarrollo de la actividad del negocio del consumidor sufría irregularidades económicas o de cualquier índole que significara un eventual cierre o cese de actividades por parte del dueño de la licencia y encargado del desarrollo del software en cuestión e incluso ciertos autores postulan que el origen mismo de este contrato está en la legislación de quiebra norteamericana para el caso en que una empresa desarrolladora de contratos de licencia fuera declarada en quiebra el licenciatario deberá reclamar sus derechos de propiedad intelectual al síndico, mediante presentación judicial<sup>34</sup>, esto no dista mucho del ejemplo nacional en tema de quiebras ya que al momento de ser declara la quiebra del fallido y el síndico tomar la administración de los bienes de este a favor de los acreedores se produciría la eventual administración del código fuente del software entregado al licenciatario hasta el momento de liquidar los bienes. El licenciatario en dicho caso podría reclamar judicialmente pero esto no sería viable económicamente para este teniendo en cuenta que la responsabilidad no recae principalmente en él y se rompe la equivalencia de calidades entre las partes.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> MARTINEZ Barbieri Mónica Susana. Contrato de Scrow de Código Fuente. AR Revista de Derecho Informático. Marzo de 2005. [consulta: 3 de diciembre de 2011]. <<http://www.alfaredi.org/rdi-articulo.shtml?x=964>>

<sup>35</sup> MARTINEZ Barbieri Mónica Susana. Contrato de Scrow de Código Fuente. AR Revista de Derecho Informático. Marzo de 2005. [consulta: 3 de diciembre de 2011]. <<http://www.alfaredi.org/rdi-articulo.shtml?x=964>>

No obstante del origen del contrato de escrow, este al ser un contrato innominado y no poseer una regulación específica sufre el fenómeno de la adaptación a la legislación de cada país donde se utiliza, por lo cual se le aplican normas del Derecho civil o mercantil dependiendo del caso junto con las normas de protección al consumidor pertinentes.

#### **4. Materialización del contrato de Scrow**

En cuanto a la utilidad práctica del contrato de escrow en Chile no debemos distanciarnos más de la cuenta del ejemplo internacional que ya ha dado este tipo de contratación, y la efectividad en cuanto a la protección de información en miras a una protección más global en cuanto al consumidor de productos informáticos de alta complejidad, lo cual satisface una necesidad que ha ido ascendiendo en la actualidad en cuanto a la alta demanda de servicios informáticos de administración y desarrolladores para todo tipo de negocios, por lo cual la función del dinamismo del Derecho en la actualidad es vital poder entrelazar distintos ámbitos de este en miras a una mayor protección al particular.

Aplicando las reglas del Derecho civil en cuanto al depósito, las reglas de los contratos de garantía mercantil en su caso, las reglas del Derecho comercial en cuanto a la quiebra y las reglas de protección al consumidor podemos configurar una legislación aplicable de manera supletoria a una figura contractual de escrow en nuestro país lo cual haría viable una protección de información de código fuente para el caso en particular.

En miras que el contrato de escrow es un contrato innominado o atípico la visión sobre este no necesariamente debe limitarse dentro de las figuras contractuales ya reguladas que pueden homologarse en cuanto a su tratamiento jurídico, ya que la falta de regulación juega a favor de los contratantes en cuanto a la libertad de uso del principio de autonomía de la voluntad en materia civil, por lo cual se hace posible ampliar la aplicación de la figura del contrato de escrow para

otros elementos informáticos distintos a un código como bases de datos en razón de hacer más limpia y directa la acción en una eventual violación de privacidad de la información manejada por una empresa desarrolladora de un servicio tecnológico que maneje datos personales de sus clientes.

## **5. El caso Sony**

Con fecha 26 de abril del 2011 la empresa Sony a través del portal de Playstation Network emitió un comunicado oficial a sus clientes dando noticia de que el día 17 y 19 del mes de abril del mismo año se produjo una intrusión ilegal no autorizada en el sistema de su compañía lo cual obligo a Sony a tomar medidas como las de cerrar los servicios de Playstation y Qriocity (otro servicio de Sony que consiste en dar acceso a sus clientes a películas y música a través de internet a través de sus consolas con acceso a la red), fortalecer la infraestructura de la red e incluso contratar una empresa de seguridad externa para llevar a cabo una investigación de lo ocurrido. Esta intrusión consistió en el acceso a personas desconocidas de toda la información personal de los clientes usuarios de los servicios de internet entregado a través de sus productos por Sony, los cuales también contenían los datos, historial de compra, direcciones de cobro e incluso preguntas de seguridad de acceso, esto también se complementa de la petición de Sony a sus clientes de revisar sus estados de cuenta de forma diaria para evitar cualquier menoscabo pecuniario de estas, lo cual abarca prácticamente toda la información pertinente para llevar a cabo una eventual estafa o figura residual de esta a los clientes afectados.

Al analizar el caso en cuestión se identifica, más allá de que si hubo o no algún tipo delictual en contra de los clientes de Sony en base al ataque informático sufrido a sus bases de datos, que existen vías para poder evitar una seria de problemáticas acarreadas por una violación a las bases de la empresa dueña del servicio informático ya que al aplicar una figura legal consistente en una variación

al contrato de escrow de código fuente pero con la misma naturaleza de depósito en garantía del licenciataria y en este caso en particular del usuario del bien y servicio entregado por la empresa se hubiese podido evitar la responsabilidad de parte de Sony a sus clientes y radicar esta en un tercero depositario o depositario y administrador a la vez de manera de agilizar los procedimientos de recuperación de información e incluso de posibles acciones legales en contra de estos, ya que al poder identificar claramente al responsable de custodiar la información dada en un caso puntual se ahorra una acción judicial en contra de instituciones independientes de índole bancario o comercial.

Esto también se complementa con la efectividad que puede tener un depositario con características técnicas de administración de bases de datos y programas computacionales en general.

Es vital para la hipótesis del caso incluir las respectivas cláusulas en el contrato entre depositante y depositario que resguarden y garanticen una protección efectiva y eficaz de la información dada por los clientes, junto a una medida indemnizatoria proporcional al menoscabo producido por la violación de privacidad sufrida por los afectados.

No obstante de lo anterior también es clave tomar en cuenta que para la empresa responsable en este caso Sony dicha medida resulta una opción económica y de imagen favorable en miras a que se adelanta al hecho de contratar una compañía externa a cargo de la investigación ya que nada impide que dicha responsabilidad recaiga en el depositario y no pelagra una posible violación del principio de la buena fe, tomando en cuenta que existe un lapso de tiempo de alrededor de una semana entre la última intrusión y el comunicado oficial que se informa al público lo cual no muestra una transparencia en la relación entre Sony y sus usuarios, no dejando de lado un periodo considerable en el cual se pueden tomar medidas más rápidas y efectivas en función de la protección del bien mayor en juego, los consumidores.

## **LEGISLACIÓN APLICABLE EN CHILE Y PROPUESTAS JURÍDICAS**

### **1. Principios Jurídicos aplicables a los contratos en plataforma electrónica**

El principio de autonomía de la voluntad es por esencia el principio rector dentro del derecho patrimonial y especialmente dentro del mundo contractual el cual consiste esencialmente en que toda obligación descansa en la voluntad de las partes y esta es fuente y medida de los derechos y obligaciones que el contrato produce.

En base al principio de la autonomía de la voluntad las partes contratantes pueden celebrar contratos de carácter innominado y atípico como lo son dentro de nuestra legislación los contratos sobre plataformas electrónicas, siempre y cuando estos no sean contrarios a la ley, el orden público, la moral, las buenas costumbres y el derecho ajeno. Estos nacen del fruto de la voluntad de las partes por un lado y de las necesidades propias de los avances tecnológicos y comunicacionales por otro.

Dentro del principio de autonomía de la voluntad existen principios independientes pero no desligados de este mismo, los cuales es posible clasificarlos temporalmente en aquellos presentes en la etapa de génesis o creación del contrato, otros presentes en la etapa de ejecución del mismo o aquellos que están presentes en todas sus etapas inclusive en las tratativas preliminares y etapa post-contractual.

En la etapa de creación del contrato están presentes el principio del consensualismo y el principio de la libertad contractual. El principio del consensualismo consistente en que los contratos nacen a la vida del derecho como fruto de la voluntad de las partes contratantes, esto alude a que los contratos por regla general son considerados perfeccionados con la sola voluntad

de las partes, lo que en el caso de los contratos sobre plataformas electrónicas se materializa de distintas maneras dependiendo del contrato, ya sea por el solo hecho de visitar o hacer uso de un sitio web en particular en el contrato browse o a través del clickeo en el icono de “Aceptar” (I Agree) en el contrato click. Esto obedece a que las nuevas tecnologías han llevado a las instituciones clásicas del derecho a adaptarse a nuevas formas de materialización y desarrollo. Dentro de la etapa de gestación del contrato también encontramos el principio de libertad contractual el que consiste básicamente en que las partes son libres de elegir si contratar o no contratar, de elegir con quien contratan y decidir la configuración interna del contrato lo cual en ciertos casos se encuentran excepciones como lo es el contrato browse y click en cuanto a la libre elección del contenido clausular de estos, ya sea por la sola visita, característica propia de estos contratos, en el primero o por su calidad de contrato de adhesión en el segundo.

En la etapa de ejecución de los contratos se hacen presente en un primer lugar el principio de la fuerza obligatoria del contrato consagrado en el artículo 1545 del Código Civil que establece que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o causas legales”, el cual se aplica también a los contratos en plataforma electrónica siempre y cuando cumplan con los presupuestos propios para considerarse existentes y validos bajo nuestra legislación. Otro principio existente en la etapa de ejecución de los contratos es el del efecto relativo de los contratos el cual se refiere a que los contratos solo generan derechos y obligaciones para las partes contratantes que concurren a su celebración sin beneficiar o perjudicar a terceros ajenos al contrato el cual se ve debilitado tanto en el ámbito contractual clásico como en casos particulares como son los contratos en plataformas electrónicas, siendo este último el tratado en esta ocasión, en cuanto se dan casos como el contrato con pago electrónico ya sean realizados con una tarjeta de crédito o un servicio externo contratado para estos efectos como puede ser un “Shopping car” o un carro de compras, por lo que se da un efecto expansivo del

contrato creando eventuales efectos o haciendo que los mismo que este producía con anterioridad se extiendan a sujetos que no necesariamente concurren a su celebración.

No obstante de aquellos principios ya mencionados, el carácter innovador de la contratación electrónica da cabida para realizar una propuesta de principios propios de estas figuras contractuales, los cuales nacen y se respaldan en sus características propias y sus singularidades que los diferencian de los contratos “clásicos” en nuestra legislación.

Tal como en los principios rectores e inspiradores de la contratación clásica, en los contratos sobre plataformas electrónicas es posible proponer un orden cronológico en cuanto a estos, de manera de hacer más amigable su comprensión.

En primer lugar en base al carácter electrónico o computacional de estos contratos es posible proponer un principio rector sobre el cual descansa la esencia de la contratación electrónica que es el “principio informático” de estos, el cual consiste en que dichas figuras contractuales deben estar diseñados, desarrollados e implementados sobre plataformas o soportes informáticos o electrónicos. Dicho principio es aquel que sirve de base para sustentar la existencia de estos y en virtud del cual se desprenden las características propias y sub-principios de la contratación electrónica.

No existiendo una etapa de gestación propiamente tal en los contratos en plataformas electrónicas, sino que una presentación de estos al contratante al ingresar a una página web dividiremos la vida del contrato en una primera y segunda etapa, siendo la primera aquella en la cual el cliente o usuario ingresa al sitio en cuestión en la cual en función de la necesidad de alerta que debe tener el usuario debe estar presente el “principio de visibilidad” tanto de la descripción del producto, de sus condiciones y del hecho mismo que se está contratando o

quedando ligado a una relación contractual por la visita o la aceptación expresa de una oferta.

En la segunda etapa, momento en el que el usuario ya se encuentra navegando dentro del sitio web y en base a la necesidad de información que debe tener este en cuanto al servicio que está utilizando el “principio del adecuado conocimiento”, el cual consiste básicamente en que el producto o servicio ofrecido debe ser mostrado y expuesto de manera completa y de fácil entendimiento para las personas, esto tomando en cuenta que por la rapidez y agilidad de la contratación vía internet los usuarios no tienen la misma facilidad de asesoría letrada al momento de contratar, lo que en la práctica se contrapone a la contratación ordinaria. Esto se condiciona al requisito de la oferta en cuanto a que esta sea presentada de manera “completa” es decir que contenga los elementos necesarios para poder distinguir de qué tipo de negocio o contrato se está refiriendo el ofertante.

Como mencionamos anteriormente en cuanto a los principios contractuales, existe un principio en particular que se encuentra presente en todas las etapas y tipos de contratación como es el principio de la buena fe. La buena fe es conceptualizada legalmente en el artículo 706 del Código Civil como “La conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”. No obstante de estar presente en la mayoría de las materias del derecho civil, toma especial importancia en cuanto a los contratos y en este caso en particular a aquellos que se presentan en plataformas electrónicas. En cuanto a la contratación electrónica el principio de buena fe radica especialmente en la parte oferente, es decir aquella encargada del sitio web en donde se produce la relación contractual y más que estar de buena fe, se requiere actuar de buena fe en cuanto a la presentación y formulación del contrato a celebrar, esto se mide en base a la fidelidad del acuerdo a tomar, la observación de una necesaria conducta para que se cumpla de manera correcta la expectativa en este caso del usuario.

## **Conclusión**

A través del estudio de la contratación electrónica en general y de sus distintas aristas tanto como en la legislación comparada como nacional y sus materializaciones de uso tan diario y concurrido por nuestra sociedad actual podemos distinguir que es de suma importancia tanto para la agilización de los procesos, como el resguardo de las partes y la modernización de nuestro Derecho.

Esto se debe plantear bajo el resguardo de nuestras instituciones “clásicas” y del sistema contractual ya aplicable en nuestro país, sin perjuicio de lo anterior es necesario ampliar la perspectiva jurídica actual a horizontes que no han sido tomados en cuenta, especialmente con un cuerpo legal tan desactualizado como el nuestro, en relación con las necesidades y el dinamismo de las tecnologías y comunicaciones de la realidad actual.

La formación del consentimiento es un tema vital en la consideración de estas nuevas figuras contractuales ya que para que el estudio tenga viabilidad debe ser posible dentro de nuestro derecho sin ser figuras inexistentes ante el legislador. Al cumplir con los requisitos mínimos que se exigen por ley para la existencia y validez de los contratos, comienzan a salir a la luz nuevas problemáticas propias de las innovaciones naturales del derecho.

La existencia de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en plataformas electrónicas son fruto de la falta de información y de conocimiento entregado a los consumidores lo cual se justifica en la falta de regulación específica y no supletoria de estos casos en particular. Lo que no obstante de las nuevas normativas que se relacionan con la contratación electrónica, existe una carencia de especificación en cuanto a las figuras contractuales, específicamente contrato browse y contrato click.

En términos generales estamos ante una necesidad imperiosa de actualizar y modernizar nuestro derecho en función a las necesidades básicas de

los consumidores actuales los cuales en base a estas nuevas formas de contratación están siendo más que desprotegidos desamparados en cuanto a los modos de información y resguardo que debe tener la contratación en general. Por lo cual en términos amplios se falta a un objetivo que de no ser el más importante está dentro de los más valiosos del derecho que es el resguardo de los intereses jurídicos de los particulares.

## BIBLIOGRAFIA

1. ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De los Contratos. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2004. 223 p.
2. AUTONOMIA de la Voluntad, Contratación Electrónica y Protección al Consumidor, p 126, [Revista Chile de Derecho Informático], Santiago, Chile, [fecha de consulta: 6-Marzo-2013]. Disponible en:<[www.derechoinformatico.uchile.cl](http://www.derechoinformatico.uchile.cl)>.
3. BURGUENO Pablo. Tipos y clasificación de los contratos electrónicos, Fecha de consulta [5-Marzo-2013] Disponible en:<[www.paloburgueno.com](http://www.paloburgueno.com)>.
4. CÓDIGO Civil de La Republica De Chile, De las obligaciones en general y de los contratos, Tomo I, Ley de 1857. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2013.
5. COELLO Vera, Carlos Alberto. El contrato electrónico, revista jurídica facultad de jurisprudencia y ciencias sociales y políticas, p. 206, 2013. [Fecha de consulta: 01-Marzo-2013], Disponible en <<http://www.revistajuridicaonline.com>>.
6. CONVELIA. Contratos electrónicos definición y validez. [Fecha de Consulta 15- Marzo-2013]. Disponible en <<http://convelia.com/contrato-electronico-definicion-y-validez>>
7. DE LA MAZA Gazmuri, Iñigo. Los contratos por adhesión en plataformas electrónicas: una mirada al caso chileno. Santiago, Chile. 2005.
8. DERECHO Y CAMBIO SOCIAL. La contratación electrónica. [Fecha de consulta 4-Febrero-2013] Disponible en:<<http://www.derechoycambiosocial.com/revista018/contratacion%20electronica.htm>>
9. FILDSTEIN de Cárdenas, Sara Lidia. Contrato cibernético internacional: Una realidad o un enigma?.Brasil: Mundo Jurídico,2005.

10. LEY N°19.799. CHILE, Documentos electrónicos, forma electrónica, firma electrónica, servicio de certificación de dicha firma, Santiago, Chile, 2006. [Fecha de consulta: 13-Diciembre-2012]. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=196640>>
11. LOPEZ Santa María, Jorge. Los Contratos. Parte General. Tomo I. 2ª.ed. Santiago, Chile, Jurídica de Chile, 1998.
12. MARTINEZ Barbieri, Mónica Susana. Contrato de Scrow de Código Fuente. Revista de Derecho Informático, Argentina, 2005. [Fecha de consulta 13-Diciembre-2012]. Disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1112161>>
13. ORREGO Acuña, Juan Andrés. Teoría del Contrato y Contratos en particular. Santiago, Chile, [Fecha de consulta 13-Diciembre-2012]. Disponible en <<http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/>>
14. PRENAFETA RODRÍGUEZ, Javier. Sobre el Contrato de Escrow: Naturaleza jurídica y algunos problemas. Noticias jurídicas. Marzo 2002. [consultado el 8 de febrero de 2013] Disponible en: [http://noticias.juridicas.com/articulos/20- Derecho%20Informatico/200203-2755122021023780.html#foot2](http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho%20Informatico/200203-2755122021023780.html#foot2)
15. SABERES. España, Universidad Alfonso X El Sabio, [Fecha de consulta 6-Marzo-2013]. Disponible en <<http://www.uax.es/publicacion/el-contrato-electronico-y-sus-elementos-esenciales.pdf>>
16. VILLALBA Cuellar, Juan Carlos. Contrato por Medios Electrónicos. [Bogotá D.C, Colombia]. Julio-Diciembre 2008, Volumen XI, n°22 [fecha de consulta: 5-Marzo-2013]. Disponible en <<http://www.umng.edu.com>>