

Universidad Austral de Chile.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Escuela de Derecho.

**PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL COMERCIO
ELECTRÓNICO VÍA INTERNET, EN CHILE COMO EN DERECHO
COMPARADO, EN ESPECIAL EN LAS DIRECTIVAS
COMUNITARIAS EUROPEAS Y EN LA LEGISLACIÓN
ESPAÑOLA.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Alumnos: Karyn Valentina Butkovich Mera.
Cristian René Rodas Riquelme.

Profesor Patrocinante: Ernesto Ravera Herrera.

Valdivia, 28 de Diciembre del 2004.

**MENCHACA & CIA.
ABOGADOS**

Enrique Menchaca O.
Tomás Menchaca O.
Francisco Hurtado S.
María Ileana Taboada B.
Rodrigo Ruiz-Tagle A.
Ernesto Ravera Herrera

Marchant Pereira N° 201 – Of. N° 801
Teléfono (562) 3812424
Fax (562) 3812427
Providencia
Santiago - Chile

Santiago, 28 de Diciembre de 2004.

Señor

Andrés Bordalí Salamanca
Director
Instituto de Derecho Público
Universidad Austral de Chile
Presente.

De mi consideración:

Por la presente me permito informar a usted el trabajo de memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, realizado por los alumnos don Cristian Rene Rodas Riquelme y doña Karin Valentina Butcovich Mera y que aborda el interesante tema del comercio electrónico y la protección al consumidor.

El capítulo primero desarrolla, minuciosamente y de manera suficientemente acabada la Internet y el comercio electrónico, en especial el e-market y los proveedores de capital.

El capítulo segundo analiza, en forma sistemática y pormenorizada el derecho a la información en la Ley de Protección al Consumidor y su influencia en el Comercio Electrónico.

Nos despierta especial interés el tratamiento que los autores del trabajo dan, en el capítulo tercero, a la formación del consentimiento en los contratos electrónicos, particularmente en lo referente a las ofertas entre ausentes y la aceptación electrónica.

El cuarto capítulo nos presenta un investigación sintética pero suficientemente acabada de los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las principales cláusulas abusivas existentes en el comercio electrónico.

En el capítulo quinto los memoristas examinan el pago como modo de extinguir las obligaciones que nacen de la contratación electrónica, dedicándole especial atención a la tarjeta de crédito y al cheque electrónico como medios de pago.

Particular importancia nos merece el acabado razonamiento desarrollado en el capítulo sexto, a la protección a la intimidad de los consumidores en los contratos celebrados por medios electrónicos.

El séptimo y último capítulo observa y compara la protección de los intereses difusos de los consumidores, introducidos en la ley 19.955, en relación a los tratados internacionales, proponiendo alternativas para lograr un derecho integrador.

Finalmente, los autores concluyen que, dada la masiva aplicación en el comercio electrónico de la estandarización contractual, se hace imprescindible la incorporación de reformas que hagan verdaderamente protectora a la ley de protección al consumidor; entre ellas, la modificación del párrafo IV del Título II, en el sentido de hacer aplicable la protección contra cláusulas abusivas a todo contrato predispuesto con condiciones generales de la contratación y no limitarlo, como hasta ahora, sólo a los contratos por adhesión.

Debo consignar que Karin y Cristian realizan el trabajo con un estilo directo y un lenguaje apropiado. La técnica de investigación es muy profunda y sistemática, dentro del contexto de un tema muy sensible y no desarrollado hasta la fecha por la doctrina nacional.

Me resulta particularmente grato indicar a usted que los alumnos cumplieron sobradamente su cometido dentro de un contexto de escasa o, tal vez, inexistente bibliografía nacional, lo que hace aún más merecedor su trabajo, en atención a la abundante bibliografía comparada consultada.

Por todo lo expuesto anteriormente y dada la importancia del tema investigado, estimo que la memoria informada debe ser evaluada de manera sobresaliente y con nota 7.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad de saludarlo con los sentimientos de mi más alta consideración y estima.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'E' followed by a vertical line and a large loop, all connected by a horizontal line at the bottom.

Ernesto Rayera Herrera
Profesor de Derecho Económico
Universidad Austral de Chile

Damos las gracias a nuestros papás, familia y amigos por el apoyo y comprensión brindados en los momentos indispensables.

Igualmente agradecemos a Humberto Carrasco Blanc por el material aportado.

“En mi más temprana edad, alguna vez mi padre me dio un consejo que desde entonces hago dar vueltas en mi mente:

-Cuando sientas deseos de criticar a alguien- me dijo-, recuerda tan sólo que no todos en el mundo tuvieron las ventajas que has tenido tú.”

Francis Scott Fitzgerald. “El Gran Gatsby”

Índice.

	Página.
Introducción.....	9.
Capítulo I: Internet y Comercio Electrónico.....	10.
1.1. Internet: Origen de la llamada “red universal de las redes computacionales”.....	10.
1.1.1. Evolución.....	10.
1.1.2. Características de Internet.....	14.
1.1.3. Acceso a Internet.....	15.
1.2. El Comercio Electrónico.....	15.
1.2.1. Etimología y concepto.....	16.
1.2.2. Origen del Comercio Electrónico.....	17.
1.2.3. Clasificación del Comercio Electrónico.....	19.
1.2.3.1. Según los agentes que intervienen en el intercambio.....	19.
1.2.3.2. Según el grado de complejidad de las actividades desarrolladas.....	21.
1.2.3.3. Según las características de los bienes y servicios.....	21.
1.2.3.4. Según la tecnología utilizada.....	22.
1.3. Actores del Comercio Electrónico.....	22.
1.3.1. Proveedores.....	23.
1.3.2. Los portales.....	24.
1.3.3. Creadores de nuevos mercados (e-market-market).....	25.
1.3.4. Marketing personalizado (e-marketeers).....	25.
1.3.5. Proveedores de capital.....	26.
1.3.6. Cadena logística.....	27.
1.4. Ventajas y desventajas del Comercio Electrónico.....	28.
1.4.1. Ventajas.....	28.
1.4.1. Desventajas.....	31.

1.5. Principios del Comercio Electrónico.....	31.
1.5.1. Principio de la equivalencia funcional.....	32.
1.5.2. Principio de la neutralidad tecnológica.....	34.
1.5.3. Principio de la inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados.....	35.
1.5.4. Principio de la buena fe.....	35.
1.5.5. Principio de la libertad contractual.....	37.

Capítulo II: La Información en la Ley de protección del Consumidor y su influencia en el Comercio Electrónico.....39.

2.1. Evolución.....	39.
2.2. Información previa que ha de recibir el consumidor.....	43.
2.2.1. Respecto de la información básica comercial.....	44.
2.2.2. Respecto de la información sobre el precio.....	53.
2.3. Información posterior a la celebración del contrato.....	55.
2.4. Ejecución del contrato.....	59.
2.5. El retracto o desistimiento.....	61.

Capítulo III: El consentimiento en los contratos de consumo celebrados por medios electrónicos.....66.

3.1. Introducción.....	66.
3.2. El consentimiento: Concepto y su regulación legal.....	66.
3.3. Formación del consentimiento electrónico.....	67.
3.3.1. La oferta electrónica.....	68.
3.3.2. La aceptación electrónica.....	74.
3.4. Oferta entre presentes y ofertas entre ausentes.....	77.

3.5. Momento y lugar en que se forma el consentimiento.....	79.
3.5.1. Momento en que se forma el consentimiento.....	79.
3.5.2. Lugar en que se forma el consentimiento.....	81.
Capítulo IV: Cláusulas Abusivas y Contratación Electrónica.....	83.
4.1. Contrato por adhesión y condiciones generales. Precisiones.....	83.
4.2. Naturaleza jurídica de las condiciones generales.....	85.
4.3. Cláusulas abusivas.....	86.
Capítulo V: El pago por medios electrónicos.....	93.
5.1. Introducción.....	93.
5.2. Conceptos y un poco de historia.....	93.
5.3. Pago electrónico.....	94.
5.3.1. Concepto.....	95.
5.3.2. Tipos de medios de pago.....	95.
5.3.2.1. Tarjeta de crédito.....	96.
5.3.2.2. Monedero electrónico.....	107.
5.3.2.3. El cheque electrónico.....	108.
Capítulo VI: La protección de la intimidad de los consumidores en los contratos celebrados por medios electrónicos.....	113.
6.1. Intimidad: historia, concepto y regulación en nuestro país.....	113.
6.1.1. Historia.....	113.
6.1.2. Concepto.....	115.

6.1.3. Regulación en Chile.....	118.
6.2. Conflicto de intereses y acercamiento al problema.....	119.
6.2.1. Las cookie´s.....	122.
6.2.1. Correo masivo o spam.....	126.
6.3. La ley N° 19.628 sobre Protección a la Vida Privada.....	131.
6.3.1. Los principios de la protección de datos.....	133.
6.3.1.1. Principio del consentimiento.....	132.
6.3.1.2. Principio de la información.....	134.
6.3.1.3. Principio de la calidad de los datos.....	134.
6.3.1.4. Principio de la exactitud, veracidad y actualidad.....	135.
6.3.1.5. Principio de la seguridad de los datos.....	136.
6.3.1.6. Principio del secreto.....	136.
6.3.2. Tratamiento de los datos personales.....	137.
6.4. Hábeas Data.....	138.
6.4.1. Concepto.....	138.
6.4.2. Objeto de protección.....	139.

Capítulo VII: Asociaciones de Consumidores y Tratados Internacionales: alternativas para un derecho integrador.....146.

7.1. Asociaciones de Consumidores.....	146.
7.1.1. Origen.....	146.
7.1.2. Concepto.....	147.
7.1.3. Asociaciones de Consumidores en la Ley 19.496, antes de su modificación por la Ley 19.955.....	149.
7.1.4. Asociaciones de Consumidores bajo la Ley 19.496, modificada por la Ley 19.955.....	150.
7.1.4.1. Intereses colectivos y difusos.....	151.

7.1.4.2. Procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, introducido por la Ley N° 19.955. a la LPC.....	154.
7.1.5. Contratos de consumo celebrados por Internet y las Asociaciones de Consumidores.....	158.
7.2. Tratados Internacionales.....	159.
Conclusiones.....	165.
Bibliografía.....	167.

Introducción.

Hablar de globalización en la actualidad parece ser un lugar común en todas las actividades relativas al ser humano en sociedad. El vertiginoso advenimiento de avanzadas formas y mecanismos de interrelación humana supone la adecuación de las distintas instituciones del derecho a éstas.

Como todo cambio que irrumpe aceleradamente en la esfera social, ingresa y se enfrenta caóticamente con las instituciones ya establecidas, con los conceptos y principios básicos que asentados en el sistema jurídico permitían con mayor o menor facilidad soslayar todos y cada uno de los problemas suscitados en el orden temporal.

Pues bien, la irrupción explosiva de la aterritorialidad en las relaciones comerciales derivada de la naturaleza intrínseca de Internet, reflejó- y lo hace aún- una especie de explosiva realidad parcialmente contenida por los cánones jurídicos tradicionales incoados en las sociedades occidentales modernas.

El derecho de los consumidores no escapa a este vendaval virtual, e intenta acorazarse más en la medida que las legislaciones adoptan paulatinamente directrices que permitan una adaptación de esta área a la realidad del comercio electrónico.

Nuestro trabajo pretende realizar un estudio detenido de este fenómeno a la luz de la Ley 19.496 sobre Protección de los Consumidores, incluida la reciente modificación de la Ley 19.955 actualmente en vigencia, y el enfrentamiento de ésta con otras del derecho comparado, en especial las del ordenamiento jurídico español y las directivas comunitarias europeas.

Ya enfrentadas, pretendemos demostrar en primer lugar la insuficiencia de nuestro actual ordenamiento jurídico en la tarea de adaptar sus normas a este fenómeno tecnológico; la necesidad imperiosa de reformas que permitan una verdadera salvaguarda a los intereses de los consumidores en áreas como la información, protección de datos personales, cláusulas abusivas, pago por medios electrónicos, entre otros; para proponer en definitiva la necesidad de potenciar las asociaciones de consumidores y la suscripción de tratados multilaterales internacionales que establezcan normas uniformes en esta materia, como mecanismos plausibles de solución y adaptabilidad de nuestro derecho a las necesidades y desafíos inherentes a esta nueva realidad en los contratos de consumo.

Capítulo I: Internet y comercio electrónico

1.1. Internet: Origen de la llamada “red universal de las redes computacionales”.

1.1.1. Evolución

La humanidad ha sido protagonista de grandes hitos claves para su desarrollo. Entre ellos: Internet¹, fenómeno que ha creado una nueva forma de relación entre los seres humanos, rompiendo las distancias de la comunicación, ya que agrupa o conecta entre sí infinidad de redes que existen en el mundo intercambiando información.

Para encontrar el origen de Internet, es menester remontarnos al año 1957, denominado “Año Internacional de Geofísica”. En este período, tanto la Ex Unión Soviética como Estados Unidos anunciaron su voluntad de lanzar satélites artificiales. Para llevar a cabo tan inmensa misión, la primera nación pensó en utilizar como cohetes espaciales sus grandes misiles balísticos intercontinentales; la segunda en cambio, al no poseerlos de tanta envergadura, elaboró el Proyecto Vanguard.², el cual resultó un fracaso, dado que una serie de lanzamientos derivaron en la destrucción de los vehículos espaciales, los cuales inclusive no alcanzaron a alzarse de la rampa de lanzamiento.

Esta situación contrastaba con la que vivía la Ex Unión Soviética. El 4 de octubre del mismo año lanza el Sputnik, provocando gran preocupación en Estados Unidos, al sentir pérdida la sensación de invulnerabilidad de la que gozaban desde la explosión de la bomba nuclear, con lo cual se desencadenó la carrera espacial entre ambas potencias.³

¹ El federal Networking Council de los EE.UU, en Octubre de 1995 definió Internet de la siguiente manera: “Internet se refiere al sistema global de información: 1) está lógicamente unido por un espacio global único de dirección basado en el protocolo de Internet TC/IP o sus extensiones/continuaciones subsecuentes; 2) es capaz de soportar comunicaciones usando la serie de protocolos TCP/IP y sus extensiones/continuaciones subsecuentes; y/u otros protocolos IP-compatibles; y 3) ofrece, usa o hace accesible, ya sea pública o privadamente, servicio de alto nivel soportados en las comunicaciones e infraestructura relacionada descrita aquí”. Traducción no oficial del informe del 24-X-1995 del Federal Networking Council (FNC) de los EE.UU.

² Este proyecto consistía en utilizar un cohete a combustible líquido ya existente, el “Viking” como primera sección y, como segunda y tercera sección, pequeños cohetes a combustible sólido. www.ciudadfutura.com

³ El Sputnik, primer satélite artificial de la historia, fue puesto en órbita a 950 kilómetros de altura, permaneciendo sólo 3 meses en el espacio, pero a pesar del poco tiempo y gracias a su radiotransmisor, logra proporcionar a los científicos soviéticos numerosos e importantes datos sobre las características físicas del espacio cósmico y sobre las diferentes condiciones de difusión de la onda radio, datos indispensables para calcular los itinerarios cósmicos mas complejos. <http://adaar-astronáutica.8m.com>

Así, y gracias a la insistencia del Presidente Dwight Eisenhower, el Congreso norteamericano aprobó la creación de la NASA (National Aeronautics and Space Administration) y, junto a ella se implementó una oficina dependiente de la Secretaría de Defensa, llamada ARPA. (Agencia para Proyectos de Investigación).

Con el objeto de evitar ser sorprendidos de nuevo por los avances tecnológicos del enemigo, Arpa aplicó tecnología de punta para la defensa nacional. Unido a esta tarea, se le asignó además, el control del programa de satélites, hasta que dichas funciones fueron asumidas por la NASA.

En la Agencia participaban 200 de los mejores científicos del momento, entre ellos, J C R Licklider, quien a pocos meses de trabajar en ella acusó la disparidad de lenguajes de programación y de sistemas de control que existían en sus equipos computacionales. Frente a ello, propuso la idea de desarrollar la capacidad para que estos computadores pudieran operar juntos en una red integrada.

En paralelo, el Departamento de Defensa Norteamericano constataba la vulnerabilidad de su sistema de comunicaciones, el cual, basado en una red telefónica que establecía enlaces únicos entre un número limitado de centros, conllevaba el riesgo de aislar parte del país en caso de un ataque militar.

Como respuesta alternativa, ARPA, de la mano de Licklider, lanzó la idea de crear una ‘Red Galáctica’, que permitiera la intercomunicación y transmisión de datos entre diferentes lugares conectados a una red de ordenadores.’⁴

Entre tanto, en el Instituto de Tecnología de Massachussets rondaba la teoría de dividir la información en paquetes para facilitar su transmisión, siendo entre otros, Lawrence Roberts el realizador de los primeros experimentos al respecto.⁵

Contratado por ARPA, Roberts comenzó a planificar y desarrollar una red experimental de 4 nodos o centrales, que se denominó ARPANET, cuya idea base era conseguir que la información llegara a

⁴ Fernández Delpech, Horacio. *Internet: Su Problemática Jurídica*. Ed. Abeledo-Perrot Buenos Aires (2001). p.11.

⁵ No obstante lo expuesto, “ España fue un país pionero en la utilización de la conmutación de paquetes, como pone de manifiesto Ángel Sánchez, al comentar la intervención de Luis Arroyo Galán (Doctor Ingeniero en Telecomunicaciones), ante la Comisión Especial de Redes Informáticas del Senado español . Según se pone de manifiesto en la citada intervención, España fue el primer país del mundo que tuvo una red pública de transmisión de datos basada en la conmutación de paquetes. El citado ponente comenta que cuando la red ARPA empezaba a balbucear en sus orígenes, la Compañía Telefónica Nacional de España, a iniciativa de su entonces Presidente, Antonio Barrera de Irimo, convocó un concurso público, sobre todo pensando en el sector bancario, a fin de implantar una red especial de transmisión de datos. Esa red basada en la conmutación de paquetes, bautizada con el nombre de Red Especial de Transmisión de Datos (RETD), fue inaugurada en el año 1971, más o menos cuando la red ARPANET empezaba a funcionar, y estaba basada en la conmutación de paquetes. Si bien al principio aquel proyecto empezó mirando a Estados Unidos, al cabo de unos años se invirtieron los términos y en España se inventaron los primeros conmutadores de paquetes que se han hecho en el mundo en una red pública. Según se cita en la ponencia, hubo que desarrollar protocolos específicos ‘con neuronas españolas, con hardware español y con software español. Aquellos equipos se

destino aunque parte de la red estuviera destruida. Como consecuencia de ello, la agencia desarrolló una nueva tecnología denominada “conmutación de paquetes”, cuya principal característica residió en fragmentar la información, dividirla en porciones de una determinada longitud a las que se llamaba paquetes. Cada uno de ellos llevaba asociada una cabecera con datos referentes al destino, origen, códigos de comprobación, etc. En definitiva éstos contenían, información suficiente que les permitía encaminarse hacia su destino en las distintas centrales que atravesaba.⁶ Su trayecto no estaba preestablecido de manera que, si la red caía o era destruida, el flujo de paquetes sería automáticamente enviado por centrales alternativas.

A fines del año 1968 el diseño esencial de la red había terminado, conectando de esa manera 4 puntos dentro de Estados Unidos: El primero, montado en la Universidad de California en Los Angeles (UCLA), y posteriormente en el Instituto de Investigación de Standford, la Universidad de California, Santa Bárbara (UCSB) y la Universidad de UTA, siendo este hecho el que marca el nacimiento de Internet.

En 1974 los científicos Robert Kahn y Viniste Cert, conocido como “el Padre de Internet”, interesados en nuevos sistemas de transmisión de datos, crearon un nuevo protocolo que permitió que cualquier red pudiera conectarse a ARPANET, el cual se denominó el TCP (Protocolo de Control de Trasmisión)⁷

Fue recién en 1980 que el primer protocolo de control de la red de ARPANET⁸, Network Control Protocol, fue reemplazado por el protocolo TCP/IP.⁹

El TCP desempeñaba la tarea de separar los datos en paquetes y reensamblarlos, y el IP por su parte, era el responsable de que estos datos llegasen al destino correcto.¹⁰

llamaban Tesys.” Sánchez Almeida, Carlos y Maestre Rodríguez, Javier. *La Ley de Internet*. Ed. SERVIDOC S.L. (2002). Barcelona. p.6.

⁶ Historia. Nacimiento de Internet. www.soho.com

⁷ *Historia del Siglo XX. The Times*. Ed. El Mercurio- Las Últimas Noticias S.A.P (1997). p.275.

⁸ “Posteriormente razones comerciales y científicas produjeron el rápido crecimiento de esa red ARPANET, a la que se fueron incorporando distintas redes, ya no militares sino académicas y privadas de los EE.UU. y de otras partes del mundo, dando así lugar a la red Internet que hoy conocemos, en la que ya no sólo las instituciones se encuentran interconectadas, sino que los usuarios individuales constituyen el gran motor del sistema.”

Fernández Delpech, Horacio. op. cit, 4. p. 11.

⁹ Entenderemos por Protocolo “un conjunto de reglas que transporta la información en forma de paquetes”.

¹⁰ “La IANA (Internet Assigned Numbers Authority), a través de la ASO (Adress Suporting Organization), es el organismo que coordina y asigna a nivel mundial las direcciones numéricas.

A tal fin asigna lotes de direcciones numéricas IP a los diferentes registros regionales que existen en el presente y que son:

-) RIPE NCC (Ripe Network Cordination Center), es el registro delegado para Europa, África del Norte y Medio Oriente.

-) APNIC (Asia Pacific Network Information Center), es el registro delegado para la región de Asia y el Pacífico.

-) ARIN (American Registry for Internet Numbers), tiene la delegación para América, el Caribe y el África subsahariana.

Ambos protocolos jugaron un papel de importancia capital en la difusión de Internet ya que permitieron realizar todos los servicios de transporte y envío de datos, de manera tal que sin ellos, no sería posible la interconexión de redes que existe actualmente.

Una de las herramientas que ha significado un cambio radical en el uso de Internet ha sido, sin duda, el World Wide Web o “telaraña amplia mundial”.¹¹

Creada en 1989 en el Instituto Europeo de Investigación de la Física de Partículas en Ginebra por Tim Berners-Lee, el W3 o WWW, surgió como un sistema para compartir los trabajos realizados por los físicos del Instituto a través de un entorno de hipertexto¹² basado en una arquitectura cliente-servidor.¹³

Ya en el año 1993 aparece “Mosaic”; primer navegador web comercial; y con él, la “navegación”¹⁴ tal como la conocemos ahora.

Actualmente es el World Wide Web Consortium quien supervisa el desarrollo de la tecnología web y proporciona a desarrolladores y usuarios, información, referencias de códigos, prototipos y ejemplos de aplicaciones.¹⁵

De gran aplicación en la actualidad, el correo electrónico, conocido también como E-mail (Electronics mail), permite la comunicación electrónica entre los usuarios de la red, quienes pueden enviar en unos segundos una carta, fax, mensaje o información a un destinatario a miles de kilómetros y todo ello por el valor de una conexión que oscila; entre aquellas de alta capacidad, como son, el satélite, la fibra óptica o la antena; de capacidad media, como el cable coaxial; o de baja capacidad, como la línea telefónica convencional.

El E-mail, es un servicio de envío y despacho, en el cual el mensaje es transferido de una máquina a otra, independiente de dónde se encuentre el usuario. Al igual que en el correo postal, lo más

Por su parte, estos registros regionales son quienes otorgan a los proveedores de servicios de Internet los lotes de direcciones numéricas IP de las que les fueron asignadas por IANA, y estos proveedores de servicios asignan nuevamente las direcciones a proveedores más pequeños, a los usuarios finales y a las páginas o sitios web”.

Fernández Delpech, Horacio. op. cit. 4. pp 19 y 20.

¹¹ Es importante aclarar que técnicamente sitio y página no son conceptos sinónimos; “sitio” es el nombre correcto y preciso de toda página principal o página del inicio (homepage), mientras que “página” son las diferentes páginas, valga la redundancia, con que se compone un sitio.

¹² El hipertexto es el formato de presentación que relaciona texto, sonido, imágenes y acciones en uno solo, y se refiere a cualquier texto web. El uso de éstos permite relacionar modelos no lineales siguiendo sus propios intereses y necesidades.

¹³ Las características básicas del W3 son:

a).- Posibilidad de transmitir documentos multimedia.

b).- Posibilidad de acceder a otras fuentes de información de modo interactivo al seleccionar enlaces de hipertexto en el documento.

¹⁴ Navegar es la acción en la cual el cibernauta encarga páginas web a su computador y selecciona los distintos links o hipervínculos.

importante es el destinatario y la dirección, ya que para que la correspondencia electrónica llegue a destino basta con constatar que ésta se encuentre bien escrita.¹⁶⁻¹⁷

1.1.2. Características de Internet.¹⁸

Siguiendo a Lamb, Hair y Mc Daniels, entendemos como características básicas de Internet, las siguientes:

a) *Internet es una tecnología digital.* Ello significa que es una tecnología rápida y barata, ya que no hay nada en la economía que se haya abaratado tanto durante tan largo tiempo.

b) *Internet permite que todo el mundo se comuniquen con todo el mundo.* Al igual que el teléfono, es posible utilizar la red para hablar de manera directa con una persona específica, pero de la misma forma que el televisor, también sirve para comunicarse con millones de ellas. Así, para Rocío de Rosselló Moreno, “Internet es una red transfronteriza donde queda desdibujado el concepto de país, cualquiera puede acceder desde cualquier parte del mundo ignorando las fronteras existentes.”¹⁹

c) *Internet permite la selección.* Mediante la red es posible atender intereses especiales, enfocar segmentos muy pequeños del mercado y realizar un acoplamiento cuidadoso de los intereses con los productos.

¹⁵ Berners-Lee. Tim: *Padre del Web*. www.microsoft.com

¹⁶ Como todo nuevo proceso de información, goza de ventajas y adolece, asimismo, de desventajas. Dentro de las primeras, encontramos de mayor importancia la desaparición de las distancias y el tiempo en la comunicación, no siendo necesario, como lo es por ejemplo, con el teléfono, que la persona con quien queremos comunicarnos se encuentre al otro lado de la línea, bastando con que el destinatario esté habituado a leer habitualmente su correo y contestarlo. Para el autor español Luis Pareras, lo que hace al correo electrónico algo excepcional y ventajoso, son las siguientes características:

“ a) Rapidez, porque bastan unos segundos para que el mensaje se halle en el buzón del destinatario.

b) Economía: El envío de los mensajes es muy barato, y el precio no depende de la distancia a la que enviamos el mensaje.

c) Eficiencia: El esfuerzo requerido en el uso del correo electrónico es mínimo. El envío automático de la misma carta a cientos de destinatarios, la posibilidad de contestar automáticamente los mensajes, la codificación de la información para mantener la privacidad de nuestras conversaciones o el almacenamiento electrónico en archivos de los documentos enviados o recibidos, hacen del sistema un sistema extraordinariamente eficiente.

d) Versatilidad. El correo electrónico no representa únicamente un modo eficaz de envío de mensajes de un usuario a otro, sino que también sirve para recibir sonidos, gráficos, imágenes o cualquier archivo con formato multimedia.”

Pareras, Luis G. *Internet y Derecho*. Ed. Masson SA. Barcelona (1998). p. 26.

¹⁷ “Respecto a las desventajas cobra importancia el tema de la seguridad en el flujo de información, ya que eventualmente, personas con malas intenciones, podrían llegar a conocer el contenido de nuestro mensaje, lo que nos lleva a concluir que, si se tratara de enviar escritos secretos, el correo electrónico no es el medio más eficiente, al menos no hasta que los sistemas de encriptación nos den claras garantías de seguridad.”

Universidad de Chile. *Internet. Guía Práctica para el Usuario*. Ed. Universitaria. Santiago. (1996). pp. 31 y 32.

¹⁸ Lamb, Hair, Mc Daniel. *Marketing*. Ed. International Thomson. México (1998). p. 565.

1.1.3 Acceso a Internet.²⁰

Internet, presupone la existencia de elementos básicos, necesarios y suficientes para lograr acceder a la red de información que ella contiene; los cuales pasamos a exponer:

a) Un computador, conocidos también como ordenadores o PC.

b) Un MODEM, instrumento que convierte la información digital de los computadores en señales que pueden ser transmitidas por la línea telefónica e interpretadas por otros computadores a miles de kilómetros de distancia, o una Tarjeta de Red, que es aquella que optimiza la transferencia de la información²¹

c) Una línea telefónica a la cual conectar nuestro computador, o una línea de red, como por ejemplo LAN, banda ancha, microonda, etc.²²

d) Una cuenta de acceso a Internet, proporcionada por un proveedor de acceso a la red.²³

e) Un “browser” o programa que permita conectarse a páginas web.²⁴

1.2. El comercio electrónico

Hasta hace un par de décadas, la interacción social a nivel comercial se efectuaba cara a cara, por teléfono o bien por correo postal. Sin embargo, las innovaciones técnicas creadas en los últimos años dieron nacimiento a un nuevo tipo de comercio, el denominado comercio electrónico.

Hoy, la incidencia de éste en los distintos campos de conocimiento es cada vez mayor. Su generalización y fuerte impacto es debido al fenómeno de Internet, ya que contamos con la posibilidad de contratar y conectarnos con operadores desconocidos en una red abierta, lo que nos ha llevado a enfrentarnos ante un nuevo mercado donde realizar actividades virtuales de incalculables proyecciones.

¹⁹ De Rosselló Moreno, Rocío. *El Comercio Electrónico y la Protección del Consumidor*. Ed. Cedecs. Barcelona (2001). pp. 11 y 12.

²⁰ Pareras, Luis G. op. cit. 16. p. 7.

²¹ La Universidad Austral de Chile, por ejemplo no utiliza un sistema MODEM, sino que cuenta con Tarjeta de Red, lo que le permite a sus computadores estar conectados a Internet las 24 horas del día, siendo el acceso a la información mucho más ágil.

²² A diferencia de Internet, como red abierta, LAN, en cambio, es una red cerrada, cuya interconectividad está limitada a un edificio (Intranets), o a varios edificios o empresas (Extranets), cuyo acceso restringido permite la participación exclusiva de personas autorizadas o habilitadas para ello.

²³ Como ejemplo de ellos en Chile encontramos a ENTEL o SURNET.

²⁴ Entre los Browser más conocidos, encontramos a Netscape o Internet Explorer. Actualmente éste último ocupa casi el 92% del mercado de los browser, seguido de Netscape con un 7% aproximadamente.

En la actualidad la evolución en el tráfico de información, ha alcanzado niveles insospechados en el flujo económico, ampliando las fronteras de las contrataciones como también los bienes objetos de comercialización.

A continuación expondremos sucintamente la etimología y concepto de comercio electrónico, origen, evolución, clasificación, funcionamiento, actores, ventajas y desventajas del mismo.

1.2.1. Etimología y concepto

El origen de la palabra *comercio* proviene de las raíces latinas CUM, que significa “*juntamente*”, MERX, que equivale a “*mercancía*” y, derivado de MERCOR, “*comprar y vender*”.

Así, entendemos comercio “como la actividad económica de intercambiar bienes, valores, servicios y conocimientos entre 2 o más personas, en una sociedad donde se compra, se vende, se cambia mercaderías que han sido producidas para el consumo.”²⁵

Por su parte, definir lo que se entiende por comercio electrónico reviste una gran importancia dada la tendencia a asociar este concepto únicamente a Internet y a la venta a través de una tienda virtual. La praxis nos indica que el ámbito de aplicación es aún mucho más amplio, comprendiendo la utilización de correo electrónico, fax, multimedia, directorios, transferencia electrónica de fondos o intercambio electrónico de documentos. Al respecto Sandoval López , estima necesario precisar dos fases dentro del comercio electrónico; una amplia, en la cual se entiende como comercio electrónico “todo intercambio de datos realizado por medios electrónicos, esté o no relacionado específicamente con la actividad comercial”; y otra restringida, en que “se circunscribe solamente los actos, contratos u operaciones comerciales realizadas por medios electrónicos, incluyéndose también negociaciones previas a la celebración de dichos actos , contratos u operaciones y las actividades posteriores relacionadas con los mismos, tales como transferencias y pagos electrónicos.”²⁶

Por su parte la Comisión de Comunidades Europeas ha conceptualizado al Comercio Electrónico como “*todo tipo de negocio, transacción administrativa o intercambio de información que utilice cualquier tecnología de la información y de las comunicaciones*”.²⁷

²⁵ Lorenzana, Antonio. “Economía y Política del Mundo Contemporáneo”. *Historia sin Fronteras*. Ed. Nauta SA. Barcelona (1992). p. 8.

²⁶ Sandoval López, Ricardo. *Derecho del Comercio Electrónico*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago (2003). p. 22.

²⁷ Concepto extraído de las actas de Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico-social y, al Comité de la regiones sobre Iniciativa europea de Comercio Electrónico, en el año 1997.

A su vez, Horacio Fernández Delpech, lo define “*como cualquier intercambio de datos relacionados directa o indirectamente con la compra y venta de bienes y servicios por medios electrónicos*”.²⁸

A nivel nacional, el autor Renato Jijena, lo ha entendido como “*el conjunto de actividades con finalidad mercantil que se realiza mediante sistemas y redes computacionales, sin que exista contacto físico entre quien oferta un bien a un servicio y quien lo demanda, y que cubre no solamente actos comerciales directos, sino también acciones preparatorias como las de publicidad o mercadeo*”.^{29 - 30}

De los conceptos antes mencionados desprendemos los criterios o elementos esenciales, bajo los cuales se uniforma la doctrina nacional y comparada en cuanto a: Los medios especiales utilizados para hacer efectivo el comercio electrónico, siendo el más utilizado Internet; la amplitud de negocios que pueden ser objeto del mismo y la transfronterización o aterritorialidad de su funcionamiento.

1.2.2 Origen del comercio electrónico

Tanto del punto de vista de la interacción tecnológica-electrónica y las comunicaciones, como de la infraestructura jurídica para el intercambio electrónico de datos, el EDI^{31 32} constituye el antecedente más importante de lo que hoy conocemos como comercio electrónico.

El desarrollo jurídico/institucional del EDI estuvo confiado a la comisión internacional dependiente de las Naciones Unidas, que lleva por nombre EDIFACT³³, comisión que tuvo por

²⁸ Fernández Delpech, Horacio. op. cit. 4. p.273.

²⁹ Jijena Leiva, Renato. *Comercio Electrónico, Firma Digital y Derecho. Análisis de la Ley N°19.799*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago (2002). p. 28.

³⁰ No obstante, autores como Yanira Amoroso, estiman que la dispersión del comercio electrónico en una gama compleja de relaciones y mecanismos involucrados, tornan riesgoso reunir bajo un mismo concepto la innumerabilidad de situaciones en que éste actúa. Así, acusa la autora, “especialmente en los países anglófonos se está introduciendo con éxito una nueva acepción: Icommerce, para referirse al comercio sobre Internet. No obstante, se ha de advertir que esta definición es imprecisa y restrictiva y llegaría a limitar la perspectiva de su aplicación”. En tal sentido (prosigue Amoroso) es “más conveniente hacer una definición en función de las *actividades* que lo constituyen, el *entorno* en que éstas se producen, las *relaciones* que se requieren y que lo posibilitan.” Amoroso Fernández, Yanira. “Relaciones Comerciales en Internet: aproximación a las nuevas relaciones surgidas como consecuencia del E – Comercio”. *Derecho y Tecnologías de la Información*. Fundación Fernando Fueyo Laneri. Santiago (2002). p. 118.

³¹ El EDI es el intercambio de datos, en un formato normalizado entre los sistemas informáticos, entre quienes participan en transacciones comerciales o administrativas, y que ha de cumplir 3 requisitos fundamentales:

- 1.- El intercambio se debe realizar por medios electrónicos.
- 2.- El formato debe estar normalizado.
- 3.- La conexión ha de ser de computador a computador.

Soriano A, Faustino. “Comercio electrónico y grandes superficies”. *Derecho del Comercio Electrónico.(1ª Jornada celebrada en la Universidad Carlos III de Madrid)*. Ed. La Ley. Madrid (2001). p. 37.

³² Para López Alonso, citado por Carrasco Blanc, el EDI es un “conjunto de prácticas asociadas a la explotación de un sistema telemático particular de intercambio electrónico de datos que cubre los aspectos funcionales del servicio, técnicos, organizativos de formación, de soporte, mantenimiento, comerciales y administrativos.”

Carrasco Blanc, Humberto. *Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*. Ed. La Ley. Santiago (2000). p. 111.

función estandarizar³⁴ los mensajes³⁵ desde el punto de vista sintáctico, de tal manera que puedan viajar en paquetes sin ser alterados o corruptos y con unanimidad de interpretación.

Los primeros documentos que fueron estandarizados pertenecían al comercio y se referían a la factura, el remito, la orden de pago, entre otras. A ellos se sumó la documentación pública y en especial la administrativa, que también era objeto de intercambio electrónico y por ende, susceptible de ser llevada a parámetros de estandarización.

“Este fenómeno revolucionó el comercio y su manera de actuar, ya que una vez que se comenzaron a estandarizar los documentos públicos se percibió que no bastaba que ello ocurriese en la parte sintáctica del mensaje si el contenido en cada país era distinto. A lo anterior se sumó que, a pesar que los expertos vaticinaron, a fines de los ochenta, un alto crecimiento y universalización de esta práctica, la estandarización decayó porque sólo servía para intercambios realizados dentro de un mismo sector industrial³⁶, implicando su masificación un gran desembolso económico para los comerciantes individuales y pequeñas organizaciones”.³⁷

Fueron las tecnologías abiertas, como los medios basados en Internet, los que extendieron los beneficios del comercio electrónico a todo tipo de organizaciones y a usuarios particulares en general. En comparación con el EDI, estos medios permitían intercambiar cualquier tipo de información (textual, gráfica, de sonido o imágenes en movimiento o tridimensional) y así aumentar el número de organizaciones susceptibles de realizar EDI, derivado de los costos reducidos que ello implicaba. Tanto es así que han aparecido una serie de soluciones que encapsulan EDI en TCP/IP, lo que permite su utilización en Internet, y que reciben el nombre de EDIWeb.

“Del éxito que esta tentativa tenga, dependerá la supervivencia de EDI, o su abandono como medio de intercambio.”³⁸

³³ La expresión EDIFACT, corresponde a las normas de las Naciones Unidas para el Intercambio Electrónico de Documentos. Comprende un conjunto de reglas acordadas internacionalmente, directorios y guías para el intercambio. Estas reglas están contenidas en el documento oficial denominado Directorio de Intercambio de Datos de Comercio de las Naciones Unidas.

Jijena Leiva, Renato. op. cit. 29. pp. 34 y 35.

³⁴ Entendemos por estándar una estructura de mensajes comunes completamente válidos y consistentes, utilizados entre distintos usuarios de un mismo país y entre distintos países del mundo. Ibid.

³⁵ Mensaje es el conjunto de segmentos que se transmiten para cumplir una análoga a un documento comercial o administrativo y en el cual los elementos de datos se estructuran de acuerdo a las reglas de sintaxis establecidas a fin de optimizar su transmisión o manejo por medios electrónicos. Ibid.

³⁶ Las actividades pioneras se presentaron en los sectores de distribución, transporte, sanidad, seguros, financiera y energía.

³⁷ Amoroso Fernández, Yanira. op. cit. 30. pp. 121 y 122.

³⁸ Ibid.

1.2.3. Clasificación del comercio electrónico.

Respecto de este acápite, consideramos atender a lo propuesto por la autora española Ana del Aguila³⁹, quien entrega una serie de criterios destinados a agrupar desde distintos puntos de vista al comercio electrónico. Ellos son:

1.2.3.1. Según los agentes que intervienen en el intercambio.

a) Empresa – Empresa (Bussines to bussines).

Es cualquier intercambio que tenga lugar entre dos organizaciones⁴⁰. Este tipo de comercio electrónico proporciona nuevos canales de comunicación, intercambio, selección de información y facilita la implementación de estrategias de cooperación y, además propicia la aparición de nuevos intermediarios. Este intercambio presupone la existencia del EDI; así “se posibilita que las distintas organizaciones implicadas en la producción, comercialización y venta de un determinado producto puedan conectar sus ordenadores de modo que las transacciones comerciales, la gestión stock, la generación de provisión, etc; se manejen de forma conjunta y automáticamente.”⁴¹

La supervivencia de este sistema, a diferencia de Internet, radica en que garantiza la seguridad y continuidad en la transferencia de información, virtudes, que por definición escapan de la tutela de una red abierta.

Sin embargo, la aparición de una amplia gama de negocios han llevado a optar a los empresarios por un sistema más rápido y universal, pero vulnerable (características propias de Internet). Lo anterior, según vimos ha motivado la encapsulación del EDI al protocolo TCP/IP.

“El objetivo primordial del B2B, es la automatización de la gestión de las facturas y la eliminación de los costos asociados, llegando a duplicar o triplicar los beneficios de la mayoría de las grandes empresas. No obstante lo anterior, la dificultad en la aplicación de esta tecnología reside

³⁹ Del Aguila, Ana Rosa. *Comercio Electrónico y Estrategia Empresarial. Hacia la Economía Digital*. Ed. Alfaomega . Madrid (2001). pp. 39-42.

⁴⁰ Del Aguila estima que, dado que el comercio electrónico no sólo se refiere a relaciones comerciales, sería más correcto, a su entender, el término organización - organización.

⁴¹ Vila Sobrino, José Antonio. “Aspectos técnicos para el desarrollo de aplicaciones del Comercio Electrónico”. *Comercio Electrónico en Internet*. Ed. Marcial Pons. Madrid (2001). p.456

en que tanto proveedores como clientes de la empresa deben utilizarla, y no siempre esto resulta posible debido a la gran inversión que ello supone.”⁴²

b) Empresa – Consumidor final. (Business to Consumer).

Es el intercambio de información, bienes o servicios entre una organización y su público externo, entendiéndose por tal a clientes, clientes potenciales, empleados, accionistas etc.

“La utilización de las nuevas tecnologías admite, en teoría, un contacto directo entre fabricantes y consumidores, lo que permitiría la eliminación de intermediarios en el proceso de compra. Esto repercutiría enormemente en el precio final del producto pudiendo ofrecer precios muchos más bajos.”⁴³

Es en esta categoría donde Internet ve acunada con mayor fuerza su carácter transfronterizo y expansionista, dado el número de personas, lugares y relaciones jurídicas celebradas día a día y, en consecuencia, es aquí también donde las normas jurídicas de los estados, colisionan, se integran y se repelen simultáneamente, en pro de resolver qué estatuto jurídico aplicar a las relaciones nacidas entre proveedores y consumidores en todo el orbe.

Como veremos, “ la implementación masiva de este sistema requiere la creación de mecanismos de pago electrónico seguros, dentro de un sistema de comunicación que es inseguro, porque en él participa toda clase de sujetos que pueden interceptar la información que circula y emplearla con fines delictuales”.⁴⁴

Como se puede desprender de lo anterior, nuestro estudio se focalizará en el análisis de todas las circunstancias y relaciones derivadas de esta categoría.

Por último, y a modo de referencia parece pertinente puntualizar, que el B2B es una manifestación más del derecho mercantil en sentido estricto encontrándose imbuído plenamente en él, los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, los cuales según veremos, se restringen notoriamente en las relaciones de consumo.

⁴² Ramos S, Fernando. “La Seguridad Jurídica en el Comercio Electrónico”. II Jornadas sobre Derecho del Comercio Electrónico (y II). *Revista de la Contratación Electrónica*. Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales N° 19, Septiembre 2001. p. 112.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Sandoval López, Ricardo. op. cit 26 p. 20 y 21.

c) Empresa – Administración.

Es la relación que se produce a través de redes de telecomunicación entre una organización y la Administración pública.

d) Consumidor – Administración.

Es la relación originada entre los ciudadanos y la Administración pública a través de redes de telecomunicación para la obtención de información, el pago de impuestos, etc.

1.2.3.2.- Según el grado de complejidad de las actividades desarrolladas.

a) Actividades poco complejas.

Son aquellas que se suelen realizar a través del www, y los costos son soportados por la organización, los cuales son escasos y no asumen riesgos relativos al desconocimiento del resto de los agentes. Son actividades poco complejas, por ejemplo, la promoción de una organización o el soporte pre y post venta.

b) Actividades complejas.

Serán consideradas como tales, entre otras, la venta y distribución de productos y servicios en el ámbito nacional e internacional y pagos electrónicos, como veremos más adelante los temas en la seguridad en el pago y el de los servicios post venta, entre otros, son eminentemente actividades complejas, por cuanto involucran una serie de mecanismos y legislaciones aplicables que no son fácilmente comprensible por las partes en la relación de consumo.

1.2.3.3.- Según las características de los bienes y servicios.

a) Comercio electrónico indirecto.

Es el que consiste en el pedido electrónico de bienes tangibles, siendo la entrega realizada a través de los servicios de correo o mensajería.

b) Comercio electrónico directo.

Es aquel en que el pedido y entrega de bienes intangibles, se realiza vía on-line.

Según Carrasco Blanc “la diferencia radica que en el comercio electrónico directo la operación desde principio a fin se efectúa en forma digital, mientras que en el indirecto, sólo una parte de la operación se efectúa a través de medios digitales.”⁴⁵

1.2.3.4 Según la tecnología utilizada

a) Comercio electrónico tradicional

Es aquel en que sólo intervienen y/o empresas, utilizando redes cerradas y de propiedad de los participantes, siendo su principal ventaja que ellos son conocidos y dignos de confianza de la seguridad y diseño de la red.

b) Comercio electrónico basado en Internet

Es aquel en que sólo se utiliza Internet como plataforma tecnológica, lo que facilita un entorno económico mundial y abierto, existiendo un número ilimitado de participantes quienes pueden ser conocidos o desconocidos, por lo que se hace necesario utilizar medidas de seguridad y autenticación.⁴⁶

No nos detendremos en este punto, toda vez que examinaremos latamente este fenómeno en los capítulos siguientes.

1.3. Actores del comercio electrónico.

Numerosas piezas confluyen en la celebración y ejecución de un negocio jurídico exitoso que se perfecciona por medios electrónicos. A continuación exponemos los que nos parecen imprescindibles:

⁴⁵ Carrasco Blanc, Humberto. op. cit. 32 p. 175.

⁴⁶ La autenticación es el método de comprobación de la identidad de un usuario, típicamente a través de un nombre de usuario y password antes de dar permiso de acceso. El criterio de acceso está definido por un set individual único por usuario, almacenado en una base de datos. Al acceder, el usuario de un nombre y password y, si estos coinciden con los almacenados, el acceso es concedido, y en caso contrario, el acceso será denegado.

1.3.1. Proveedores.

Conforme lo expone Fernández Delpech⁴⁷ se distinguen dentro de esta categoría distintos tipos de proveedores, los que clasifica de la siguiente manera:

1.3.1.1. Proveedores de servicio (Internet service providers ICP).

Es la denominación común para dos tipos de sujetos que posibilitan la conexión entre el usuario y el proveedor de contenido.

Los proveedores de acceso (Internet access providers-IAP), son quienes brindan a los usuarios individuales el servicio de conexión con Internet a través de un server de gran poder conectado a la red (nodo) a fin de poder llegar así a los distintos sitios.

Por su parte, el proveedor de contenido, creador de una página o sitio requiere también los servicios de estos proveedores de acceso a fin de poder incorporar su sitio.

1.3.1.2. Proveedores de alojamiento

Son quienes brindan el servicio de alojamiento de página web en su propio servidor, así como otros servicios adicionales.

1.3.1.3. Proveedores de red (Hosting service providers)

Son quienes brindan una estructura técnica (líneas telefónicas, de cable o por antena) a fin de que el usuario se conecte a través del proveedor de acceso con la página o sitio almacenada por el proveedor de alojamiento. De esta forma se completa el circuito en que el usuario individual accede a los contenidos incorporados por el proveedor de contenidos.

Nuestra jurisprudencia si bien aún no es vasta en cuanto a sentar una dirección que nos permita saber a ciencia cierta, cual es la postura de nuestro ordenamiento jurídico frente al fenómeno tecnológico en estudio, al menos, gana en la delimitación de lo que entenderemos por actores de Internet y la responsabilidad que le cabría a cada uno de ellos.

⁴⁷ Fernández Delpech, Horacio. op. cit. 4. p. 17 y 18.

Lo anterior se desprende de lo resuelto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción en el fallo del Recurso de Protección interpuesto en contra de la Empresa Nacional de telecomunicaciones S.A, ENTEL S:A, e fecha 6 de diciembre de 1999.

Dispone la Ilma. Corte respecto de la controversia sometida a su conocimiento que: “ El proveedor de acceso permite que un determinado usuario se conecte con la red Internet, que de no existir este acceso haría imposible la comisión del ilícito y el proveedor de sitio de almacenamiento, en la medida que permite que un determinado sitio web en el que se cometen actos ilícitos permanezca almacenado en su propio servidor, que de no contar con este dispositivo técnico, haría imposible la existencia o permanencia de ese sitio web, en Internet, y el proveedor de contenido, por ser el que directamente incorpora contenidos ilícitos bajo su tuición en un determinado sitio web”.⁴⁸

Al respecto, la doctrina señala que “el proveedor de acceso es el único que puede ofrecer la identificación de los infractores. Es el único que tiene las herramientas técnicas para evitar que continúen produciéndose perjuicios a las personas agraviadas en su honra como en sus bienes...”, y en último caso, “el proveedor de acceso es definitivamente el único vínculo existente con los usuarios que cometen ilícitos.”

Asimismo se establece que compete “al proveedor de acceso y de alojamiento adoptar todas las medidas necesarias (que no signifique censura) para que en lo sucesivo el proveedor de contenido se abstenga de publicar avisos que en el país, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, sean contrarios a la ley, al Orden Público, a la moral o las buenas costumbres.”⁴⁹

1.3.2. Los portales.

Recordemos que definimos a los portales como un sinónimo de puente, referido a un sitio que sirve o pretende servir como sitio principal de partida para personas que se conectan a Internet.

Algunos portales vienen configurados de la siguiente manera:

- a.- Los que están insertos en el disco de instalación del proveedor de acceso, como por ejemplo, en www.terra.com
- b.- Los que vienen como página de inicio en los browser o navegadores, como es el caso de Microsoft Explorer.

⁴⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia y la Gaceta Jurídica de los Tribunales. Mayo N° 239 (2000) p.229.

⁴⁹ Id. p. 222.

c.- O los que deben ser seleccionados por el usuario, por ejemplo en Yahoo.com

Los portales se pueden clasificar en horizontales y verticales. Los 1º son de alcance general, se encargan de pre-clasificar temas dentro del género respectivo como noticias, deportes, compras, etc. También pueden ser sitios de interés comercial o que presten servicios de mecanismos de búsqueda. Los 2º se especializan en un tema determinado o se dedican a prestar sus servicios en un área geográfica determinada.

1.3.3. Creadores de nuevos mercados. (e-market market).

La función de estos nuevos mercados es la de ofrecer servicios relevantes, crear marcas reconocibles, crear una infraestructura funcional. Dicho de otro modo, deben promover la adopción del comercio electrónico por parte de una gran cantidad de población, teniendo en cuenta en esta tarea el interés común.

La primera oleada de comercio electrónico entre empresas estuvo dominada por las extranets que automatizaban procesos de compra-venta entre socios o proveedores, como fue el caso de General Electric, General Motors y Cisco Systems, entre otras. Sin embargo, durante 1999 se vio nacer nuevos modelos de negocios basados en la interacción de múltiples compradores y vendedores, dando lugar a lo que se conoce como “mercados virtuales o eléctricos”⁵⁰

En estos mercados virtuales encontramos reunidos verticalmente y en un solo espacio a compradores y vendedores de un determinado sector, por ejemplo, insumos farmacéuticos, metales, entre otros productos que son aptos para su migración a la nueva economía, dado el costo y tiempo que implica realizar sus transacciones habituales a través de medios tradicionales como el teléfono o el fax. En estos mercados se permite reunir todos los pasos, desde las cotizaciones de los distintos oferentes hasta concretar la compra individual o colectiva, proporcionando transparencia y mayor eficiencia sistemática.

1.3.4. Marketing personalizado. (e-marketeers).⁵¹

Internet ha resultado ser el medio de más rápido crecimiento en la historia del hombre, a partir de su introducción comercial. Limitada por la baja alfabetización, los primeros medios escritos

tardaron más de un siglo alcanzar una población de 50 millones de usuarios. La radio tardó 38 años, la televisión abierta 13, y la televisión por cable 10. A partir de la creación y difusión de la www, Internet redujo éste lapso a tan sólo 5 años.

En muchos aspectos esto representa un punto de inflexión en la era de los medios de comunicación masiva, incluyendo el modelo, hasta ahora vigente, de marketing y publicidad.

Este fenómeno se basa en las particularidades de Internet como medio y de los cibernautas como grupo sociodemográfico. Lo interactivo y la capacidad de reunir, almacenar y procesar datos provenientes de transacciones comerciales es uno de los mayores atractivos del comercio electrónico. Ello, unido al hecho de que la población de Internet corresponde a estratos socioeconómicos y culturales más aventajados, explica el creciente interés de agencias y avisadores por acercarse al fenómeno on-line.

Sin embargo, para que el potencial publicitario de Internet resulte atractivo para los avisadores de un mercado particular, deben cumplirse a lo menos 3 condiciones:

- a.- Que existan contenidos locales tales como canales de noticias y versiones on-line de medios tradicionales que retengan la atención activa del usuario.
- b.- Que se cuente con herramientas de verificación de visitas y tiempos de atención, de manera de validar las inversiones publicitarias.
- c.- Superar las aprehensiones del público en materia de privacidad de datos.

1.3.5. Proveedores de capital

En sus comienzos la infraestructura de Internet fue desarrollada por agencias estatales o por universidades. Sin embargo, actualmente el capital privado ha hecho su aparición en la forma de Fondos de Inversión y Venture Capital especializados en Internet, los cuales dieron el financiamiento inicial para los nuevos modelos de negocio empresa-consumidor y empresa-empresa. Luego de ello, también colaboraron a este negocio Wall Street y Nasdaq.

En América latina las empresas relacionadas con la nueva economía han debido recurrir al mercado estadounidense, a consecuencia de la poca liquidez de las bolsas locales, su escasa familiaridad con el fenómeno Internet y, su marcada aversión al riesgo.

⁵⁰ Mercado virtual o electrónico es aquel conjunto de productores, proveedores, intermediarios y consumidores que participan electrónica o digitalmente en la compra-venta y subastas de bienes o servicios o en la utilización de los

En Chile aún no se ha difundido el uso de estos mecanismos de financiamiento para la expansión internacional de empresas relacionadas con Internet

1.3.6. Cadena logística.

Se denomina Cadena Logística a las etapas de distribución que deben seguir los bienes para llegar al consumidor final.

Como se sabe, el área del transporte mundial, está lleno de trabas y obstáculos, lo que implica un aumento de costos y de eficiencia. Sin embargo, existe un proceso de apertura de diversas rutas mundiales, entre las cuales está Miami como centro de carga y despacho para Latinoamérica. En Europa sucede lo mismo con la ciudad de Amsterdam.

En el caso chileno, los enlaces y convenios entre empresas de transporte son una tarea por desarrollar, ya que nuestro país no es un lugar de paso, sino que constituye o el principio o el final de una larga cadena de distribución. Por ejemplo, si se celebra una compra por medios electrónicos, cuyo producto llega por avión a Santiago y enviado a una determinada dirección en provincia, se necesitan varios enlaces que lo lleven desde el origen, o sea, la bodega del proveedor, hasta su destino final. Del Aeropuerto de Santiago es transportado a un centro de distribución interurbano, donde se consolidará junto a otros envíos provenientes de otras partes del mundo. Allí, ocurre un nuevo traspaso de cargo y documentos desde el centro de recepción hasta el destinatario final, que será la bodega o el domicilio del receptor.

Toda esta cadena logística puede alcanzar altos niveles de complejidad y debe estar dotada de sistemas que ordenen, canalicen y validen la documentación comercial y aduanera, que permitan rastrear la carga a través de todas sus etapas. Es en este punto donde, según el Informe sobre Comercio Electrónico y Desarrollo 2001, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo⁵², los servicios logísticos tienen como principal carencia *la falta de integración general* entre los diversos sistemas utilizados para el desarrollo de las distintas funciones que estos servicios implican, carencias que se puntualizan entre otras en:

a.- La existencia de numerosos y variados requisitos en lo que se refiere a los documentos que han de expedir las autoridades, documentos comerciales y documentos de transporte.

mismos, así como en la recopilación de información de éstos, para tomar alguna decisión de compra-venta.

⁵¹ Cámara de Comercio de Santiago. *La Economía Digital en Chile*. (2000) pp.31-47.

b.- La falta de armonización de los procedimientos aduaneros y los sistemas de clasificación arancelaria.

c.- La falta de transparencia de muchos reglamentos, que impiden prever con exactitud los costos y las fechas de entrega.

d.- Las carencias de infraestructura físicas y recursos humanos de las administraciones de aduanas, y falta de cooperación entre las administraciones de diferentes países.

e.- La corrupción imperante entre los funcionarios de aduana de muchos países conlleva también demoras, costos elevados y distorsión de la información comercial.

Así, para aumentar la eficiencia de esta cadena, propone establecer condiciones comerciales que permitan obtener información suficiente sobre la descripción de los productos y su procedencia y destino, para que tanto los vendedores y compradores puedan conocer la ubicación y el estado de los productos en cada momento, desde su expedición hasta su entrega, lo cual puede lograrse mediante la simplificación, automatización y plena armonización de la información comercial en todos los países y la eliminación de las reglamentaciones y prácticas restrictivas aplicadas por los gobiernos a las actividades de exportación e importación⁵³

1.4. Ventajas y desventajas del comercio electrónico.

1.4.1. Ventajas.

El comercio electrónico, como manifestación moderna donde se efectúan transacciones de bienes y servicios, ha eliminado el tiempo y el espacio que en forma tradicional separan al comprador y al vendedor, toda vez que este último en cualquier momento del día puede ingresar desde su computador a la red y navegar en diversas páginas web que ofertan bienes y servicios,

⁵² Informe sobre Comercio Electrónico y Desarrollo 2001, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, pp. 54 y 55.

⁵³ Las soluciones particulares que plantea, entre otras son:

-) Aprovechar las grandes posibilidades que ofrece Internet para reunir, transferir y supervisar información comercial en forma abierta por redes globales de cadenas de suministro.

-) Automatizar los procedimientos comerciales, y en particular, los sistemas de declaración en aduana con el fin de facilitar el intercambio de información entre administraciones aduaneras y sentar así las bases para eliminar los requisitos innecesarios y sustituirlos por transacciones internacionales plenamente integradas.

-) Fomentar una mayor transparencia de los procedimientos de tramitación del comercio y adoptar medidas para reducir la corrupción y otras prácticas indebidas que lastran el funcionamiento de las administraciones aduaneras.

-) Ofrecer a los países en desarrollo programas de cooperación técnica para promover los servicios logísticos necesarios para el comercio electrónico, como los relacionados con la administración de aduanas, el transporte, las terminales de carga y servicios conexos, así como para la automatización de la información comercial.

siendo dicho ofrecimiento simultáneo al “click” que haga en el mouse, no requiriendo estarse al horario prefijado del comercio tradicional.

Es por ello que el comercio electrónico ha tenido gran éxito. El autor Paz- Ares⁵⁴, resume lo anterior en dos razones: “En primer lugar éste es accesible desde todo el mundo con lo cual se globaliza el mercado en el último nivel; y en segundo lugar, se precisa de una tecnología cada vez más barata para su desarrollo, por lo que se reduce los costes de la contratación por esta vía”. Para ilustrar sus afirmaciones enumera seis ventajas de que gozaría la compra electrónica frente a la compra tradicional:

“La primera, el comercio electrónico ofrece una amplia variedad de productos y servicios: los consumidores que viven en pequeñas poblaciones tendrán el mismo escaparate que los habitantes de una gran ciudad”. Frente a este aspecto podemos destacar la igualdad de trato a los clientes independientemente de sus características individuales, de su nacionalidad, lugar de residencia, etc, como también la posibilidad de las pequeñas y medianas empresas de acceder a mercados que de otra manera tendrían vetados por su elevado costo, ampliando de forma considerable su mercado potencial.

“La segunda ventaja, es la flexibilidad de horarios: Las tiendas electrónicas está abiertas las 24 horas del día, 365 días al año”.

“La tercera, la obtención rápida y completa de la información necesaria para decidir la compra”. Con ella se pretende que los intermediarios (lo que en las tiendas tradicionales se traduce en un dependiente del proveedor), desaparezcan, haciendo de la relación de consumo un vínculo más directo, barato y rápido, disminuyendo, a su vez, el ciclo de producción de la mercadería ofrecida.

“La cuarta, la eliminación de los desplazamientos”. Lo anterior se traduce en el hecho de que el consumidor no necesitará invertir en locomoción o bencina para su desplazamiento al comercio, sino que sólo requerirá dirigirse a su computador ubicado dentro de su casa u oficina ahorrando tiempo y dinero.

“La quinta, la libertad y anonimato para visitar la tienda”. Respecto a lo último, no compartimos la opinión dada por este autor, por cuanto sabemos que los spam y las cookies son manifestaciones

⁵⁴ Paz- Ares, Cándido. “El Comercio Electrónico (Una breve reflexión de política legislativa)”. *Derecho de Internet*. Ed. Aranzadi. Pamplona (2000). pp. 85 y 86.

claras de que la “no identidad en Internet” sea una utopía, salvo que el consumidor tome ciertos resguardos o el proveedor se obligue a respetar la intimidad del usuario.

“Sexto: El precio rebajado”. Evidentemente esta ventaja impulsa a los consumidores a contratar por medios telemáticos. La reducción ciertos elementos del ciclo productivo., se refleja necesariamente en los bolsillos de los usuarios, quienes deberán soportar en menor medida los costes de producción y distribución de bienes y servicios.

En especial, respecto a los proveedores, De Rosselló Moreno⁵⁵ puntualiza las ventajas que para la empresa irrogaría las relaciones jurídicas efectuadas por medios electrónicos; señalando entre otras que:

- a.- Incrementa la eficiencia de las actividades de cada empresa, agilizándose tanto la gestión de pedidos como el aprovisionamiento y permitiendo el establecimiento de formas más dinámicas de cooperación entre empresas.
- b.- Posibilita la realización de la publicidad directa de los bienes y servicios a través de la página web disminuyendo costos y accediendo de forma directa y en tiempo real a los gustos de los consumidores. La página web es considerada como una recopilación de texto, imágenes, gráficos y enlaces de hipertexto configurados mediante instrucciones denominadas etiquetas.

Simultáneamente, el Centro de Comercio Internacional UNCTAD/WTO, señala que entre otros, el comercio electrónico brinda las oportunidades de:⁵⁶

- a.- Promover productos y servicios
- b.- Anunciar en más mercados con menores gastos
- c.- Presentar cotizaciones en línea.
- d.- Usar el correo electrónico como herramienta de mercadotecnia.⁵⁷
- e.- Ofrecer documentación virtual.
- f.- Realizar investigaciones en el extranjero.

⁵⁵ De Rosselló Moreno, Rocío. op cit. 19. pp. 17 y 18.

⁵⁶ Centro de Comercio Internacional UNCTAD/WTO *Secretos del Comercio Internacional. Guía para pequeños y medianos exportadores.* (2000) p.31.

⁵⁷ La mercadotecnia consiste en identificar las necesidades del consumidor para producir bienes y servicios que las satisfagan y así obtener una utilidad.

Este concepto incluye:

- 1.- Concentrarse en los deseos del cliente para que la empresa pueda distinguir su (s) producto(s) de los que ofrecen los competidores.
- 2.- Integrar todas las actividades de la empresa, incluida la producción, para satisfacer esos deseos.
- 3.- Fijar metas de largo plazo para la empresa y alcanzarlas al satisfacer los deseos y necesidades del cliente de manera legal y responsable.

Gitman – Mc Daniel. *El Futuro de los Negocios.* Ed. Del Milenio. 2001. p. 342.

1.4.2. Desventajas.

Si bien, la reducción de costos transaccionales beneficia directamente al consumidor o usuario, contrasta con los llamados costos de cumplimiento o “enforcement”, tales como: la seguridad en los pagos, la recepción puntual de la mercadería, la entrega en buen estado de la misma entre otras.

Unido a lo anterior, debemos consignar el temor fundado de no tener certeza de haber concretado efectivamente una relación jurídica contractual con el proveedor en la red, cuestión que hasta el momento sólo se ve soslayada por prácticas fundamentadas en la reputabilidad de los titulares de los web site, así los consumidores optan por depositar su confianza en empresas que, de público conocimiento, aseguren la efectividad en el cumplimiento de las obligaciones contraídas.⁵⁸

Complemente lo anterior el riesgo de una indebida utilización de la información privada entregada por los contratantes, ya sea por los propios ISP, o por los servidores que contienen y almacenan el flujo de información expedida por los contratantes.

A mayor abundamiento señalaremos que, existen problemas de actualización en los “en los sistemas de pago electrónico” en los cuales “los clientes deben registrar información personal y datos de tarjetas de créditos en cada tienda en línea”.⁵⁹

Respecto del consumidor, De Rosselló Moreno, plantea como desventajas⁶⁰:

- a.- La imposibilidad de examinar, tocar y en su caso, probar los productos antes de adquiridos, unida a la pérdida del componente lúcido de la actividad comercial.
- b.- La legislación aplicable y la jurisdicción competente a la hora de resolver los posibles conflictos que se planteen, lo que comporta la necesidad de armonización de las legislaciones existentes.

1.5. Los principios del comercio electrónico.

El comercio electrónico comparte evidentemente, características y funcionalidades equivalentes al comercio tradicional; lo esencial se mantiene incorrupto; no obstante, la nueva forma de

⁵⁸ “Un buen ejemplo del valor de la reputación como instrumento que genera certeza en las transacciones nos lo proporcionan las llamadas plataformas virtuales de opiniones (v. gr., las empresas alemanas “dooyoo.com” y “ciao.com”). Estas crean un foro virtual en que los usuarios pueden evaluar libremente hasta 24.000 productos diferentes que se pueden adquirir en la red y dar también, su opinión sobre las tiendas virtuales que los suministran. De esta forma se genera información relevante que sirve de referencia a los usuarios a la hora de realizar sus compras en Internet” Información extraída del artículo “ Palabra de consumidor”, publicado en la sección Negocios, del diario español El País, del domingo 4 de junio del año 2000.

⁵⁹ Gitman – Mc Daniel. op. cit. 57 p. 509.

⁶⁰ De Roselló Moreno, Rocío. op.cit. 19. p 20.

contratación reviste nuevas particularidades que presupone la existencia de operadores jurídicos que están presentes en un lugar y tiempo determinado; el e-bussines, se caracteriza por intercambios entre personas ausentes, que no se conocen y que probablemente nunca se conocerán. A lo anterior se suma la aterritorialidad del medio en donde circula la información transfronteriza. Es por ello que esta modalidad de comercio goza de principios que le son propios y otros que comparten con el tradicional. Nosotros enunciaremos los que a nuestro entender parecen más significativos:

1.5.1. Principio de la equivalencia funcional.

Según el autor español Jesús Ignacio Fernández Domingo, consiste en “ la función jurídica que cumple en toda su extensión la instrumentación escrita y autógrafa, a la que se realice a través de instrumentación electrónica por mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y final del acto así instrumentado”.⁶¹

Dicho principio implica adaptar a los mensajes de datos electrónicos⁶², una pauta de no-discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, verbales o gestuales efectuadas por un sujeto.

La primera aparición de este fundamento la encontramos en el artículo 11.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, de 1995, al establecer que : “ La promesa podrá disponer, o el garante/emisor y el beneficiario podrán convenir en otra parte, que la devolución al garante emisor del documento que contenga la promesa, *o algún trámite funcionalmente equivalente a esa devolución*, de haberse emitido la promesa en forma que no sea sobre papel, será necesaria para la extinción del derecho a reclamar el pago...”.

Un año después la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico, adoptó este criterio pero de manera flexible, es decir, sin pretender definir en forma absoluta la equivalencia, pues no todo mensaje de datos es necesariamente similar a un documento de papel. Lo que se propuso esta Ley Modelo fue determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación de papel, con el objeto de acuñar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos,

⁶¹ Fernández Domingo, Jesús. “Algunas notas acerca de la Contratación y el Comercio Electrónico” *Contratación y Comercio Electrónico*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia (2003) p. 247.

⁶² La ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico, en su artículo 2º, entiende por mensaje de datos a la información generada, enviada, recibida o

permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función.

Posteriormente, a propósito del auge y expansión del comercio electrónico, ordenamientos de diversos países del mundo lo han sancionado. Citamos por ejemplo a las siguientes:

1. Ley sobre Acceso y Uso de los Mensajes de Datos del Comercio Electrónico y Firmas Digitales, de Colombia, de 1999.⁶³
2. Real Decreto Ley 14/1999 sobre Firma Electrónica, de España.⁶⁴
3. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.⁶⁵
4. Código Civil francés, que fue modificado el 13 de junio de 2000, por la ley de del 29 de Enero del mismo año, a propósito de la adaptación del derecho probatorio a las tecnologías de la información y a la firma electrónica.⁶⁶
5. Ley de Firmas Electrónicas en el Comercio Global y Nacional, de Estados Unidos.⁶⁷
6. El Decreto 427/98 que estableció el empleo de la firma digital en la instrumentación de los actos internos del sector público y la creación de la Infraestructura de Firma Digital para la Administración Pública Nacional, IFDAPN, de Argentina.⁶⁸
7. Ley N° 19.799, sobre Documentos electrónicos, Firma digital y Servicios de certificación, de nuestro país, que en su artículo 3° consagra este principio al establecer que “Los actos y contratos

archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónicos de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

⁶³ Artículo 5° de esta ley establece que: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”.

⁶⁴ Artículo 3° N° 1 del Real Decreto Ley, establece que: “La firma electrónica avanzada, siempre que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma electrónica, tendrá el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta, según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales”.

⁶⁵ En la sección 3, de este cuerpo normativo, denominada Contratos por vía electrónica, en el artículo 9, sobre tratamiento de los contratos por vía electrónica, dice: 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”.

⁶⁶ El artículo 3° del Código Civil francés establece que : “ El escrito sobre soporte electrónico tiene la misma fuerza probatoria que el escrito sobre soporte de papel”

⁶⁷ Dentro del Principio General de Validez, de esta ley, se establece que: “EN GENERAL. No obstante cualquier estatuto, regulación u otra norma legal, con referencia a este título y al título II), con referencia a cualquier transacción o que afecte al comercio interestatal o extranjero.

(1) no se puede negar efecto legal, validez o aplicabilidad a una firma, contrato u otro documento relacionado con una transacción sólo a causa de su formato electrónico; y

(2) no se puede negar efecto legal, validez o aplicabilidad sólo porque se haya utilizado una firma electrónica o un documento electrónico en la realización de una transacción”.

⁶⁸ Una de las principales características del IFDAPN, es que otorga a la firma digital los mismos efectos que la firma hológrafa, siempre que se hayan cumplido los recaudos establecidos en el régimen del decreto mencionado.

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, que los casos en que la ley exija que los mismos consten en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito”.

Expuestas algunas legislaciones que recogen este principio, podemos concluir que el valor y extensión que se le da a un instrumento otorgado en forma manuscrita, debe ser igual al que se emite en forma digital, ya que cumpliría con la misma función jurídica.

1.5.2. Principio de la neutralidad tecnológica.

En atención a la velocidad y multiplicidad de cambios en la tecnología actual, pareciera racional que no debe preconizarse ni exigirse el empleo de una en particular, de manera que si el progreso da vida a nuevos sistemas tecnológicos, sus reglas puedan ser aplicadas adecuadamente, no obstante dichos cambios.

Concuera Illescas Ortiz, al decir que: “Las normas del C-E (comercio electrónico) y sus contratos han de resultar aplicables al C-E y no a una concreta tecnología de entre las disponibles en el mercado para la práctica de los intercambios comerciales a través de soporte eléctrico. Aplicables además, no sólo a las tecnologías actuales sino también a las futuras: tanto, así pues, a las que se apoyan en el uso de cable como a las que prescinden de él, tanto a las que emulan al documento escrito cuanto a las biométricas por citar las más conocidas”.⁶⁹

A su turno, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, afirma que en principio no se debe excluir ningún tipo o clase de tecnología de su ámbito de aplicación, debiendo recoger toda eventual innovación que en dicho campo ocurra.⁷⁰

En nuestro país, la Ley N° 19.799 ya mencionada anteriormente, en su artículo 1° inc 2° establece que: “Las actividades reguladas por esta ley, se someterán a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, *neutralidad tecnológica*, compatibilidad internacional y equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel”.

⁶⁹ Illescas Ortiz, Rafael. *Derecho de la Contratación Electrónica*. Ed. Civitas. Madrid (2001) p. 51.

⁷⁰ A pesar de la consagración de este principio, hay legislaciones de países que se inclinan por la aceptación de una tecnología determinada, como por ejemplo, dentro de EE.UU, hay Estados como Minnesota, Uta y Washington, que prefieren la firma digital basada en la doble encriptación y la certificación de un tercero.(Dichos temas serán analizados en un capítulo posterior).

Al respecto el profesor Sandoval López manifiesta que “debido al constante progreso científico y tecnológico, están surgiendo otros sistemas que pueden superar la eficacia, fiabilidad y seguridad”... “los esfuerzos legislativos no pueden circunscribirse a las firmas digitales, sino que deben comprender la más amplia gama posible de tecnologías presentes y futuras”.⁷¹

Concluimos que la importancia de este principio radica en que, las normas que regulan el comercio electrónico, no sólo deben abarcar las tecnologías existentes al momento de que éstas entren en vigencia, sino que también deben formularse para englobar todas aquellas que posiblemente puedan utilizarse en el futuro. Sólo así, a nuestro entender, se le dará eficiencia y eficacia jurídica al fenómeno del comercio electrónico.

1.5.3. Principio de la inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados.

Según Illescas Ortiz: “En virtud de este principio se pretende que las reglas introducidas para disciplinar al C-E (comercio electrónico) no impliquen una modificación sustancial del derecho existente de obligaciones y contratos –nacionales e internacionales- en el momento en que la articulación jurídica de la electrónicas como instrumento de transacciones comerciales tiene lugar”.⁷²

Sabemos que el comercio electrónico, es solo una modalidad de hacer comercio, por lo que todas las estructuras de un acto o contrato ejecutado o celebrado por medios electrónicos, no sufren ningún tipo de alteración, toda vez que lo novedoso en esta materia, es el soporte mediante el cual se lleva a cabo la contratación. Así, por ejemplo, en materia propia de los consumidores, toda la regulación sustantiva de tutela de los mismos, permanece incólume, no obstante, haber celebrado el contrato de consumo por medios telemáticos. Lo que sí debe alterarse y, por ende regularse, serán las aristas o particularidades, que las nuevas tecnologías utilizadas en la relación contractual poseen, debiendo compatibilizarse con esta realidad las normas ya existentes en las respectivas legislaciones.

1.5.4. Principio de la buena fe.

Principio ordenador y transversal de nuestra normativa civil y mercantil, la buena fe se hace de nuevas fuerzas para hacer plausibles las relaciones contractuales efectuadas por medios electrónicos.

⁷¹ Sandoval López, Ricardo. op. cit. 26 p. 52.

⁷² Illescas Ortiz, Rafael. op. cit. 69 p. 46.

La aterritorialidad., la transfronterización de Internet, la concurrencia, en definitiva, de voluntades de personas ausentes y a menudo muy distantes, exigen una potenciación de este principio, más aún en relaciones jurídicas específicas, como las de consumo.⁷³

Esta potenciación queda plasmada en todo el Iter Contractual, desde las tratativas preliminares, la celebración y ejecución del contrato, como así mismo en la etapa post contractual.⁷⁴

En efecto, las características propias del comercio electrónico obligan a los contratantes a actuar de una manera correcta y leal más organizada. Piénsese por ejemplo, en la obligación de informar que carga el proveedor, para “recrear” en el pensamiento del consumidor, el conjunto de elementos y características esenciales del bien o servicio ofrecido, obligándose de tal forma, a “hablar claro, absteniéndose de afirmaciones inexactas o falsas, como igualmente de un silencio o reticencia que pueda conducir a una equivocada representación de los elementos subjetivos u objetivos del contrato que se vislumbra.”⁷⁵ ; o también, en las obligaciones post contractuales, en donde basados en la buena fe y en conjunto o a falta de norma específica, los proveedores se encuentran imposibilitados de manejar, sin consentimiento de su contraparte, los datos personales que éstos deban entregar para perfeccionar el contrato por medios telemáticos.

Como ya es sabido, nuestro Ordenamiento Jurídico prescribe que los contratos deben ejecutarse de buena fe. Tal directiva consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, no hace sino más que obligar conforme a estándares, o parámetros establecidos y socialmente exigibles “exclusivamente en base a la equidad, a los usos y, en general, como habría dicho Savigny, al espíritu del pueblo o al modelo del hombre razonable”.⁷⁶

Parafraseando a Savigny, la extrapolación de este principio alcanza, en el nuevo escenario del comercio electrónico, al “espíritu de *los pueblos*”, lo que obligará de aquí en adelante, a que las legislaciones de todos los Estados propendan a la armonización y homogeneidad de este principio respecto de las conductas o estándares exigidos a los contratantes.

⁷³ Como reseña el profesor Sandoval López “en general todas las leyes modelo y Convenciones internacionales que se han elaborado en el contexto del Derecho Uniforme del Comercio Internacional, por entidades como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI/ UNCITRAL), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, (UNIDROIT), y la Cámara Internacional de Comercio (ICC), establecen un precepto para reiterar la vigencia de la buena fe en el comercio internacional.” Sandoval López, Ricardo. op. cit. 26 p. 53.

⁷⁴ Reafirma esta idea lo expuesto por el autor Jesús Ignacio Fernández Domingo, quien expresa que la buena fe se configura “como postulado de rotunda afirmación en un medio contractual que, por su reciente aparición y complejidad técnica, resulta especialmente difícil y no muy digno de confianza para muchos operadores, tanto nacionales como internacionales.”.

Fernández Domingo, Jesús Ignacio. op. cit. 61 pp. 248 y 249.

⁷⁵ López Santa María, Jorge. *Los Contratos. Parte General*. Ed Jurídica de Chile. Santiago. Tomo II. 3ª edición (2001) p.399.

Así, veremos más adelante, cómo este principio inunda a gran parte de las instituciones y relaciones efectuadas por medios electrónicos, validando su eficacia y consagración efectiva.

Como bien resume y concluye el profesor López Santa María “el principio de la buena fe, entendido con la amplitud que a él pertenece, y aplicado efectivamente por los tribunales, representa un instrumento morigerador de la autonomía de la voluntad en materia contractual, ya que permite, cuando corresponda, apartarse del tenor literal del contrato, ora ampliando ora restringiéndolo, en virtud de las circunstancias propias al caso que los Tribunales son llamados a ponderar. La buena fe objetiva, permite equilibrar el respeto debido a la palabra empeñada (la fuerza obligatoria del contrato), con los requerimientos de la justicia máximo desiderátum del Derecho.”⁷⁷

1.5.5. El principio de la libertad contractual.

Éste es una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad. Así, las partes son libres para celebrar el tipo de relaciones contractuales que estimen convenientes, de elegir a la contraparte y de determinar con entera libertad el contenido del negocio.

Para Illescas Ortiz, la libertad contractual “es una manifestación de la inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones privadas con ocasión de su aplicación por vía electrónica, por cuanto dentro del ordenamiento jurídico se vela porque las partes, dentro de ciertos límites, puedan tener la libertad de contratar”.⁷⁸

Su máxima expresión global la encontramos en el artículo 1.1 de los Principios de UNIDROIT para los contratos del Comercio Internacional, al establecer que: “Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido”. Lo dicho, a nuestro entender, no puede excluirse del ámbito de la contratación electrónica, dado que el soporte electrónico no elimina la libertad de pacto más o menos, según sea el caso, de lo que pudiera ampliarse o restringirse en la contratación verbal o manuscrita.

Así también lo entiende la Ley Modelo de la CNUDMI, sobre Comercio Electrónico, que en su artículo 4.1, plantea que: “Salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre las partes que generan, envían, reciben, archivan o procesan de alguna otra forma un mensaje de datos, las disposiciones del Capítulo III podrán ser modificadas mediante acuerdo”.

⁷⁶ Id., p. 401.

⁷⁷ Id., p. 407.

Según lo habíamos reseñado con anterioridad, este principio encuentra profundo arraigo en la contratación electrónica entre empresas, toda vez que la equivalencia de información que poseen las partes, les permite actuar en la vida del derecho con igualdad de “poderes”. Los ordenamientos jurídicos recogen esta simetría de las mismas, y se limitan en consecuencia a otorgar el marco jurídico propicio para que ellas elijan: contratar, con quién contratar y determinar con entera libertad el contenido del negocio jurídico.

Sin embargo, en la relación negocial entre proveedores y consumidores finales, la libertad contractual ve atemperada su fuerza. Los ordenamientos jurídicos, basados en la propensión del bien común, y acorde con éste, en el potenciamiento de la función social de sus Estados, tutelan al contratante menos informado y capacitado, a fin de que la asimetría contractual se equilibre, obteniendo en definitiva, que ésta sea más equitativa.

Muestra de lo anterior se refleja en el reconocimiento de organizaciones internacionales que velan por la defensa de los derechos de los consumidores. Destacan, por ejemplo, la Comisión de las Naciones Unidas, para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el Parlamento Europeo, en tanto gestor de vasta legislación en materia de consumo y, por otra parte, las organizaciones no gubernamentales de defensa de los consumidores, como el Consumers International, para América Latina y El Caribe, entre otras.

⁷⁸ Illescas Ortiz, Rafael. op. cit. 69 p. 56.

Capítulo II: La Información en la Ley de Protección del Consumidor y su influencia en el Comercio Electrónico.

2.1 Evolución.

En nuestro país, la génesis de una LPC no fue pacífica. En las sesiones del poder legislativo, tanto en comisión como en sala, el punto diametral de discusión se estructuraba en torno al grado y elementos que deberían concurrir para una efectiva protección de los consumidores. Se planteó en ambas cámaras el rol que jugaría una normativa protectora de los mismos en nuestra economía social de mercado, y el papel del Estado como ente subsidiario en el funcionamiento de la libre actuación de los agentes económicos en nuestra sociedad^{79- 80- 81}

Para garantizar el libre juego de los mismos, pero en condiciones de igualdad, se enfrentaron dos sectores; uno, marcadamente “proteccionista del consumidor”, el cual establecía la necesidad de legislar urgente y de plasmar un texto legal tutelar⁸²; y otro que abogaba por la idea de que el exceso de normas proteccionistas a favor de éstos serían atentatorias con las normas de la libre competencia. En efecto, dentro de las instituciones y organismos consultados por la cámara alta, se resumía en algunos de ellos el pensamiento recién esbozado. El Instituto Libertad representado por

⁷⁹ Las principales discusiones en atención al rol estatal en la economía y su impacto en la Protección de los Consumidores se acunaban en el Principio de Subsidiariedad del Estado, consagrado en nuestra carta fundamental en el artículo 1º inciso 3 de la misma, el cual prescribe que “el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza su adecuada autonomía”

⁸⁰ En los contratos de consumo “la imposición unilateral del contenido del contrato, sin duda violenta profundamente los principios de la contratación tradicional, reclamando una reacción inmediata de parte del legislador; este debe asegurar que las partes en esta clase de contratos- que llamaremos de consumo- puedan seguir ocupándose de lo que les interesa, esto es la satisfacción ulterior de una necesidad, aquí más fácil de apreciar. Esta reacción se manifiesta en que el legislador regula los contenidos esenciales del contrato por medio de normas de orden público, imperativas e indisponibles para las partes, regulando los requisitos de forma que deben observarse según lo exige la ley.”

Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo. “Contratación y consumo. El contrato de consumo en la ley N° 19.496 sobre Protección a los Derechos de los Consumidores”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXI*. Valparaíso (2000). pp. 229 y 230.

⁸¹ El autor argentino Gabriel Stiglitz apoya ampliamente la función gubernamental destinada a la protección de los derechos de los consumidores, reflejando con esto el criterio mayoritario en doctrina, que establece la función Social del Estado en la protección de los consumidores: Corresponde (dice Stiglitz) a los gobiernos formular, fortalecer o mantener una política enérgica de protección al consumidor...”. Prosigue: “al hacerlo cada gobierno debe establecer sus propias prioridades para la protección de los consumidores, según las circunstancias económicas y sociales del país y las necesidades de su población y teniendo presentes los costos y los beneficios que entrañan las medidas que se propongan. Stiglitz, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor*. Ed Delpalma. Buenos Aires (1986) pp.110 y 111.

⁸² A modo de ejemplo el diputado Señor Latorre en una de sus intervenciones en sala, subrayaba la protección que debía dársele al consumidor, considerando que “respecto de este cuerpo legal (en proyecto) tiende a establecer normas que garanticen las necesidades de información...” y agregaba que “en el marco de una economía social de mercado, era fundamental la existencia de mercados verdaderamente competitivos. Sin embargo, en este ámbito se produce lo que se ha denominado la asimetría en información entre proveedores y consumidores, en la medida en que unos y otros no

doña María Luisa Brahm Barril, al informar sobre el proyecto de ley en estudio, reseñaba que “los mecanismos para proteger los derechos de los consumidores varían en las diferentes legislaciones, los que van desde aquellas directamente intervencionistas hasta aquellas que las entregan al libre juego de la oferta y la demanda.”⁸³

Agregando que a favor de los consumidores en nuestro país existían ya mecanismos legales para la protección de los mismos, entre los cuales destacaban:

- a) La Ley 18.823 de defensa del Consumidor.
- b) La legislación antimonopolio.
- c) Las normas relativas al Servicio Nacional del Consumidor (ex Dirinco)
- d) Las Normas contenidas en el Código Sanitario y en la reglamentación que la complementa y
- e) Las normas relativas a la rotulación de alimentos envasados.

Añadía además, que “aquellos que se levantan en defensa de los consumidores pueden terminar destruyendo los mecanismos que defienden: la libre elección y la libre competencia”; y concluía que “en una economía social de mercado se debía reconocer la capacidad de los agentes económicos para actuar sin limitaciones”⁸⁴.

El sector contrario a una reglamentación específica de los consumidores pretendía “proteger”, avalando una “supuesta incapacidad del consumidor para adoptar libremente sus decisiones frente a alternativas que le ofrezca el mercado y a la presencia de imperfecciones de éste.

Esta segunda postura interpretaba de distinta forma el rol subsidiario del Estado, según ellos, el término empleado por nuestra carta fundamental en el artículo. 1 inciso 3 “sus propios fines específicos”, “inhabilitaba al legislador a determinar por ley, arrogarse la representación de los miembros que integran por su propia voluntad un cuerpo intermedio.

Así expuestas ambas posturas, cabe puntualizar que la tesis triunfante (que permitió en definitiva desarrollar nuestra actual legislación) es aquella que abogó por la doctrina del desequilibrio entre consumidores y proveedores, que justificarían normas no solo para la protección de los primeros, sino además, permitirían siempre garantizar una sana y libre competencia.

tienen la misma información respecto de las características del mercado que lo relaciona, constituyéndose este hecho en una de las principales trabas para el funcionamiento efectivo de un mercado competitivo”⁸².
Diario de Sesiones del Senado. Sesión 45.

⁸³ Diario de Sesiones del Senado. Sesión 45.

⁸⁴ Id. p.4.812.

Lo anterior no es sino el reflejo integral del espíritu del sector mayoritario de dicha cámara que no hace más que descubrir el velo y mostrarnos a la sociedad la realidad acerca del proveedor, quien normalmente tiene un acceso a una información de calidad, precio y costo o forma de pago que puede tener un bien o servicio, que es muy superior a lo que en forma habitual posee consumidor.

De la amplia discusión antes expuesta, quedó plasmada en nuestra legislación uno de los elementos, por no decir el más importante de ellos, que compone esta nueva idea fundamentadora de la protección al consumidor: *la información*⁸⁵, como pilar fundamental e inspirador de todo el cuerpo normativo. Esta idea no es innovación, sino una simple recepción de lo que ya numerosas legislaciones comparadas establecían desde ya hace un tiempo en sus ordenamientos jurídicos. Por ejemplo en Argentina, como lo expone María Becerra “el derecho a la información es uno de los más importantes mecanismos de defensa en la relación de consumo: En este sentido en nuestro país también se ha positivizado en la Constitución Nacional el derecho a una información adecuada, como derivado obligatorio de la protección de usuarios y consumidores.”

Dado que la naturaleza del comportamiento económico produce por sí un desequilibrio de “poderes” entre proveedores y consumidores, o al decir del autor Enrique Aimone⁸⁶ una “asimetría de las partes”, la información se transformó en uno de los mecanismos necesarios para soslayar esta desigualdad.

Ordenamientos Jurídicos más desarrollados que el nuestro han consagrado la información como principio ordenador de su normativa. España por ejemplo, la eleva a rango constitucional, disponiendo en el artículo. 51 de su Carta Fundamental, en el segundo apartado que: “*Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, someterán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca*”. “Es por ello que en resguardo de este cauce constitucional y para que se pueda defender adecuadamente, el consumidor necesita conocer el contenido de las ofertas y las

⁸⁵ En este mismo sentido opina la autora española Gema Botana García, al decir que “la información a los consumidores es esencial. Es el mejor medio de prevención de los inconvenientes que pueden aparecer en las operaciones en que intervinieren profesionales y consumidores. Sin embargo, a pesar que estos últimos deben informarse primero, la información no es siempre fácil de encontrar en el momento que se tiene necesidad, además de requerir tiempo. Por otra parte, hoy debe ser tenido en cuenta la variedad y complejidad de los productos y servicios que se ofrecen, lo que hace muy difícil que el consumidor pueda acceder a todas las informaciones necesarias por sí solo. Por ello, en las últimas décadas el derecho a la información se ha convertido en un derecho fundamental reconocido a los consumidores. La finalidad de este derecho es facilitar que el consumidor preste su consentimiento contractual claro y reflexivo, al decidir habiendo conocido exactamente el alcance de sus derechos y obligaciones”. Botana García, Gema. *Derecho del Comercio Electrónico*. Colección Biblioteca de Derecho de los Negocios. Ed. La Ley. Madrid (2001). p. 327.

⁸⁶ Aimone, Gibson. Enrique. *Derecho de Protección del Consumidor*. Ed. Jurídica Consultada. Santiago (1997) p.3.

características del producto, así como también los derechos que le asisten en caso de incumplimiento”.⁸⁷

Argentina, la recoge igualmente con rango constitucional. El artículo 42 de la Carta Fundamental de nuestro país vecino, establece como garantía explícita que “*los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo... a una información adecuada y veraz*”.⁸⁸

Otros cuerpos normativos Latinoamericanos, plasman a este elemento pero con jerarquía legal. Brasil, por ejemplo, en el Capítulo III de la ley N° 8.078 del año 1990 que dispone sobre la protección del consumidor y sobre otras providencias, establece en su artículo 6 y siguientes los derechos básicos del consumidor y entre ellos “la información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, como la especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, y también los riesgos que conlleven.”

Colombia, a su vez dedica el título III de su normativa sobre protección de los consumidores a la “Educación, Información y publicidad”.

Venezuela, por su parte, en el capítulo 2 de la ley de Protección del Consumidor y el Usuario” establece en su artículo 6 N° 2 como Derechos de Consumidores y Usuarios “la información adecuada sobre los diferentes bienes y servicios, con especificaciones de cantidad, peso, características, composición, calidad y precios, que les permita elegir conforme a sus deberes y necesidades”.

El derecho comunitario europeo y sus respectivas transposiciones en las legislaciones de los estados miembros, constituyen de lo más avanzado en el campo de protección del consumidor en el Comercio Electrónico. Toda esta normativa descansa en la subordinación a los Tratados de París de 1951, Roma de 1957, Maaschtricht de 1992 y Amsterdam de 1997⁸⁹.

⁸⁷ Rubido de la Torre, Carlos. *Derecho del Consumo*. Ed. Revista General de Derecho. Valencia (2000) p. 43.

⁸⁸ El autor argentino López Cabana, explica que la Convención Constituyente (para la redacción de una nueva Constitución) atendió al reclamo formulado en el II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional de Defensa del Consumidor y Usuario (Rosario, mayo 1994), cuya comisión 5 recomendó “incorporar al reconocimiento supralegal de los derechos de los consumidores dentro del marco de la reforma de la Constitución Nacional, entre las que se incluyeron entre otros: “c) a la educación e información”.

López Cabana, Roberto. *Contratos Especiales en el siglo XXI*. Ed. Abeledo – Perrot Buenos Aires. (1999). p. 453.

⁸⁹ Aimone Gibson, Enrique op. cit 86 p. 5.

Si bien nuestra actual LPC no plasma este principio de manera abstracta⁹⁰ en ninguno de sus artículos, su contenido se “dispersa” de forma inorgánica en los distintos capítulos que componen su estructura.

A objeto de configurar un estudio más didáctico de este elemento, dividiremos el estudio del mismo en distintos aspectos.

La información particularizada que ha de entregar el proveedor al consumidor en:

-) Forma previa y,
-) posterior a una relación de consumo concreta; dicho en otras palabras, el conjunto de elementos, herramientas y características entregadas al consumidor para que el contrato se perfeccione y produzca efectos válidamente.

2.2. Información previa que ha de recibir el consumidor.

Ya hemos mencionado anteriormente como objeto a regular en una legislación de protección al consumidor, la existencia de una asimetría de las partes en la relación contractual. A efecto de “equilibrar la desigual posición de partida entre el empresario o comerciante, que conoce directamente el producto o servicio que ofrece, y el consumidor que en los contratos a distancia no puede realizar una comprobación personal de las características del mismo, aquel ha de suministrar a éste determinada información previa a la celebración del contrato.”⁹¹

Diversos artículos de nuestra LPC recogen la información previa como elemento esencial de la misma, el artículo 1º N° 3 por ejemplo, que consagra la información básica comercial; el artículo 3 letra b) que reconoce el derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecido, su precio, condiciones de contratación y otras características relevante relevantes de los mismos; o el artículo 30 que normativiza la información sobre precio de bienes y servicios; entre otros.

⁹⁰ El autor Enrique Aimone expone el peligro que existe en diversas legislaciones al enunciar un listado de derechos de los consumidores, que por tributar las técnicas de catálogos de derechos establecidas en las constituciones nacionales (las cuales en éstas se justifican pues “existen dos poderes distintos: Uno el Constituyente, que establece el listado, y el otro, el constituido, para el cual aquella lista aparece como un marco que debe observar y respetar) y aplicarlas a la normativa de protección al consumidor con el consiguiente peligro de que; por una parte se produzca “una reiteración inútil de derechos y deberes desarrollados en el texto legal; y por otra, el de la mera formulación de un “derecho” no regulado, cuya efectiva vigencia será más que dudosa”. Ibid.

⁹¹ Clemente Meoro, Mario. “La Protección del Consumidor en los Contratos Electrónicos”. *Contratación y Comercio Electrónico*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia (2003). p 374.

El pilar fundamental de la información en nuestra legislación, lo encontramos en el artículo 3 letra b) el cual establece como derecho básico del consumidor: a una *información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos.*

Esta norma que implanta un *derecho-deber* del consumidor, entrega pautas que han de seguirse previo a una relación contractual, gravando a las partes con un comportamiento acorde con la Buena Fe, como principio orientador de esta relación en pro de equilibrar la desigualdad de las mismas.

Como lo expresa Fernández Fredes, “el derecho a la información es determinante para que el consumidor pueda efectuar una elección consciente y adecuada de la opción de consumo que más le convenga. El proveedor en observancia de la Buena Fe, debe proporcionarle información completa, veraz y oportuna de los antecedentes que inciden en la toma de decisión por parte del consumidor, que son lo que la norma legal menciona”⁹²

Dada la expansión de la información en el articulado de la LPC, nos es conveniente esquematizar nuestro estudio, analizando la influencia de ésta en la etapa precontractual respecto a las distintas temáticas establecidas en la ley.

2.2.1 Respecto de la información básica comercial.

El artículo 1 N° 3 nos la define, como “*los datos, instructivos, antecedentes e indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica*”.

Al respecto, la doctrina nacional agrega que “el derecho del consumidor a ser informado se satisface principalmente por la publicidad como por la información básica comercial. Esta última regula aspectos relacionados a las características intrínsecas del producto, entendiéndose los componentes, o ingredientes, contenido o volumen, uso al que se destinan, indicación para su preservación y cuidado, de plazo de caducidad o de consumo máximo, indicación de su precio, y en su caso las condiciones de su pago o crédito, así como las precauciones o advertencias de seguridad para su consumo o manipulación.”⁹³

⁹² Fernández Fredes, Francisco. *Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor*. Ed. Lexis Nexis. Santiago (2003). p. 16

⁹³ Id. pp. 51-52.

Enfocados en el comercio electrónico, la información previa en nuestra legislación, como en otras materias, resulta ser un sucedáneo de la legislación comunitaria vigente, integrando, con mayor o menor fortuna en nuestra normativa el enfoque más desarrollado del viejo continente.

Analicemos. A la Información Básica que ha de recibir el consumidor, se agregan a su vez en la actual modificación a la LPC, una serie de elementos tendientes a asegurar la efectividad de la misma. La modificación del artículo 1 N° 3 inciso 4⁹⁴, establece que la información básica comercial deberá ser suministrada al público por medios que aseguren un *acceso claro, expedito y oportuno*. A su turno, el nuevo inciso agregado al artículo 32, prescribe que *“tratándose de contratos ofrecidos por medios electrónicos o 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. Indicarán 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 de sus datos.”*

Habíamos recién esbozado, que las reformas son un híbrido de otras comparada, con la diferencia que no alcanzan la plenitud de éstas, acarreado en consecuencia, déficits, lagunas y vaguedades, que se traducen en algunos puntos, en declaraciones de principios e intenciones, más que en normas que logren vigorizar y dar protección efectiva al consumidor, según veremos.

El citado artículo 32 inciso 2° tributa su contenido de la Directiva 2000/31 /CE del Parlamento Europeo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los Servicio de la Sociedad de la Información, en particular el convenio electrónico en el mercado.⁹⁵ Pero esta normativa comunitaria,

⁹⁴ El artículo 1 N° 3 de nuestra LPC, modificado con la reforma de la ley 19.555 prescribe que: “La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias.

Para los efectos de esta ley se entenderá por:

N° 3.- Información básica comercial. Los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica.

Tratándose de proveedores que reciben bienes en consignación para su venta, éstos deberán agregar a la información básica comercial los antecedentes relativos a su situación financiera, incluidos los estados financieros cuando corresponda.

En las ventas de bienes y prestación de servicios, se considerará información comercial básica, además de lo que dispongan otras normas legales o reglamentarias, la identificación del bien o servicio que se ofrece al consumidor, así como también los instructivos de uso y los términos de la garantía cuando procedan. Se exceptuarán de lo dispuesto en este inciso los bienes ofrecidos a granel.

La información comercial básica deberá ser suministrada al público por medios que aseguren un acceso claro, expedito y oportuno. Respecto de los instructivos de uso de los bienes y servicios cuyo uso normal represente un riesgo para la integridad y seguridad de las personas, será obligatoria su entrega al consumidor conjuntamente con los bienes y servicios a que acceden.

⁹⁵ En efecto la Sección 3ª de la LSSI Directiva/ 31/ CE que regula los Contratos por vía electrónica regula en su artículo 10:- Información exigida. 1.- Además de otros requisitos en materia de información contemplados en el Derecho

como expresamente lo consagra su artículo 10, se ve complementada por otros requisitos de información previstos en otras normas del concierto europeo. Es en esta complementación y armonización, que en definitiva la protección de los derechos consumidores de los estados miembros en el mercado interior se ve efectivamente resguardada.⁹⁶ Al articulado recién mencionado debe agregarse además, como derecho aplicable a los contratos a distancia dentro de la UE, lo establecido en la Directiva 97/7/CE, del parlamento Europeo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, que agrega otros aspectos sobre la información que ha de entregarse al consumidor final. Así, el artículo 4 de la Directiva en comento, dispone el alcance y contenido de la información que *con carácter previo* ha de recibir el consumidor en los contratos a distancia; y que a continuación se exponen:

- a) “Identidad del proveedor y, en caso de contratos que requieran el pago por adelantado, su dirección.
- b) Características esenciales del bien o servicio
- c) Precio del bien o servicio, incluidos todos los impuestos.
- d) Gastos de entrega en su caso.
- e) Modalidades de pago, entrega o ejecución.
- f) Existencia de un derecho de resolución, salvo en los casos enumerados en el apartado 3 del artículo 6.
- g) Costo de la utilización técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.
- h) Plazo de validez de la oferta o del precio.
- i) Cuando sea procedente, la duración mínima de productos o servicios, cuando se trate de contratos de suministro en productos o servicios destinados a su ejecución permanente o respectiva.”

Comunitario, los Estados miembros garantizarán, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, que el prestador facilite al menos la siguiente información de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de que el destinatario del servicio efectúe un pedido:

- a) Las diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato
- b) Si el prestador de servicio va a registrar o no el contrato celebrado, y si éste va a ser accesible.
- c) Los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido.
- d) Las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato.

⁹⁶ El autor Javier Plaza Penadés, expresa que “de la exposición de motivos de la directiva comunitaria se deja entrever que se parte de la idea de que todo Estado miembro debe modificar especialmente, los requisitos formales, incluidos el registro de la contratación - que puede entorpecer la celebración de contratos por vía electrónica en cualquiera de sus fases, ya que el derecho comunitario hace una apuesta valiente y decidida a favor de la existencia y validez de la contratación telefónica, lo que se traduce en un principio hermenéutico y en un criterio rector a la hora de aplicar la normativa sobre contratación general y sobre contratación electrónica en particular.

Ambos textos, junto al resto de la preceptiva comunitaria, conforman un catálogo de conductas a efectuar por el proveedor.

La actual modificación legislativa es precaria, ya que sólo recoge algunos elementos protectores de los aquí mencionados. Si bien incorpora, en primer lugar, a la contratación electrónica y los pasos a seguir para la prosecución en la celebración de la misma, omitió aspectos fundamentales, como el exigir obligatoriamente la identidad del proveedor y su dirección geográfica, requisitos fundamentales para la tutela de los consumidores dada las características de aterritorialidad de este tipo de comercio.

Nuestro legislador no estimó importante individualizar, previo a la formación del consentimiento, al proveedor cuando éste ofertare por medios electrónicos. En otras palabras, el consumidor residente en Chile que decidiera contratar con alguna empresa que disponga de una web ofertando bienes y /o servicios determinados, no estará en condiciones de exigir de ésta la dirección de cualquiera de sus establecimientos, ni de su domicilio social, quedando en completa indefensión e ignorancia, respecto de la o las personas a quien notificar de una eventual gestión extrajudicial o judicial propiamente tal.

El vacío antes enunciado, expondrá al consumidor (como hasta ahora), a la incertidumbre de no saber a ciencia cierta, si se está contratando con una empresa efectivamente constituida como tal, con proveedores de identidad real, con establecimientos y / o domicilio social, donde hacer efectivas sus responsabilidades en sentido amplio.

Dichas prevenciones si las recoge la Ley de Ordenación del Comercio Minorista española (LOCM), que exige para la ventas a distancia en su artículo 47 letra a) La dirección de uno de los establecimientos del vendedor, así como su domicilio social; y en su letra c) agrega el documento de desistimiento o revocación identificado claramente como tal, conteniendo el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación de los contratantes a que se refiere.

El artículo 32 inciso 2º de la ley 19.955, se limita a ordenarle al proveedor que la información allí exigida sea entregada de “*manera inequívoca y fácilmente accesible*” al consumidor sin establecer un plazo de antelación determinado en que ésta se deba hacer. No nos explicamos este vacío legislativo ya que una de las fuentes importantes en la redacción de la reforma actual, fue la

Plaza Penades, Javier. “Contratación electrónica y pago electrónico”. *Contratación y Comercio Electrónico*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia (2003). p. 429.

Directiva Comunitaria 97/7/CE⁹⁷, la cual consagra en su artículo 4 N° 1 que: “*Previamente a la celebración de un contrato y con la antelación necesaria...*”, se deberá notificar al consumidor el conjunto de elementos enumerados en el dicho artículo.⁹⁸

Si bien podría argumentarse, que la información como elemento de la actual legislación, como de su de su reciente enmienda presupone que la Información Básica Comercial siempre aparecerá anticipadamente, no es menos cierto, que dicha característica es sólo suficiente cuando una relación de consumo se perfecciona entre partes presentes, facilitándole al consumidor constatar con mayor certeza los elementos y contenidos esenciales del producto, así como de las condiciones generales de contratación.

En definitiva, según como está concebido nuestro ordenamiento, bastaría que la información entregada por el proveedor en Internet sea efectuada sólo momentos antes de la formación del consentimiento en soportes duraderos o sin ellos.⁹⁹

La legislación comparada más avanzada, como es el caso de la española, establece en el artículo 2 del Real Decreto 1906/1999, por el que se regula la Contratación Telefónica o Electrónica con

⁹⁷ Esta Directiva fue concebida para la protección de los consumidores “en supuestos de venta a distancia de bienes y servicios, valorando que el desarrollo de nuevas tecnologías lleva consigo una multiplicación de los medios puestos a disposición de los consumidores en toda la comunidad para efectuar sus pedidos. Ante la adopción de normas distintas en los Estados miembros, se opta por armonizar, con carácter de norma mínima las regulaciones nacionales, indicando que, la incidencia negativa de normas divergentes por los Estados miembros en dicha materia llevaría efectos negativos para cohesión del mercado interior y la competencia en el sector”.

⁹⁸ El artículo 4 de la Directiva 97/7/CE, establece que:
“Información previa.

1. Previamente a la celebración de cualquier contrato a distancia y, con la antelación necesaria, el consumidor deberá disponer de la información siguiente:

- a. Identidad del proveedor y, en caso de contratos que requieran el pago por adelantado, su dirección;
- b. Características esenciales del bien o servicio;
- c. Precio del bien o del servicio, incluidos todos los impuestos;
- d. Gastos de entrega, en su caso;
- e. Modalidades de pago, entrega o ejecución;
- f. Existencia de un derecho de resolución, salvo los casos mencionados en el apartado 3 del artículo 6;
- g. Coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de una tarifa básica;

h. Plazo de validez de la oferta o del precio;

i. Cuando sea procedente, la duración mínima del contrato, cuando se trate de contratos de suministro de productos a servicios destinados a su ejecución permanente o repetida.

2. La información contemplada en el apartado 1, cuya finalidad comercial debe resultar inequívoca, deberá facilitarse al consumidor de modo claro y comprensible, mediante cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia adecuada, y deberá respetar en particular, los principios de buena fe en materia de transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar según la legislación nacional de los diferentes Estados miembros, como los menores.

3. En el caso de comunicaciones telefónicas, deberá precisarse explícita y claramente al principio de cualquier conversación con el consumidor, la identidad del proveedor y la finalidad comercial de la llamada.

⁹⁹ Entendemos por soporte duradero “cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento en particular, los disquetes informativo y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes de correo electrónico”.

Clemente Meoro, Mario. op. cit 91 p. 384.

Condiciones Generales de la Contratación¹⁰⁰ que “previamente a la celebración del contrato y con la antelación necesaria, como mínimo en los tres días naturales anteriores a aquélla el predisponente deberá facilitar al adherente, de modo veraz, eficaz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia, el texto completo de las condiciones generales”.

Esta normativa, de basta extensión en su aplicación, regulariza con mayor rigor aún la necesidad de que la información recibida por el consumidor deba entregarse con una *antelación necesaria*, agregando que esa antelación sea de 3 días naturales a la celebración del contrato.¹⁰¹

Sin embargo, esta posición es objeto de fuertes críticas, ya que altera una de las características y virtud propia de la contratación electrónica, cual es su inmediatez. En este sentido Clemente Meoro ha expuesto que “si no se quiere cumplir con la prescripción normativa, el comerciante tendrá que hacer esperar al consumidor interesado en uno de sus productos. Salvo que se entienda que la información a que se refiere el precepto no ha de ser facilitada y remitida personalmente a cada uno de los consumidores con los que vaya a contratar, sino que bastará con que conste más de tres días naturales, en, por ejemplo, la página web del comerciante a la que se conectan los consumidores que desean contratar con él. Con esta interpretación el comerciante tendrá que esperar tres días, pero no desde que un consumidor concreto le plantee la posibilidad de contratar con él, sino desde que la información sobre cláusulas del contrato se encuentre accesible a la generalidad de los consumidores.”¹⁰²

Así dadas las cosas, resulta imperioso desde nuestro punto de vista, vigorizar y completar en definitiva el inciso 2º del artículo 32 de nuestra nueva ley, teniendo en cuenta siempre que, la Buena Fe como principio ordenador de la contratación en general, debe plasmarse en toda la normativa del consumidor y no remitirse solamente a algunos aspectos de ésta.

A la exposición de imprecisiones en la actual modificación de la LPC, se suman otras también incoadas en el artículo 32 en comento, en lo que respecta a la obligación del proveedor de informar

¹⁰⁰ El artículo 1 del real Decreto dispone dentro de su ámbito de aplicación, que su normativa se hará extensible “ a los contratos a distancia, o sin presencia física simultánea de los contratantes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática, que contenga condiciones generales de contratación, entendiéndose por tales...”

¹⁰¹ La Directiva 97/CE/2000 considera que la utilización de las nuevas tecnologías en la contratación, no debe conducir a una reducción de la misma, que deba facilitarse al consumidor; exponiendo además en el considerando 13 de su cuerpo normativo “ que la información difundida por determinadas tecnologías electrónicas tiene a menudo un carácter efímero en la medida que no se recibe sobre un soporte duradero; que resulta necesario que se haga llegar al consumidor, por escrito y con la debida antelación los datos necesarios para la correcta ejecución del contrato.”

Clemente Meoro, Mario E. op. cit .91. p. 384.

¹⁰² Id. p 4.

“cuando corresponda”, si el documento electrónico en que se formalice el contrato será archivado y si éste será accesible al consumidor. La voz “cuando corresponda” no hace sino que agregar incertidumbre acerca de cual es el momento oportuno en que el proveedor debe entregar esta información: ¿antes de la celebración del contrato?, ¿después de la perfección del contrato y antes de la entrega de los bienes o prestación de servicios?, o inclusive, ¿después de efectuada la entrega o comenzado a prestar los servicios?

La respuesta a estas interrogantes hemos de encontrarla en la legislación comparada. El artículo 10 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo¹⁰³, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado, establece que la información exigida al prestador de servicios debe efectuarse “antes de que el destinatario del servicio efectúe un pedido”, quedando en claro así que el resguardo al consumidor es completo, en la medida que éste antes de prestar su consentimiento, sabe a ciencia cierta si sus datos serán almacenados o no.

A su turno la LSSI española 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, transponiendo las directrices de la normativa comunitaria, y casi reproduciéndola en su integridad, en su artículo 27 relativo a las obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación, prescribe que deberá informarse de manera clara, comprensible e inequívoca y *antes de iniciar el procedimiento de contratación*: letra b) “si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formaliza el contrato y si éste va a ser accesible”, precisando con exactitud, todo lo que la ley 19.955, con la voz “cuando corresponda” deja en la más completa incertidumbre.

Otro aspecto a destacar respecto de la información básica comercial, es aquel relacionado, con los artículos 32 incisos 1º, 17 y 45 de la LPC. La lectura de éstos denuncia la falta de minuciosidad en el tratamiento de la contratación electrónica efectuada por consumidores residentes en Chile, ya que en cada una de las instituciones tratadas, léase, contratos de adhesión, información de los productos de fabricación y procedencia extranjera, como en aquellos cuyo uso resulte

¹⁰³ Respecto a esta Directiva cabe hacer mención al especial interés de ésta en la conceptualización de algunos términos, entre éstos, el “lugar de establecimiento del prestador de servicios. Según la Directiva, el prestador de servicio establecido es aquel que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado. Esto se cumple cuando se trata de una sociedad que presta sus servicios a través de un sitio en Internet. Ahora bien, el lugar de establecimiento de un negocio virtual no se puede dejar al albur de consideración de orden tecnológico (por ejemplo, el lugar donde se encuentra el servidor que apoya la página web o el lugar donde se encuentra enchufado el ordenador central del prestador de servicios), sino el lugar donde se desarrolla la actividad económica”.

potencialmente peligroso para la seguridad física de los consumidores o de sus bienes, se exige del proveedor la obligación de informar previamente en idioma Castellano al consumidor o usuario.

Tal preceptiva nos parece perfectamente aplicable y atingente a los contratos, donde los consumidores finales residan en Chile o en contratos a distancia donde el proveedor tenga domicilio en nuestro país.

Arribar a tan limitada conclusión significa desconocer, más aún aplastar otra de las características fundamentales propias de Internet y de la contratación electrónica en general, cual es su transfronterización o aterritorialidad, propiedades que se traducen en la existencia de una multiplicidad de proveedores de diversas nacionalidades, enfrentados “virtualmente” a consumidores de distintas nacionalidades también.

La inviabilidad en la aplicación de estos artículos resulta evidente, toda vez que en el caso concreto el consumidor podría eventualmente accionar en contra de su proveedor por no cumplir con la especificación en idioma Castellano de los bienes y /o servicios ofrecidos.

Estimamos que ninguna legislación en el mundo puede obligar a los operadores jurídicos a lo imposible. Para muestra un botón: ¿Será razonable, exigirle a un proveedor de alfombras domiciliado en Arabia Saudita, cuyo web site y servidor respectivo sean también saudíes, que la información básica comercial y de condiciones generales de contratación le sea remitida al consumidor chileno en idioma Castellano? ¿Es atendible, acorde con la Buena Fe, que este consumidor quisiera accionar por los perjuicios ocasionados por no haber obtenido la información de éstos en idioma Castellano? No nos cabe duda que tan restringida interpretación o integración de las actuales normas vigentes en la realidad del comercio electrónico derivan en un total contrasentido; por un lado, reconociendo la extraterritorialidad del fenómeno; y por otro, limitándolo so pretexto de defender al consumidor a niveles irrisorios.

La autora Gema Botana respecto de la coyuntura de este problema, señala en el mismo sentido respecto de su legislación en relación a las de los demás Estados miembros de la Unión Europea (UE) que “las extraordinarias peculiaridades que presentan las actividades económicas desarrolladas a través de Internet, en las que el empresario que coloca en la red su página web no realiza ninguna actividad dirigida específicamente a nadie, en ningún país concreto, si que en razón del carácter eminentemente transfronterizo de Internet, cualquier persona, sea cual fuere el país de su residencia, puede abrir dicha página e interactuar con el empresario a través de ella. Por tanto, sería una

obligación desproporcionada imponer al empresario la adecuación de su oferta comercial o de su publicidad a la legislación de todos y cada uno de los estados miembros. Sin embargo, en el caso de las obligaciones contractuales con los consumidores se aplicará la legislación del país de origen de estos últimos. Esta consecuencia nos conduce a la constatación de la existencia de un complejo conjunto de leyes y reglamentos que rigen las relaciones entre empresas y consumidores en Europa que difiere de un Estado miembro a otro, situación que representa no sólo una carga para los primeros, sino que hace que los consumidores se sientan inseguros por lo que se refiere a sus derechos y constituye un freno para la confianza del consumidor, especialmente en el desarrollo del comercio electrónico”¹⁰⁴

Nos parece que la protección del consumidor también debe descansar sobre criterios de racionalidad y Buena Fe, de la misma forma que la extensa normativa comparada prescribe respecto de los proveedores.

Nuevamente la legislación extranjera española nos entrega la respuesta racional frente a esta realidad jurídica. El art. 47 de la Ley de Ordenación de comercio minorista, dispone que el consumidor que haya contratado a distancia por medios telemáticos deberá haber recibido información escrita y en la *lengua utilizada en la propuesta de contratación*”. A mayor abundamiento la LSSI en su art. 27 grava al proveedor con el hecho de entregar previamente a que se inicie el procedimiento de contratación, *la o las lenguas en que podrá formalizar el contrato*. Los citados artículos resuelven, con simplicidad, pero no menos eficacia, la restauración de la Buena Fe y la racionalidad, como factores predominantes en la relación contractual entre proveedores y consumidores.

En efecto, nos parece de sumo adecuado que sea el consumidor, quien por su propia voluntad ingresa a un web site de un proveedor extranjero, quien cargue con la responsabilidad de contratar en la o las lenguas ofrecidas por el oferente u otras acordadas convencionalmente¹⁰⁵. Es más, podemos respaldar lo anterior con nuestra propia normativa. El artículo 3 de la LPC en su letra b)

¹⁰⁴ Botana García Gema. “Protección de los consumidores y comercio electrónico”. *Revista de la Contratación Electrónica. II Jornadas sobre Derecho del Comercio Electrónico (y II)*. Nº 18. Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales (2001).p 133.

¹⁰⁵ En este sentido calza oportunamente lo señalado por Álvaro Vidal Olivares, quien reseña que “la protección conferida por ley no puede significar un autorización para que el consumidor actúe descuidada o negligentemente. Como todo operador del tráfico no profesional (civil) el consumidor debe observar una conducta que sea acorde con el estándar medio de un hombre prudente que actúa responsablemente y observando la ley. En el derecho de los contratos, una parte, cualquiera sea su consideración, no puede pretender aprovecharse de su conducta negligente, ni mucho menos invocar esa conducta como fundamento de la protección prevista por la ley”. Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo. op. cit. 79 pp.248 y 249.

junto con consagrar el derecho del consumidor a una información veraz y oportuna sobre los bienes transados, prescribe también *el deber de informarse responsablemente de ellos*. Ergo, el usuario que por su propia voluntad ingresa a una página web de un proveedor con domicilio extranjero, debiera cargar con el deber de informarse responsablemente del bien o servicio objeto del contrato en el o los idiomas ofrecidos por éste para contratar u otros acordados convencionalmente. Adoptar una posición contraria, atenta contra el tráfico jurídico y comercial y, desconoce la naturaleza intrínseca de la contratación electrónica.

2.2.2. Respecto de la información sobre el precio.

Para Fernández Fredes “el conocimiento del precio antes de decidir su opción de consumo, es decir, en forma previa a la celebración del contrato, es un elemento esencial para el consumidor, pues le permite efectuar comparaciones y emitir una aceptación consciente de la oferta del proveedor.”¹⁰⁶

Ante todo debemos hacer patente, que de acuerdo al artículo 32 inciso 1º, “la información básica comercial de los servicios y productos de fabricación nacional o de procedencia extranjera, así como su identificación, instructivos de uso y garantías, y la difusión que de ellos se haga, deberán efectuarse... en *moneda de curso legal*”. Respecto a este punto valga la observación hecha a propósito de la obligatoriedad del Castellano en las propuestas a los usuarios en los contratos de consumo, dado que no nos parece que facilite el tráfico jurídico imponer reglas inviables a proveedores extranjeros, ya que mal podrían éstos conocer cual es la moneda de curso legal en nuestro país.¹⁰⁷

Por otra parte, el artículo 30 de la LPC, establece claramente la forma y oportunidad en que deberá cumplir el proveedor la exigencia de exhibir el precio. Así ordena que:

-) El precio debe indicarse de un modo claramente visible que permita al consumidor, de manera efectiva, el ejercicio de su derecho a elección, antes de formalizar o perfeccionar el acto de consumo,
-) Del mismo modo deben enumerarse las tarifas de los establecimientos de prestación de servicios.

¹⁰⁶ Fernández Fredes, Francisco. op. cit. 4 p. 53.

¹⁰⁷ El autor nacional, Francisco Fernández Fredes, explicando el alcance de este artículo recalca que “por el artículo 32, los precios deben expresarse como regla general, en moneda nacional, a menos que, empleándose otra unidad monetaria o de valor, se indique claramente el factor conversión.” Id.

-) Cuando se exhiban los bienes en vitrina, anaqueles o estanterías, se deberá indicar allí sus respectivos precios.

-) Cuando el consumidor no pueda conocer por sí mismo el precio de los productos que desea adquirir, los establecimientos comerciales deberán mantener una lista de precios a disposición del público, de manera permanente y visible.

Lo prescrito en el artículo 30 es una de las normas, que a nuestro juicio permanece prácticamente indemne frente a la nueva realidad de la contratación electrónica. En efecto, su normativa (no reformada) es perfectamente adaptable a esta nueva forma de contratar.

Veamos. Respecto de la exhibición del precio de forma clara y visible, que permita al consumidor una libre e informada elección del producto, bastaría a nuestro juicio, que en la web donde se ofrezcan determinados bienes o servicios, aparezca adjunto a la imagen de éste, el precio del mismo, sumado conforme lo establece el mismo artículo, los impuestos correspondientes.

Respecto a lo último, pareciera prudente exigir en la página donde se ofrece el bien o servicio, el valor de éste más el o los impuestos correspondientes propios del Estado donde el proveedor tenga domicilio. Así, actuaría lícitamente el proveedor chileno que ofreciera la venta de automóviles por Internet, si acompaña junto a la imagen de cada uno de ellos, su valor neto incluido el impuesto al valor agregado (I. V. A). Luego, pareciera suficiente la posibilidad de que por medio de un enlace que permita la apertura de un vínculo de hipertexto, apareciera completo el valor de toda la operación de entrega del bien al destinatario. Ello es así, ya que el referido artículo 30 sólo exige que sea exhibido de forma inmediata el precio del bien más los respectivos impuestos, pero no el costo del total de la operación. Exhibir un precio que contemple todos los impuestos relativos a la legislación de cada consumidor en especial, sería obligar a los proveedores a un imposible. Por lo tanto, creemos razonable concluir que se satisfacería nuestra legislación exigiendo la suma de los impuestos propios del domicilio del proveedor.

Por otro parte, lo previsto en el inciso 3° del artículo 30, es perfectamente compatible con la realidad objeto de este estudio, toda vez que las páginas web en sí, son verdaderas vitrinas, anaqueles o estanterías virtuales, de manera que, si bien la LPC fue concebida por un legislador lego en ofertas “virtuales”, no es menos cierto, que la extrapolación de nuestras normas vigentes son perfectamente acomodables a las ofertas on- line.

Finalmente, consideramos igualmente compatible lo prescrito en el artículo 18 de la LPC, que establece que “constituye infracción a las normas de la presente ley el cobro de un precio superior al exhibido, informado y publicitado”, y dicha infracción al no tener una sanción específica se castigará con multa de hasta 50 UTM, de conformidad a lo establecido por el artículo 24 de la ley 19.496, que plasma un criterio general sancionatorio.

2.3. Información posterior a la celebración del contrato.

El artículo 12 A inciso 3° de la ley 19.955 que reforma la actual LPC, prescribe en su inciso 3° 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 indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato.”

Nuevamente la realidad supera de alguna forma la norma existente. Nuestra LPC introduce este inciso, en pro de asegurar una información oportuna y veraz al consumidor posterior a la formación del consentimiento. Pues bien, como ya ha sucedido con las otras normas de esta reforma vigente, observamos en la redacción de la misma más una suerte de declaración de principios y buenas intenciones que una normativa perfectamente regulada; así se mantiene un halo de incertidumbre, que sin duda acarreará problemas de interpretación en caso de conflicto.

La primera parte del nuevo artículo 12 A inciso 3°, prescribe que una vez perfeccionado el contrato el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo. La primera vaguedad en la norma, radica en que no especifica cuál es la información que éste deberá enviar al consumidor y, cuáles los elementos que contendrá la misma. El precepto se limita a ordenar que el proveedor confirme el contrato celebrado enviando al usuario una “*copia íntegra, clara y legible*” del mismo.

No obstante, planteamos que esta norma es vaga, y no acusamos vacío en la misma, puesto que si bien su redacción no aparece afortunada, su anémica sustentación cobra parcialmente fuerza y sentido con la aplicación de otras normas de la misma LPC, de orden tributario y comercial, que vienen a suplir los elementos que se debieran notificar al consumidor.

En efecto, la información que ha de entregarse al consumidor en los contratos con proveedores presentes, exige al momento de entregar los bienes o de prestar los servicios, los siguientes datos establecidos en el DS N° 55 del Reglamento del DL N° 825, cuerpos que señalan los requisitos

formales de las boletas. Respecto de éstos el autor José Luis Zavala Ortiz¹⁰⁸ realiza una enumeración dentro de la cual aparecen mencionados, entre otros:

-) El nombre completo del contribuyente emisor, número del Rol Único Tributario, dirección del establecimiento, comuna o nombre del lugar, según corresponda, giro del negocio y otros requisitos que determine la Dirección Nacional.
-) La fecha de emisión.
-) Si se trata de vendedores y prestadores de servicios, que transfieran especies o presten servicios afectos y exentos, deberán señalar separadamente los montos de las operaciones en las boletas que emitan.
-) El monto de la operación.

A lo anterior debe agregarse lo preceptuado en materia mercantil, respecto a los requisitos de constitución y publicidad de los distintos tipos de sociedades comerciales, ya que la mayoría de los proveedores establecidos en el comercio tradicional ejercen sus actividades constituidos en esta especie de personas jurídicas. La formación de cada una de ellas exige dentro de sus menciones esenciales, la referencia expresa so pena de nulidad del nombre, apellidos y domicilio de los socios, agregando además que en las colectivas comerciales como también en las de responsabilidad limitada, las menciones de los nombres de éstos es importante ya que se tratan de sociedades *intuitu personae*.

Ambas legislaciones sumadas, abrazadas por el halo protector de certeza del artículo 8 del Código Civil, parecieran suficientes para garantizar la información que debe recibir el consumidor posterior a la celebración del contrato, ya que en razón de esta presunción de derecho todos quienes celebraren contratos de consumo debieran conocer, sea en la boleta de venta, sea en la información contenida en los respectivos registros de comercio, todo lo anterior unido a lo prescrito por otros artículos de la LPC (referidos al precio, crédito, características del bien contratado etc.) los

¹⁰⁸ La enumeración completa realizada por el autor es la siguiente

- a) Emitirse en duplicado y cumplir (en lo pertinente) con los requisitos respecto de las facturas, debiendo entregarse al cliente copia y conservarse el original en poder del vendedor.
- b) Emitirse en triplicado y el original y la segunda copia o copia adicional se entregará al cliente, debiendo conservarse la primera copia en poder del vendedor o prestador del servicio para su revisión posterior por el servicio.
- c) Indicar el nombre completo del contribuyente emisor, número del Rol único tributario, dirección del establecimiento, comuna o nombre del lugar, según corresponda, giro del negocio y otros requisitos que determine la Dirección Nacional.
- d) Señalar fecha de la emisión.

Si se trata de vendedores y prestadores de servicios, que transfieren especies o presten servicios afectos y exentos, deberán señalar separadamente los montos de las operaciones en las boletas que emitan.

- e) Indicar el monto de la operación

elementos esenciales del contrato de consumo. Sin embargo, nos parece ilógico que se deba hacer este ejercicio integrador de normas, pudiendo el legislador haber establecido minuciosamente cuáles serían los elementos ha notificar al consumidor que contratase por vía electrónica.

La legislación comparada, en cambio si ha hecho una detallada exposición de los elementos que debe contener la confirmación del contrato celebrado por medios electrónicos.

En efecto, la Directiva 97/7/ CE en su artículo 5 dispone que:

“1.- El consumidor deberá recibir confirmación por escrito o mediante cualquier soporte duradero a su disposición de la información mencionada en las letras a) a f) del artículo 4º a su debido tiempo durante la ejecución del contrato y, a más tardar, en el momento de la entrega cuando se trate de bienes, a menos que se haya facilitado ya la información al consumidor antes de la celebración del contrato, bien sea por escrito o sobre cualquier otro soporte duradero disponible que sea accesible para él.

En todo caso deberá facilitarse:

- Información escrita sobre las condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de resolución, con arreglo al artículo 6º, incluidos casos citados en el primer guión del apartado 3 del artículo 6º.

La dirección geográfica del establecimiento del proveedor donde el consumidor pueda presentar sus reclamaciones.

- Información relativa a los servicios post- venta y a las garantías comerciales existentes,
- En caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año, las condiciones de rescisión del contrato.

2.- Lo dispuesto en el apartado primero, no se aplicará a los servicios cuya ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia, cuando éstos se presten en una sola vez, y cuya facturación sea prestada por el operador de técnicas de comunicación. No obstante el consumidor, en cualquier caso, deberá estar en condiciones de conocer la dirección geográfica del establecimiento donde puede presentar sus reclamaciones.”

La legislación española, recoge en la LOCM en su artículo 17 exigencias que deberá soportar el proveedor. Según Ángel Fernández-Albor Baltar, “en dicho precepto se impone al suministrador de bienes y servicios la carga de facilitar al adquirente información escrita y en la lengua utilizada en la propuesta de contratación sobre determinados extremos. En particular se recogerán en la

mencionada información escrita los datos que se mencionaran en el artículo 40 de la LOCM. Esto es, los datos que forman parte del contenido numérico de la propuesta de contratación. Al margen de ello, el propio artículo 47 de la LOCM exige que se facilite al adquirente información escrita sobre los siguientes extremos: a) dirección de uno de los establecimientos del vendedor, así como su domicilio social¹⁰⁹; b) en su caso condiciones de crédito o pagos escalonados, y c) documento de desistimiento o revocación identificado claramente como tal conteniendo el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere. Además de las menciones que establece el artículo 47 LOCM, la Directiva 97/7/CE, impone al vendedor la confirmación escrita de estas informaciones. Así, deberá informarse al comprador acerca de los servicios posventa y de las garantía comerciales existentes, y de las condiciones de rescisión del contrato si éste posee una duración indeterminada o superior a un año”.¹¹⁰

Como vemos el Ordenamiento Jurídico español especifica qué elementos debe contener la información que debe remitir el proveedor al consumidor final. Ya decíamos que el nuevo inciso 3º del artículo. 12 A en comento, debiera especificar de la misma forma que lo hacen la Directiva comunitaria y la legislación española, de manera que eviten así conflictos en sus interpretaciones.

Por otro lado, se aprecia claramente de la doctrina comparada, que ella establece plazos máximos para hacer entrega de la información posterior a la formación del consentimiento. Éstos consisten:

-) En el caso de la legislación española, a más tardar en *“la ejecución del contrato”* y,
-) en el caso de la Directiva 97/7/CE *“a su debido tiempo, durante la ejecución del contrato y, a más tardar, en el momento de la entrega cuando se trate de bienes...”*

Nuestra legislación en cambio, no precisa expresamente el plazo máximo en que se deberá remitir la confirmación del contrato al consumidor.

¹⁰⁹ Respecto de la exigencia establecida en el artículo 47 de la LOCM, acerca de la dirección del establecimiento del vendedor, Barriuso Ruiz sostiene, que ésta debería “completarse con la del domicilio social, la del e- mail, y la del “web site”, pues puede darse el caso en Internet, de que no se tenga establecimiento, como en los vendedores “on line”. Nuestra ley en el artículo, en el artículo 47, no así la Directiva (artículos 4 y 5), determina que se dé también la dirección del domicilio social del proveedor.”

Barriuso Ruiz, Carlos. *La formación del contrato electrónico*. Ed. Dickinson. Madrid (1998). pp.82 y 83.

2.4 Ejecución del Contrato

Una vez prestado el consentimiento, y cumpliéndose las obligaciones impuestas al proveedor en el inciso 3º del artículo. 12, procede hacer efectiva el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de consumo.

Nuestra actual legislación, con la respectiva modificación de la ley 19.955, no establece un régimen especial donde podamos entender bajo qué condiciones deberá ejecutarse las obligaciones nacidas del contrato de consumo, en atención a las especiales características de éste por medios electrónicos.

Como ya hemos señalado una y otra vez, la legislación comparada haciéndose cargo de la magnitud de esta realidad, regula especialmente la ejecución de este tipo de contrato. El artículo 43 de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista española (LOCM) establece el plazo en que deberá el proveedor ejecutar su prestación. Ante todo prevé en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, que el contrato deberá ejecutarse dentro del plazo prefijado por las partes, y en su defecto, señala el citado artículo 43 que “de no indicarse en la oferta el plazo de ejecución del pedido, éste deberá cumplimentarse dentro de los treinta días siguientes de su recepción por el vendedor.”

Por otra parte la Directiva 97/7/CE dispone en su artículo 7 N° 1, bajo el epígrafe de “*ejecución*” lo siguiente: “Salvo, si las partes acuerdan otra cosa, el proveedor deberá ejecutar el pedido a más tardar en el *plazo de treinta días a partir del día siguiente a aquel en que el consumidor le haya comunicado su pedido*”.

Ambas normativas, como se ve, prescriben un plazo máximo en el cual deberán efectuarse las prestaciones debidas, y en consecuencia, también el límite que violado por el proveedor acarrearía incumplimiento de sus obligaciones.

Nos parece muy adecuado el establecimiento del plazo legal antes mencionado, es acorde con la naturaleza intrínseca en la gran mayoría de los casos de comercio electrónico, cual es la transfronterización del tráfico jurídico y comercial. Disponer legalmente que el proveedor tenga un término de 30 días desde el recibimiento del pedido del consumidor para efectuar la prestación debida, parece ser un plazo razonable para cumplir diligentemente la o las obligaciones

¹¹⁰ Fernández- Albor Baltar, Ángel. “Régimen Jurídico de la Contratación en Internet”. *Comercio Electrónico en Internet*. Ed. Marcial- Pons. Madrid (2001). p. 282.

contractuales. El transporte actual y las empresas internacionales y nacionales que se encargan de efectuar entregas, demoran en la ejecución de estos encargos cada vez menos tiempo, incluso en lugares entre sí muy distantes; piénsese en empresas como FEDEX en materia internacional, o Correos de Chile, en nuestro país.

No establecer un plazo especial para este tipo de contratación por medios electrónicos, a nuestro parecer causa una tremenda inseguridad jurídica. Ésta se traduciría en que quedaría a criterio de las partes y en último término del juez, estimar cuándo existiría incumplimiento por parte del proveedor en la ejecución de la prestación debida. Insistimos que en la contratación entre partes presentes, a falta de modalidad introducida por las mismas que difieran en el tiempo la ejecución de las obligaciones contraídas, el contrato se ejecutaría como un acto jurídico puro y simple, es decir, las partes deberían cumplir en el acto sus obligaciones. Lo anterior, como hemos destacado una y otra vez, es perfectamente ensamblable cuando las partes se encuentran presentes, sin embargo, la contratación a distancia vía Internet, a falta de convención, exigiría del proveedor cumplir inmediatamente con lo debido. Entonces ¿cuándo estaría el consumidor en posición de demandar a su proveedor por incumplimiento? A falta de plazo especial (que sí establece la legislación comparada), el juez deberá aplicar las normas generales civiles para la resolución del caso concreto. De tal manera que el consumidor que haya contratado por vía electrónica, deberá colocar a su proveedor en mora, en conformidad a las reglas establecidas en el artículo 1551 en cualquiera de las hipótesis que se contemplan.

Respecto del N° 1 del artículo señalado, es decir, de aquella obligación que ha caído en mora “cuando no se ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora”, no nos provoca mayor inconveniente, puesto que esta hipótesis presupone la existencia de un plazo convenido por las partes, en virtud del cual llegado a su vencimiento, el deudor debe hacer efectiva la prestación a la que se obligó. En consecuencia, no se vislumbra mayor dificultad en esta situación, toda vez que se asimila a lo dispuesto como solución en las legislaciones comparadas.

Diferente es el caso del N° 3, al disponer como regla general que se está en mora “en los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”. Esta situación se producirá en todos aquellos contratos celebrados vía Internet en donde las partes no hayan

estipulado un plazo en el cual hacer efectiva la prestación, debiendo el consumidor colocar en mora a su deudor en los términos del artículo 1551 del Código Civil.

La legislación española retrata la facilidad de esta figura “en razón del plazo consagrado en el artículo 43.1 de la LOCM ya citado. Al respecto Fernández-Albor Baltar señala que “ello no significa, sin embargo, que la mora del vendedor no se produzca de un modo automático tal como sucede en la mora mercantil regulada en el artículo 53 del Código de Comercio. Antes al contrario, en este tipo de contratos no se requerirá la intimación del acreedor para la constitución en mora del deudor, puesto que el plazo señalado en el artículo 43.1 LOCM para la ejecución del contrato excluya implícitamente al régimen de la intimación. Constatada la mora, el vendedor quedará sujeto a la indemnización de daños y perjuicios que corresponda”.¹¹¹

2.5 El retracto o desistimiento.

Previo a la actual reforma, nuestra LPC no contenía en su cuerpo norma expresa que hiciera mención al retracto. En efecto, no pudo prever el legislador del año 1997 situaciones fácticas concretas que motivaran la consagración de esta institución en ella. Sólo existía un germen de retracto en el párrafo 4º, en su artículo 16 letras a) dentro del cual se consagraba una serie de presupuestos de hecho relativos a cláusulas o estipulaciones que no producirían efecto en los contratos de adhesión; entre ellas, las que otorgaran a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, “*salvo cuando ello se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales u otros análogos...*”.

Decíamos que se trata de un germen, toda vez que se facultaba por vía convencional al consumidor a desistirse o modificar unilateralmente un determinado contrato, reducido a las materias recién vistas.

Más que una consagración de un retracto en ciernes, era más una declaración de principios, ya que parecía utópico que el proveedor dejara en manos del consumidor por vía convencional la supervivencia del contrato.

Los acontecimientos ventilados ampliamente por los medios de comunicación, motivaron la respuesta a prácticas abusivas que rozaban en muchos casos lo delictual.

El nuevo artículo 3º bis de la LPC, establece por primera vez el retracto como modo de extinguir una obligación en materia de consumo. Regula restringidamente algunas hipótesis; entre ellas, los contratos celebrados por medios electrónicos. Al respecto, este artículo señala que: “El consumidor podrá poner término unilateralmente al contrato en el plazo de diez días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo, en los siguientes casos: letra b) *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.*”¹¹²

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 12º A. De no ser así, el plazo se extenderá a noventa días. No podrá ejercerse el derecho de retracto cuando el bien, materia del contrato, se haya deteriorado por hecho imputable al consumidor...”.

En principio, podríamos sostener que la consagración de este derecho viene a solucionar una serie de inequidades propias del desconocimiento al que se ve enfrentado el consumidor ante los productos que se ofrecen on-line, en razón de que virtualmente es imposible que pueda percibir fehacientemente el conjunto de elementos que componen la estructura del bien ofrecido.

Pues bien, a simple vista el legislador aparece dando un paso importante, pero con grandes errores que podrían en la práctica hacer inviable la protección pretendida.

Por un lado, el artículo 3º bis en su letra b), establece que el consumidor puede hacer efectivo el retracto en el plazo fijado por la ley, es decir, dentro de los diez días siguientes a la recepción del producto o contratación del servicio, pero agrega que este derecho será posible “*a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario*”, pudiendo para ello utilizar los mismos medios que empleó para celebrar el contrato.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Como bien afirma la autora Gema Botana, “en los contratos celebrados a distancia el consumidor tiene tiempo suficiente para reflexionar antes de efectuar el pedido. El riesgo que se corre en estos casos es que la mercancía recibida no se corresponda exactamente con sus deseos o que sea defectuosa. El período que se le concede para desistir del contrato no es para reflexionar, sino más bien para examinar el producto comprado o para conocer todas las características del servicio contratado, sin dejar de reconocer la agresividad de las técnicas comerciales empleadas en algunas ocasiones por quienes contratan bajo esta fórmula comercial”.

Botana García, Gema. op. cit. 85 p. 286.

En consecuencia, sería fácil burlar esta protección *incorporando como cláusula de estilo* en los contratos celebrados por medios electrónicos, *la imposibilidad de ejercer el derecho de retracto* por parte del consumidor. De manera que la pretendida protección se reduce, a nuestro modo de ver, a una mera declaración de principios y buenas intenciones, y no a un compromiso de verdadera tutela.

Expresamos lo anterior, basados en el criterio racional y protector de las legislaciones comparadas antes reseñadas. En efecto, en las Directivas comunitarias¹¹³ como en la legislación española, el desistimiento o retracto aparece perfectamente consagrado. Como lo expresa Ángel Fernández-Albor, respecto de este derecho en el comercio electrónico, “en cuanto contrato a distancia, el contrato electrónico encuentra una especial tutela en la Ley de Ordenación de Comercio Minorista (LOCM). Su artículo 44 otorga al adquirente de un bien la posibilidad de desistir libremente del contrato celebrado, manifestando esta voluntad en la forma y plazos previstos por el legislador.

¹¹³ Así por ejemplo, la Directiva 97/7/CE dispone en su artículo 6, bajo el título de Derecho de resolución, aquello que conocemos como retracto. Reza el artículo señalado así:

“1. Respecto a todo contrato negociado a distancia, el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. El único gasto que podría imputarse al consumidor es el coste directo de la devolución de las mercancías al proveedor.

A efectos del ejercicio de dicho derecho, el plazo se calculará,

a) en el caso de los bienes, a partir del día de recepción de los mismos por el consumidor, cuando se hayan cumplido las obligaciones contempladas en el artículo 5;

b) por lo que respecta a los servicios, a partir del día de celebración del contrato o a partir del día en que se hayan cumplido las obligaciones contempladas en el artículo 5 si éstas se han cumplido después de la celebración del contrato, siempre que el plazo no supere el plazo de tres meses mencionado en el párrafo siguiente.

Cuando el proveedor no haya cumplido las obligaciones a que se refiere el artículo 5, el plazo será de tres meses. Dicho plazo comenzará a correr:

a- para los bienes, a partir del día en que los reciba el consumidor,

b.- para los servicios, a partir del día de la celebración del contrato.

Si la información contemplada en el artículo 5 se facilita en el citado plazo de tres meses, el período de siete días laborables al que se hace referencia en el párrafo primero comenzará a partir de ese momento.

2. Cuando el consumidor haya ejercido el derecho de rescisión con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo, el proveedor estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor sin retención de gastos. Únicamente podrá imputarse al consumidor que ejerza el derecho de rescisión el coste directo de la devolución de las mercancías. La devolución de las sumas abonadas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días.

3. Salvo si las partes conviniesen en otra cosa, el consumidor no podrá ejercer el derecho de resolución previsto en el apartado 1 para los contratos:

a) de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días laborables que se contempla en el apartado 1;

b) de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el proveedor no pueda controlar;

c) de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez;

d) de suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos, que hubiesen sido desprecintados por el consumidor;

e) de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas;

f) de servicios de apuestas y loterías.

1. Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que:

a) en caso de que el precio de un bien o de un servicio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido por el proveedor, o

b) en caso de que el precio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido al consumidor por un tercero previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor, el contrato de crédito quedará resuelto sin penalización en caso de que el consumidor ejerza su derecho de resolución con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1.

Los Estados miembros determinarán las modalidades de la rescisión del contrato de crédito”

Con ello se intenta conceder al adquirente la posibilidad de confirmar que las cosas objeto de contrato concluido a distancia se ajustan a las características pactadas por las partes, o simplemente a las condiciones esperadas por el propio adquirente”.¹¹⁴

Ahora bien, es dable destacar que tanto en la LOCM como la Directiva 97/7/CE, plasman la posibilidad del retracto, en similares condiciones que en nuestro ordenamiento, salvo los días para hacerlo efectivo (siete)¹¹⁵, y con la gran diferencia de que no condiciona el ejercicio de este derecho a una actividad volitiva contraria del proveedor.

Podemos concluir entonces, que debiera modificarse el artículo 3 bis letra b), y hacer efectivo un derecho de retracto verdaderamente funcional que aporte e impulse a los consumidores a contratar libre y confiadamente por medios electrónicos.

No obstante, lo anterior no es el único error del cual adolece nuestro ordenamiento respecto a la regulación de este derecho. Nuestro legislador ignoró lisa y llanamente aquellos contratos cuyos objetos fueran de tal entidad que fuese irrisorio el ejercicio del retracto antes mencionado.

Veamos. Por medios telemáticos se pueden contratar bienes y/o servicios. Existen en el “mercado virtual”, una serie de éstos de naturaleza intangible, los cuales son objeto de relaciones jurídicas vía on-line. Piénsese por ejemplo, en la contratación de algún software que debe ejecutarse en nuestro computador, o de (lo que es muy masivo) música que determinados web site venden directamente desde la red.

En cada una de estas situaciones y otras análogas, el ejercicio del retracto aparece como un remedio desmedido frente a la posición privilegiada del proveedor. Tanto los software, vendidos o arrendados directamente desde la red, como los artículos audiovisuales (música, películas, juegos, etc.), pueden ser perfectamente reproducidos (“pirateados”) según sea el caso, por el usuario y éste,

¹¹⁴ Fernández-Albor Baltar, Ángel. op cit. 110 p. 301.

¹¹⁵ Respecto de los días establecidos en la Directiva 97/7/ CE para hacer efectivo el derecho de retracto, la autora española Gema Botana acusa acertadamente que el cómputo de días consagrado en la normativa comunitaria no debió haber sido concebido en días hábiles pues “ puede plantear no pocos problemas si tenemos en cuenta que los días festivos varían de un Estado a otro, e incluso en nuestro país de una Comunidad Autónoma a otra y que nos encontramos ante contratos que pueden revestir un carácter transfronterizo. Por ello parece más apropiado contabilizar por días naturales, ampliando si se quería el plazo en uno o dos días y haciendo constar que si el último día era festivo, se prolongaba el plazo al siguiente día natural. La ley española reconoce a favor del comprador un derecho de desistimiento que podrá ejercitar durante un plazo de siete días naturales a partir de la recepción del producto, plazo que deberá ser modificado precisamente para cumplimentar la Directiva comunitaria.”

Botana García, Gema. op. cit. 104 pp 352 y 353

La crítica recién expuesta es perfectamente comunicable a la disposición contenida en el artículo 3 bis de la LPC, el cual, al no distinguir, remite el cómputo del plazo para hacer efectivo el retracto a lo prescrito en el Código de Procedimiento Civil, esto es su contabilidad en días hábiles.

salvo que se pruebe su accionar criminal (lo cual ya resulta difícil), podría al amparo de nuestra actual legislación ejercer el derecho a retracto del artículo 3 bis letra b).

Lo anterior y como ya hemos repetido majaderamente en este trabajo, sí ha sido previsto y sancionado en legislaciones comparadas. El artículo 45 de la LOCM española, excluye aquellas transacciones que tengan por objeto:

1. Valores mobiliarios y otros productos cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de un mercado no controlado por el proveedor.
2. La venta de objetos que puedan ser reproducidos o copiados con carácter inmediato.
3. Aquellos que se destinan a la higiene corporal.
4. O en fin, aquellos que por su naturaleza no pueden ser devueltos.

De la legislación recién expuesta, debiera nuestra LPC mimetizar sus preceptos y aplicarlos a nuestra realidad. Se evitará con ello, situaciones abiertamente reñidas con la Buena Fe de los consumidores.

Por otra parte, el artículo 3 bis letra b) en su inciso 2º, establece el plazo para ejercer el derecho de retracto, el cual “se contará desde la fecha de recepción del bien o desde la fecha de la celebración del contrato en el caso de servicios...”; y agrega que de no remitirse la confirmación señalada en el artículo 12 A antes analizado, “el plazo se extenderá a 90 días”.

A diferencia de todo lo antes estudiado, creemos que el legislador acertó al prescribir que el derecho en comento no se pueda hacer efectivo por parte del consumidor cuando éste hubiere deteriorado el bien por algún hecho imputable a su persona.

Por último, y acorde siempre con la Buena Fe y la probidad en las relaciones contractuales, aparece como equitativo que el ejercicio del retracto por parte del consumidor, irrogue para él, según lo establecido en el artículo en comento, la carga de “devolverle (al proveedor) 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.

Deberá en este caso 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”.

Capítulo III. El consentimiento en los contratos de consumo celebrados por medios electrónicos.

3.1. Introducción.

Como hemos esbozado en capítulos anteriores, la contratación por medios electrónicos es una consecuencia de las nuevas tecnologías que existen a disposición del ser humano, y no un fenómeno que trastoque las bases esenciales de la misma.¹¹⁶

3.2. El consentimiento. Concepto y regulación legal.

A pesar de que nuestro Código Civil no contempla una definición, nosotros entenderemos por consentimiento el asentimiento que cada parte presta a la voluntad que expresa la contraparte.^{117 - 118}

A su vez el autor Matus Valencia manifiesta que el consentimiento “es el encuentro de las voluntades de diversos sujetos que se unen y dirigen a un fin común...constituye algo nuevo que produce efectos jurídicos y vincula obligatoriamente a las partes. Se necesita en consecuencia una doble declaración y esto implica que las partes estén frente a frente, vis a vis, o por lo menos en

¹¹⁶ El autor español, Rafael Mateu de Ros, explica detalladamente este fenómeno diciendo que “En Internet se produce un proceso de contratación (el proceso de contratación on-line) que difiere de la tradicional negociación y formalización de contratos con presencia física de las partes contratantes y también de la venta a distancia o contratación entre ausentes conocida desde antaño. Si para determinados sectores de Internet está siendo ya un fenómeno catalizador y dinamizador de un auténtico proceso de metamorfosis, la revolución, desde el punto de vista jurídico, no va a ser menor. Se está alumbrando un marco innovador de seguridad jurídica preventiva, un modelo de negocio jurídico y una estructura de contrato a través a Internet vaya a dar lugar a una nueva teoría de las obligaciones, pero sí que siendo válidos, quizás más que nunca, los principios clásicos del derecho patrimonial privado, Internet representa un nuevo ámbito o mercado de contratación, en el que esos principios han de ser revisados y actualizados a la luz de una realidad tecnológica que rompe con una tradición de siglos en lo que se refiere al modo y a la forma en que las personas se conocen, se ponen en contacto, se relacionan, negocia y contratan, modifican, revocan, pagan, cumplen o incumplen sus obligaciones y reclaman sus derechos. Un nuevo modo desconocido hasta ahora de prestar el consentimiento a un acto o negocio jurídico, diferente tanto de la forma verbal como de la escrita”.

Mateu de Ros, Rafael. “El consentimiento y el proceso de contratación electrónica”. *Derecho de Internet*. Ed Aranzadi Pamplona (2000). P. 42.

¹¹⁷ La voluntad es un requisito de existencia del acto jurídico, y que ha sido definida como “una potencia del alma que nos mueve a hacer o no hacer alguna cosa”. Esta potencia descansa en dos pilares fundamentales: la racionalidad y la libertad. Si falla el primer pilar nos veremos enfrentados al tema de la capacidad e incapacidad; y si falla el segundo, estaremos en presencia de los vicios de la voluntad.

¹¹⁸ El autor León Hurtado explica la ausencia de definición en nuestro Código porque éste “dispone que ‘que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio’, con lo que a la expresión ‘consentimiento’ le da el sentido restringido de asentir, de manifestar una voluntad conforme con la convención o contrato que se propone. No considera el consentimiento como acuerdo de voluntad de las partes, pues se refiere sólo a la persona que se obliga, o sea, a la sola voluntad del deudor. Este es sin dudas un error, pues tan necesaria es la voluntad del deudor como del acreedor. Se necesita del consentimiento recíproco ‘cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna’(contrato unilateral) y con igual o mayor razón ‘cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente’(contrato bilateral)”.

León Hurtado, Avelino. *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*. Ed. Jurídica de Chile. 4ª edición. Santiago (1991) p. 68.

comunicación que les permita conocer estas declaraciones y pronunciarse frente a ellas para que concurren y se alcance el acuerdo recíproco”.¹¹⁹

San Julián Puig, a su turno ha entendido que “el consentimiento es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que, procediendo de dos sujetos diversos, concurren a un fin común y se unen, de modo que en su formación se puede apreciar una fase íntima, de elaboración interna(motivación, deliberación y decisión) y una fase de manifestación que proporciona trascendencia jurídica a esa voluntad interna, ya mientras esa voluntad no se manifieste, no opera en el mundo jurídico...no puede tener ningún valor para el Derecho”.¹²⁰

Las normas reguladoras del consentimiento no se encuentran ubicadas en el Código Civil, sino que están plasmadas en el Código de Comercio.¹²¹

Además de estas normas, encontramos otras referentes a la oferta en la LPC a las cuales ya haremos referencia.

3.3 Formación del consentimiento electrónico.

Como ya hemos señalado, el consentimiento es la convergencia de voluntades en un acto jurídico bilateral, y que está constituido por la concurrencia sucesiva de dos actos jurídicos unilaterales: la oferta y la aceptación, lo que no se diferencia en materia electrónica, por cuanto el consentimiento electrónico también requiere la concurrencia de estos dos actos jurídicos unilaterales para que se forme, solo que el medio sobre los cuales descansan estos actos jurídicos es distinto, es decir, no descansa en la palabra o en un papel, sino que en un soporte electrónico. Es por ello que analizaremos por separado estas dos etapas y la forma cómo se presentan en el ámbito electrónico.

¹¹⁹ Matus Valencia, Juan. “Formación del consentimiento en un mundo global”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Actas del II Congreso Chileno de derecho Privado*. Tomo XIX. (1998).pp. 153 y 154.

¹²⁰ San Julián Puig, Verónica. *El Objeto*. Ed Aranzadi. Pamplona (2000) p. 33.

¹²¹ Esta situación la explica el autor Ducci Claro quien expresa que “la formación del consentimiento no está reglamentada en el Código Civil. El Código de Comercio, en cambio, se refiere a ella en los artículos 97 a 106. En el Mensaje del Código se señala que en el Título II se trata de un asunto difícil e importante, omitido en la Ordenanza y aún en el Código Civil, cual es el de fijar el momento y lugar en que las propuestas verbales o escritas asumen el carácter de contratos perfectos...el proyecto ha dado soluciones satisfactorias a las cuestiones principales e incidentes que ofrece la materia; y de este modo ha llenado un sensible vacío en nuestra legislación comercial y civil”
Ducci Claro, Carlos. *Derecho Civil. Parte General*. 4ª edición actualizada. Ed. Jurídica de Chile. Santiago (1995) p. 248.

3.3.1. La oferta electrónica.

Primeramente entenderemos por oferta “un acto jurídico unilateral por medio del cual una parte propone a otra la celebración de un determinado negocio jurídico bilateral de modo tal que, aceptada pura y simplemente, el negocio queda perfecto”.¹²².

En materia de comercio electrónico Carrasco Blanc ha entendido por oferta electrónica “aquella declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicación y/o medios informáticos invitando a otra persona a la celebración de una convención que quedará perfecta con la sola aquiescencia de ésta”.^{123- 124}

Ahora bien, los requisitos de la misma son dos:

1. Que sea seria, es decir, que debe ser manifestada con la voluntad firme y decidida de celebrar el contrato que lleva envuelta.
2. Deber ser completa, o sea, debe contener todos los elementos esenciales del contrato, si se trata de uno típico, o debe mencionarlos si se trata de uno atípico.

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

1. Puede ser tácita o expresa, y ésta a su vez, verbal o escrita.¹²⁵
2. 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 regula el consumo, en especial lo que dice relación con la seriedad de la misma, porque ¿basta para el consumidor A que navega por Internet la oferta de un par de zapatillas a un precio “x” para entender que ésta es seria? Definitivamente no basta, toda vez que la voluntad firme de obligarse del proveedor virtual debe traducirse en lo que establece el nuevo artículo 12 A de la LPC, introducido por la ley 19.955. Esta norma se refiere específicamente al

¹²² Definición dada en clases de Derecho Civil en la Universidad Austral de Chile, por el profesor de la cátedra Dr. Juan Andrés Varas Braun.

¹²³ Carrasco Blanc, Humberto. op cit 32 p. 131.

¹²⁴ Respecto de la oferta el autor Mateu de Ros a planteado que “La formulación telemática del consentimiento contractual originario, es decir, el relativo a la oferta, ordenación inicial o la aceptación de un nuevo contrato debe consistir en un acto de voluntad de carácter expreso...que no consiste necesariamente en una declaración de voluntad telemática escrita (tecleada) por el cliente en su terminal: es suficiente el acto (gesto) de expresión de la voluntad expresada a través de la orden (enter) de aceptación del contrato. La declaración de la voluntad negocial por Internet se traduce en una orden (el pedido electrónico...) que es jurídicamente eficaz en sí y por sí misma.

Mateu de Ros, Rafael op. cit 116 pp. 44 – 45.

¹²⁵ Según el profesor Avelino León “la oferta expresa podrá hacerse de cualquier modo que traduzca esa voluntad; verbalmente o por escrito, valiéndose de un medio mecánico que revele fielmente esa intención; por sí o por mandatario o mensajero...”. Respecto de la oferta tácita expresa que “supone que el proponente ejecuta un hecho que demuestre en

comercio electrónico, y prescribe que “en los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos 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*”.¹²⁶ .¹²⁷

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

En España, por ejemplo, la Ley de Ordenación de Comercio Minorista, en su Título III de “Ventas especiales”, Capítulo II de “Ventas a distancia”¹²⁸, en su artículo 40 establece que la oferta de venta a distancia deberá contener al menos, la identidad del proveedor; respecto del producto, informar las características del mismo, el precio y los gastos de transporte, la forma de pago y las modalidades de entrega, requisitos que agrupados reflejan la intención seria de vincularse jurídicamente con el consumidor.¹²⁹

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

forma inequívoca su voluntad de celebrar un contrato determinado bajo condiciones precisas. Así, el hecho de exhibir mercaderías en un negocio, señalando el precio, constituye una oferta tácita...”.

León Hurtado, Avelino. op. cit. 118 p 76.

¹²⁶ Sabemos que la información es un elemento esencial dentro de una relación de consumo, elemento que es fácil de constatar en la práctica cuando dicha relación es entre presentes, es decir, cuando un consumidor toma y palpa el producto que desea adquirir en un comercio tradicional, pero cuando estamos frente a un contrato de consumo celebrado por medios electrónicos como Internet, que eminentemente reviste la característica de “contrato entre ausentes” o “a distancia”, es más complicado para el consumidor verificar que dicha información previa es seria o no

¹²⁷ El Diputado Gonzalo Uriarte, al analizar el fundamento de las normas referentes al comercio electrónico, expresó que las mismas “tienen por finalidad proteger a los consumidores frente a compras en las cuales no tienen a la vista el objeto que adquieren, no físicamente a su representante, por lo que el riesgo puede ser mayor al de un acto de consumo habitual”

Discusión General. Legislatura 348ª, extraordinaria. Sesión 76ª, martes 13 de Mayo de 2003 p. 39.

¹²⁸ La ley de Ordenación de Comercio Minorista, en su artículo 38 ha prescrito que “Se considerarán ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza”.

¹²⁹ El artículo 40 de la ley anteriormente mencionada, sobre “Contenido de las propuestas”, prescribe que “La oferta de venta a distancia deberá incluir, al menos, los siguientes extremos:

- a) Identidad del proveedor.
- b) Características especiales del producto.
- c) Precio y, en su caso, debidamente separados, los gastos del transporte.
- d) Forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución.
- e) Plazo de validez de la oferta”.

1.- Ofertas electrónicas realizadas por medio de video conferencias.

Ante todo precisaremos, que las consideramos ofertas verbales, toda vez que lo determinante para clasificarlas así no es la presencia de las partes en un mismo o diferente lugar, sino que la forma en que se hace la oferta, tal como lo explica Matus Valencia al plantear que la propuesta es verbal cuando no media un lapso de tiempo entre la oferta y la aceptación y según su criterio esto sucede cuando “las partes están vis a vis en un mismo lugar, o bien, *cuando como consecuencia del progreso científico y tecnológico se comunican por algún medio de comunicación personal que los pone en contacto auditivo o visual a ambos a la vez en forma inmediata y directa*”¹³⁰. La razón de considerarlas así es por la asimilación de éstas a las que se realizan por medio del teléfono, toda vez que estas últimas sí son consideradas ofertas verbales, tal como lo explica Alessandri al decir que “una oferta por teléfono es una oferta verbal...la circunstancia de que, para hacerla, se utilice un *medio mecánico no la priva de ese carácter; es siempre la propia voz de su autor la que llega a oídos de la otra parte.*”¹³¹. Es decir, perfectamente puede ser que el destinatario de la oferta esté en otra ciudad o incluso en otro país, pero lo relevante y crucial es que la voluntad del oferente es conocida en el instante por el destinatario, quien al aceptar forma el consentimiento, en el entendido que simultáneamente ambos se ven y escuchan en un mismo espacio-tiempo, lo que les permite discutir libremente los términos de la propuesta.

No obstante, que la oferta por este medio es auxiliada por mecanismos electrónicos, no son integrantes del denominado comercio electrónico, toda vez que éste supone la existencia de partes ausentes, y de escrituración, toda vez que la característica común de estos contratos es que sean de adhesión (lo que se desprende de la propia naturaleza del medio utilizado, esto es Internet), lo que es contrario a la contratación entre presentes o sea verbales.

Así también lo ha entendido Carrasco Blanc al decir que “la oferta electrónica constituye una oferta escrita, un texto alfanumérico o gráfico en lenguaje bits y por lo tanto no existe razón válida para no considerarla como una oferta de esta clase”.¹³²

Apoyando lo anterior en nuestro país se ha consagrado el principio de la equivalencia del soporte electrónico y del soporte papel, lo que se traduce en que todo aquello que se contenga en un formato electrónico tendrá el mismo valor que un documento en papel, Así lo prescribe el artículo 3°

¹³⁰ Matus Valencia, Juan. op. cit 119 p. 155.

¹³¹ Alessandri Rodríguez, Arturo. *De los Contratos*. Ed. Jurídica de Chile p. 108.

de la Ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos y Firma Electrónica al decir que “Los actos o contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por *medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte papel...*”.^{133- 134}

Por lo tanto, al ser considerados los contratos electrónicos eminentemente escritos, dejaremos fuera de mayor análisis la clasificación vista.

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

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

3.- Ofertas electrónicas realizadas on-line.

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

Este tipo de propuestas se traducen en general, en el ofrecimiento de bienes o servicios mediante avisos o exhibición de los mismos, con la respectiva descripción básica de 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, ofertas que según nuestro ordenamiento

¹³² Carrasco Blanc, Humberto op. cit 32 p. 132.

¹³³ En relación con lo anterior, el autor español Plaza Penadés a planteado que “en cuanto a la forma, el contrato electrónico cumple siempre el requisito de forma escrita si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico”, a propósito del valor que se le consigna a lo celebrado por medios electrónicos y al principio de la equivalencia funcional.

Plaza Penadés, Javier. “Los principales aspectos de la Ley de Servicios de la sociedad de la Información y Comercio Electrónico”. *Contratación y Comercio Electrónico*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia (2003) p. 814.

Esta idea ha sido recogida en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información en su artículo 23 que trata sobre la Validez y Eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, en su N° 3 al prescribir que “Siempre que la ley exija que el contrato o cualquier 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”.

¹³⁴ Así también lo ha plasmado la Ley Modelo de Comercio Electrónico, que en su artículo 11, que se refiere a la formación y validez de los contratos, en su N° 1 prescribe que “En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos”.

A su vez en el artículo 12 en que se establece el reconocimiento por las partes a los mensajes de datos, su N° 1 prescribe que “En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos”.

jurídico comercial, no son obligatorias para el que las hace, a menos que los anuncios, prospectos o catálogos se dirijan a persona 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 de que existan en el domicilio del oferente.¹³⁵

Así lo explica el autor León Hurtado al decir que “tales ofertas no lo son en el sentido jurídico de la expresión, sino que constituyen simples anuncios de propaganda que exteriorizan el ánimo de inicial el período precontractual...”¹³⁶ En la misma línea argumentativa plantea Alessandri que “tales ofertas constituyen una de las formas de la *réclame comercial* y más que ofertas son demandas de ofertas, meras proposiciones de contratar sin ningún valor obligatorio”.¹³⁷

Frente a ello surge la pregunta ¿serán aplicables estas normas al comercio electrónico vía Internet, cuando una parte sea un consumidor?

Los proveedores en general, para atraer a los consumidores a sus tiendas a ver los productos ofertados, utilizan carteles, anuncios, catálogos o simplemente exhiben sus productos. Es precisamente esto último lo que realiza un proveedor en un sitio web, exhibir los bienes o servicios que desea vender, describiéndolos en todas sus características, e incluso mostrando fotografías virtuales en distintos ángulos, para que el consumidor pueda apreciarlos en su totalidad. Si esto último lo unimos a las normas de la LPC modificada por la Ley 19.955, debemos afirmar que estamos frente a una oferta tácita y cuyo poder vinculante surge justamente de esta última. Basamos esta afirmación en las siguientes normas:

1.- Al definir en su artículo 1º a la oferta como aquella “práctica comercial consistente en el *ofrecimiento* al público de bienes o servicios a precios rebajados en forma transitoria, en relación con los habituales del respectivo establecimiento”.

2.- El artículo 12 establece la obligación del proveedor de “respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a los cuales se hubiere *ofrecido o convenido* con el consumidor...”¹³⁸; de lo que se desprende que por el solo hecho de que el proveedor haya propuesto o convenido la entrega

¹³⁵ El artículo 105 del Código de Comercio establece que: “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 han sido enajenados los efectos ofrecidos, de que no hayan sufrido alteración en su precio, y de que existan en el domicilio del oferente”.

¹³⁶ León Hurtado, Avelino. op. cit 118 p. 76.

¹³⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo op. cit 131 p. 110.

de un bien o la prestación de un servicio con el consumidor, obliga al primero, vinculándolo irrevocablemente con el segundo en cuanto a los términos, condiciones y modalidades en que versa lo ofertado.¹³⁹

3.- Según las normas comerciales que regulan la oferta, las realizadas a personas indeterminadas no generan obligación alguna para el que las hace, por lo que el proponente podría negarse a vender un bien o servicio ante el requerimiento de ellos, pero la LPC en su artículo 35 establece la obligación del proveedor de informar las bases y duración de la oferta.¹⁴⁰ Si bien no lo hace extensivo a las ofertas realizadas por medios electrónicos, se entienden estos requisitos incorporados a las condiciones básicas de contratación, debiendo un proveedor de una web informar siempre a los usuarios de la duración de la oferta. Pareciera ser éste el criterio dominante, porque al respecto en España la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, en su artículo 27 N ° 3 prescribe que “*las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio*”.

En el mismo sentido opina, Carrasco Blanc quien expone que “en virtud de estas normas se está dando una regulación a las ofertas al público, con lo que podríamos sostener que se estaría modificando el criterio en cuanto al valor de las ofertas a personas indeterminadas dejando de tener una obligatoriedad relativa”.¹⁴¹

Dentro de la misma línea, el autor Jorge Wahl señala que “de vuelta al caso del proveedor que opera un sitio de ventas en línea y abierto al público tal actividad, unida al empleo de métodos destinados a la captación de ´visitantes`, e incluso la simple ´exhibición` en línea de los productos y

¹³⁸ El artículo 12 de la LPC establece que: “Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”.

¹³⁹ En relación este argumento, Vidal Olivares ha expuesto que el artículo 12 de la LPC “contiene una reiteración del principio de la fuerza obligatoria del contrato (seguridad del contrato) del artículo 1545 del Código Civil, al disponer que el proveedor está obligado a respetar, además, las condiciones y modalidades de entrega o de la prestación de servicio, convenidas con el consumidor.

Sobre este derecho del consumidor, debe considerarse que aquí se establece una excepción a las reglas generales sobre la formación del consentimiento y, más específicamente, sobre la obligatoriedad de la oferta. En efecto, el artículo 105 del Código de Comercio priva de obligatoriedad a las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquiera otra clase de anuncios impresos. Y en el caso de estas ofertas dirigidas a personas determinadas, su obligatoriedad queda sujeta a una triple condición: de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los efectos ofrecidos, que no hayan sufrido alteración en su precio; y que existan en el domicilio del oferente. Con la disposición del artículo 12, todo proveedor que haga ofertas de esta clase, sean o no determinadas, está obligado en caso que el consumidor la acepte. Por ello, se considera dentro de los derechos esenciales del consumidor”.

Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo. op cit. 79 p. 248.

¹⁴⁰ El artículo 35 de la ley anterior establece que: “En toda promoción u oferta se deberá informar al consumidor sobre las bases de la misma y el tiempo o plazo de su duración”.

¹⁴¹ Carrasco Blanc, Humberto op. cit 32. pp.135 y 136.

términos de comercialización al público en general, satisfecería el supuesto contemplado en la Ley de Protección al Consumidor. Así las cosas, se estaría, a lo menos, frente a una oferta tácita cuyo poder vinculante se vería reforzado por las normas de protección al consumidor”.¹⁴²

3.3.2. La aceptación electrónica.

La aceptación ha sido definida como “aquel acto jurídico unilateral mediante el cual el destinatario de la oferta manifiesta conformidad con ella de manera pura y simple, y en general, íntegra”.¹⁴³

León Hurtado la ha conceptualizado como “el acto jurídico mediante el cual el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con ella”.¹⁴⁴

Al igual que la oferta, la aceptación puede ser expresa o tácita; esta última produce los mismos efectos que la expresa según nuestro Código de Comercio.¹⁴⁵

En el ámbito del comercio electrónico, Carrasco Blanc ha definido a la aceptación electrónica como “aquella declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicaciones y/o medios informáticos manifestando su conformidad a una propuesta recibida por ella”.¹⁴⁶

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

1.- Debe ser pura y simple, en otras palabras, debe conformarse exacta e íntegramente a la oferta, no debiendo modificar los términos en que ésta fue elaborada, porque de ser así, la aceptación condicional se mirará 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.¹⁴⁷

¹⁴² Este mismo autor opina que “tanto en Europa como en Estados Unidos se tiende a aceptar que una propuesta dirigida o puesta a disposición del público en general – por ejemplo en un sitio de contratación electrónica – podría constituir una verdadera oferta, en la medida que la misma permita precisar los elementos esenciales del negocio de que se trate y que, al menos, pueda presumirse la intención de su autor en el sentido de vincularse por el solo hecho de recibir la aceptación correspondiente”

Wahl Silva, Jorge “Aspectos en la formación del consentimiento en los contratos electrónicos. Derecho chileno y tendencias en el derecho comparado”. *Derecho de los Contratos. Estudios sobre temas de actualidad*. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 6. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Santiago (2002) pp. 143 y 146.

¹⁴³ Definición dada en clases de Derecho Civil en la Universidad Austral de Chile, por el profesor de la cátedra, Dr. Juan Andrés Varas Braun.

¹⁴⁴ León Hurtado, Avelino. op. cit 118 p. 81.

¹⁴⁵ El artículo 103 del Código de Comercio dispone que: “La aceptación tácita produce los mismos efectos y está sujeta a las mismas reglas que la expresa”.

¹⁴⁶ Carrasco Blanc, Humberto op. cit 32 pp. 136 y 137.

¹⁴⁷ Así lo deja establecido el Código ya mencionado en sus artículos 101 y 102. que disponen respectivamente lo siguiente: “Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales...”; “La aceptación condicional será considerada como una propuesta”.

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.¹⁴⁸

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 o aceptación íntegra mediante otro e-mail.

Respecto de las ofertas electrónicas on-line -que revisten el carácter de tácitas según vimos- cabe puntualizar que al destinatario de éstas, por regla general, no goza de otra opción que la de aceptar en su integridad todos y cada uno de las cláusulas contenidas en el soporte electrónico sin posibilidad alguna de discutir las, ya que ésta siempre aparecen integrando un contrato por adhesión.

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

Entenderemos por retractación a “un acto jurídico unilateral en virtud del cual el proponente deja sin efecto la oferta” Esta posibilidad expresa de arrepentirse (decimos esto porque la retractación debe ser expresa, no se presume), está contemplada en 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:

- 1).- Que el proponente de la oferta haya establecido un compromiso de esperar respuesta, o
- 2).- Que el mismo haya establecido un compromiso de no disposición del objeto del contrato ofrecido o hasta desechada la oferta, o hasta transcurrido un determinado plazo fijado por el mismo.¹⁴⁹

Este arrepentimiento puede revestir dos formas: tempestivo o intempestivo. El primero, se hace efectivo antes que el destinatario acepte la oferta, no formándose así el consentimiento. En todo

¹⁴⁸ Frente a la Teoría del Espejo existe una menos rígida que acepta modificaciones a la oferta, teoría que ha sido contemplada en la Ley Uniforme de Venta Internacional de bienes Muebles Corporales, aprobada por la Convención de la Haya de 1964. Según ésta no se exige que la oferta sea completa sino que se requiere que sea precisa y que cumpla con todos los elementos básicos del tipo de contrato que se desea llevar a cabo, señalándose además un plazo de duración para darle mayor certeza y evitar así modificaciones unilaterales. Lo anterior se ve contemplado en el texto del artículo 14 N ° 1 de la Ley señalada, que prescribe que: “La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una oferta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarla”.

¹⁴⁹ El artículo 99 del Código de Comercio establece que: “El proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada o de trascurrido un determinado plazo.

caso, si el destinatario de la oferta hubiere incurrido en gastos o sufre daños o perjuicios, el oferente arrepentido deberá indemnizarlo, a menos que se “retracte” de su arrepentimiento.¹⁵⁰ El segundo dice relación con aquella que se produce 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 compras de bienes o servicios efectuadas por medio 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 cuanto a “los términos, condiciones y modalidades” de la misma.

Por su parte, entenderemos por caducidad “la pérdida de eficacia de la oferta, por disposición legal que considera la muerte o la incapacidad sobreviviente del oferente”.¹⁵¹ En relación al tema Carrasco Blanc señala que “respecto de esta causal, sólo diremos que en materia de contratación electrónica son muchas las personas jurídicas que participan en este tipo de convenciones por lo que difícilmente se podrá aplicar esta causal que se refiere a personas naturales, respecto de la muerte”.¹⁵²

3.- Debe ser oportuna, o sea, debe darse la aceptación dentro de plazo, sea éste voluntario o legal.

Como es obvio, el plazo voluntario es aquel que establecen las partes de común acuerdo. A falta de éste, regirán los plazos establecidos por la ley, debiendo hacerse las siguientes distinciones:

1).- Si la oferta es verbal, la aceptación deberá darse en el acto en que ésta es conocida. Si no se manifiesta en ese momento, el oferente queda exonerado de cumplir posteriormente.¹⁵³ Esta distinción dice relación a lo que se conoce como “oferta entre presentes”.

2).- Si la oferta es escrita, hay que subdistinguir:

a.- Si el destinatario y el proponente residen en el mismo lugar, el plazo para contestar la oferta es de 24 horas.

El arrepentimiento no se presume”.

¹⁵⁰ El artículo 100 del Código de Comercio prescribe que: “La retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue encaminada la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido.

Sin embargo, el proponente podrá exonerarse de la obligación de indemnizar, cumpliendo el contrato propuesto”.

¹⁵¹ Definición dada en clases de Derecho Civil en la Universidad Austral de Chile, por el profesor de la cátedra Dr. Juan Andrés Varas Braun.

¹⁵² Carrasco Blanc, Humberto. op. cit 32 pp. 140 y 141.

b.- Si las partes viven en diversos lugares, el plazo para responder es “a vuelta de correo”.¹⁵⁴

Esta distinción dice relación a lo que se conoce como “oferta entre ausentes”.

3.4. Oferta entre presentes y ofertas entre ausentes.

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

Para invocar una definición tomaremos el concepto que Alessandri Rodríguez da para los contratos entre presentes y los contratos entre ausentes. Así por los primeros entiende a aquellos “en que las partes, o al menos el aceptante, manifiestan sus voluntades verbalmente, por sí o por mandatarios o representantes legales...”, agregando que “su característica es que la oferta y la aceptación, o en todo caso ésta, son comunicadas directamente por sus 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 ella por el oferente”.

Por los segundos, entiende a aquellos “en que, al darse la aceptación, las partes o sus personeros no se hallan en presencia una de otra...”, “lo esencial es que la aceptación no llegue a conocimiento del proponente en el acto mismo de ser emitida, ni por boca del propio aceptante, de modo que entre ella y su conocimiento por el proponente hay siempre un espacio de tiempo apreciable”.¹⁵⁵

Dentro de los contratos entre ausentes encontramos a los celebrados por medios telemáticos, toda vez que por la naturaleza de Internet, las partes literalmente se encuentran en lugares diferentes, lo que no les permite dar una respuesta simultánea a la oferta que una de ellas hace a la otra.

Sandoval López al respecto ha expresado que “la contratación electrónica ya sea a través de Internet, de www o de correo electrónico, sería un contrato entre ausentes porque las expresiones de

¹⁵³ El artículo 97 del Código de Comercio establece que: “Para que la propuesta verbal de un negocio imponga al proponente la respectiva obligación, se requiere que sea aceptada en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirige; y no mediando tal aceptación, queda el proponente libre de todo compromiso”.

¹⁵⁴ El artículo 98 señala que : “La propuesta hecha por escrito deberá ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si la persona a quien se ha dirigido residiere en el mismo lugar que el proponente, o a vuelta de correo, si estuviere en otro diverso.

Vencido los plazos indicados, la propuesta se tendrá por no hecha, aún cuando hubiere sido aceptada.

En caso de aceptación extemporánea, el proponente será obligado, bajo responsabilidad de daños y perjuicios a dar pronto aviso de su retractación”.

¹⁵⁵ Alessandri Rodríguez op. cit 131 p. 102.

la voluntad del oferente y del aceptante no tienen lugar, por regla general, en forma simultánea, existiendo un lapso entre una y otra...”.¹⁵⁶

En derecho comparado, en especial en el ámbito europeo, la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, relativa a la Protección de los Consumidores en materia de Contratos a Distancia, ha entendido en su artículo 2º por contrato a distancia “todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado 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”¹⁵⁷; a su vez, el artículo 2º apartado 4 ha definido las técnicas de comunicación a distancia como “todo medio que permita la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor”. Dentro el Anexo 1 de esta directiva se enumeran, a modo ejemplarizador, una serie de técnicas de comunicación que constituyen esta modalidad, encontrándonos entre ellas al correo electrónico y el video texto con teclado o pantalla táctil¹⁵⁸. Cabe precisar, que el conjunto de técnicas recién mencionadas no constituyen persé nuevas categorías contractuales, sino que soportes diferentes del o los contratos tradicionalmente conocidos.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Sandoval López, Ricardo. op. cit 26 p.68.

¹⁵⁷ El artículo 38 de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista de España, en el Capítulo II sobre ventas a distancia, a prescrito que estas últimas deben entenderse como “... las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza”.

Esta ley da un concepto genérico y no enuncia los medios concretos de comunicación a distancia, lo que por un lado constituye una ventaja, toda vez que deja abierta la posibilidad de entender dentro de este concepto a otras nuevas formas de comunicación que brinde la tecnología, pero por otro lado, se da lugar a una labor de interpretación que determine con exactitud cuáles de esa nuevas formas son las que pueden encuadrarse como técnicas de comunicación a distancia.

¹⁵⁸ El Anexo 1 de la Directiva 97/7/CE establece “Técnicas de comunicación mencionadas en el apartado 4 del artículo 2:

- Impreso sin destinatario.
- Impreso con destinatario.
- Carta normalizada.
- Publicidad en prensa con cupón de pedido.
- Catálogo.
- Teléfono con intervención humana.
- Teléfono sin intervención humana (llamadas automáticas, autotexto).
- Radio.
- Visiófono (teléfono con imagen).
- Videotexto. (microordenador, pantalla de televisión) con teclado o pantalla táctil.
- Correo electrónico.
- Fax (telecopia).
- Televisión (compras y ventas a distancia).

¹⁵⁹ Contrario a lo expuesto, el profesor Sandoval López sostiene que “también podría expresarse que se trata de una nueva categoría de contratos...porque se perfeccionan expresando la intención a través de medios de esta naturaleza, es decir, la voluntad negocial se exteriorizaría a través de un soporte diferente, lo que originaría una nueva gama de contratos”

3.5. Momento y lugar en que se forma el consentimiento electrónico.

3.5.1. Momento en que se forma el consentimiento.

Nuestro ordenamiento jurídico en esta materia ha acogido la Teoría de la Declaración, en virtud de la cual el consentimiento se forma al momento de la declaración de la aceptación, tal como lo establece el artículo 101 del Código de Comercio al señalar que “dada la contestación, si en ella se *aprobare pura y simplemente la propuesta*, el contrato queda *en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales*”.^{160- 161}

Respecto de las ofertas entre ausentes, sabemos que en ellas el consentimiento se forma “a vuelta de correo”, según lo expresa nuestro Código de Comercio para significar el momento en que forma el consentimiento en aquellas propuestas realizadas a distancia.

No existiendo normas específicas en nuestro país que regulen el consentimiento en el comercio electrónico, cabe preguntarnos si éste se forma cuando el aceptante presiona la tecla “ENTER” manifestando su aceptación a la oferta, o cuando el destinatario o proveedor recibe en su computador la respuesta enviada.

En derecho comparado, específicamente en España, existen criterios diversos para determinar la formación del consentimiento, dependiendo si se trata de contratos celebrados tradicionalmente o si son celebrados por medio de vías electrónicas.

El Código Civil español, en su artículo 1262 prescribe que: “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Sandoval López, Ricardo op cit 26 p. 69.

¹⁶⁰ Al respecto Alessandri Rodríguez ha planteado que “Según el sistema de la aceptación o de la declaración, el contrato se perfecciona en el momento en que el aceptante manifiesta su aceptación, aunque el proponente la ignore o el instrumento que la contiene no llegue a su poder. Pero como toda voluntad debe declararse... es menester que el aceptante la exteriorice, sea dándola a conocer a un tercero, escribiendo una carta o telegrama que la contiene, o ejecutando un hecho que permita suponerla, etc. Manifestada la aceptación en cualquiera de estas formas, el contrato queda perfecto: ha habido concurso de voluntades. El proponente no tiene para qué exigir conocimiento de la oferta; la hizo precisamente para que fuera aceptada”.

Alessandri Rodríguez, Arturo op cit 131 p. 103.

¹⁶¹ La importancia de determinar este momento es para establecer:

- 1.- La validez de un contrato
- 2.- La ley aplicable.
- 3.- Los cómputos de plazos de prescripción.
- 4.- La licitud e ilicitud del objeto, entre otras.

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, habiéndose remitido el aceptante no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe...

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento *desde que se manifiesta la aceptación*".¹⁶²

Como vemos, para la contratación tradicional ellos se rigen por la Teoría del Conocimiento, es decir, aquella que propugna que sólo se forma el consentimiento cuando el oferente toma conocimiento de la aceptación.; y respecto de la contratación electrónica adoptan la teoría de la declaración, que es la que prima en nuestro país.

En palabras de Plaza Penadés "existen dos criterios: uno general para cualquier contratación a distancia o sin presencia física de las partes, que consiste en que hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación (recepción de la aceptación) o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe; y otro criterio, para la contratación electrónica, que consiste en sostener que hay consentimiento desde el momento que se manifiesta la aceptación (criterio de la emisión de la aceptación), derivado de la inmediatez de las transacciones electrónicas".¹⁶³

Por su parte la Directiva Comunitaria 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a Determinados Aspectos Jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico en el Mercado Interior, agrega en su artículo 11, que regula la realización de un pedido de un bien o servicio la exigencia de acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica.¹⁶⁴ Este sistema daría una mayor protección al consumidor para que tenga la certeza de que su aceptación ha llegado a destino y que el oferente ha tomado conocimiento auténtico de ésta. Adoptar esta modalidad no significa que la teoría de la formación del consentimiento sea la del conocimiento, sino que sigue siendo la de la declaración, pero revestiría

¹⁶² Consagrando los mismos criterios de distinción, el artículo 54 del Código de Comercio español establece que "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 ignorar sin faltar a la buena fe. El contrato el tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación".

¹⁶³ Plaza Penades, Javier. op. cit 133 p. 55.

¹⁶⁴ El artículo 11 de la Directiva Comunitaria 2000/31 prescribe que "Los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, en los casos en que el destinatario de un servicio efectúe s pedido por vía electrónica, se aplicarán los principios siguientes:

- el prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica,

mayor seguridad a un medio como Internet que por esencia es inseguro e interceptable, por lo que el consumidor sabría a ciencia cierta que el pedido que él efectuó, de un producto “x” a un precio “y” es exactamente el que recibió el proveedor oferente.

Analizando dicho precepto, la autora española Mercedes Zubiri de Salinas ha opinado lo siguiente: “la necesidad de acusar recibo no se debe entender como que es éste el momento en el que el contrato se perfecciona. No se debe confundir con la aceptación sino que su finalidad es otorgar certeza acerca de la recepción del pedido”, y agrega que “...el hecho de que el acuse de recibo deba hacerse por el mismo medio por el que se efectuó la contratación implica una cierta inmediatez al mismo para que tenga sentido”.¹⁶⁵

3.5.2. Lugar en que se forma el consentimiento.¹⁶⁶

En los contratos entre ausentes, el consentimiento se entiende formado en la residencia del aceptante de la oferta primitiva. Entonces ¿dónde se forma el consentimiento en los contratos electrónicos? La autora Paula Silva ha planteado al respecto que “la respuesta lógica sería el lugar en que se emite la aceptación, donde se encuentra el computador mediante el cual se emite la respuesta”, agregando que éste sería “... el domicilio o lugar desde donde se encuentra el aceptante, si consideramos que es el consumidor quien acepta.”¹⁶⁷

Sin el afán de ser majaderos, creemos que las normas que regulan la formación del consentimiento, son deficitarias, ya que hace aplicables a este fenómeno las normas contenidas en el Código de Comercio las cuales no contemplan circunstancias propias de la naturaleza funcional de los sistemas telemáticos: ¿Podríamos resolver a la luz de este cuerpo legal los problemas derivados de la falta de certeza de que la aceptación llegue o no a puerto?; y si ésta llega ¿qué el destinatario la abra y lea? Pues bien, estas dificultades se asemejan a las existentes en aquellas épocas en que el mecanismo más actualizado de comunicación era el telégrafo y el correo, no obstante, en ellos

se considerará que se han recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos”.

¹⁶⁵ Zubiri de Salinas, Mercedes. “La contratación electrónica como contratación a distancia”. *Internet y Derecho. Monografías de la Revista Aragonesa de la Administración Pública*. Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y relaciones Institucionales. Zaragoza (2001) p. 212.

¹⁶⁶ La importancia de concretar el lugar donde se forma el consentimiento es para determinar, entre otras:

-) la legislación aplicable.

-) la costumbre aplicable.

¹⁶⁷ Silva Barroilhet, Paula. “Autonomía de la voluntad, Contratación Electrónica y Protección del Consumidor”. *Revista Chilena de Derecho Informático. Universidad de Chile. Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho*. LOM Ediciones Ltda. Santiago. Diciembre N° 3 (2003) p .124.

podíamos fácilmente constatar materialmente si la aceptación había sido declarada o no, circunstancia de engorrosa constatación en soportes virtuales.

Capítulo IV: Cláusulas Abusivas y Contratación Electrónica.

Cada vez que el consumidor suscribe contratos latos que contienen cláusulas abusivas- en la medida en que éstos son redactados unilateralmente por el proveedor en términos confusos y altamente técnicos- no hace más que reflejar la desigualdad de las partes intervinientes en la relación comercial. En general, estas cláusulas cobran presencia en los denominados contratos de adhesión, los cuales constituyen “un supuesto típico de desplazamiento del principio de libertad contractual y de fractura del modelo clásicamente individualista de formación del contrato”¹⁶⁸ -¹⁶⁹

El fenómeno del comercio electrónico sienta sus bases en la consagración transfronteriza de este tipo de contratación. De ahí que el análisis del abuso en estos contratos y su recepción en nuestra legislación como en el derecho comparado sea de relevancia analizarlas.

4.1 Contrato por adhesión y condiciones generales. Precisiones.

La Contratación vía Internet presupone en las relaciones jurídicas de Empresa- Consumidor (B2C) una estandarización del contenido contractual.¹⁷⁰-¹⁷¹ Es cada vez más habitual que los usuarios de la red se vean enfrentados a extensos contratos y condiciones que aparecen con sólo clicar en un enlace indicado en la web del oferente adhiriendo a ellos de manera absoluta. Nuestra

¹⁶⁸ Stiglitz, Ruben y Stiglitz, Gabriel. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Ediciones Depalma. Buenos Aires (1985) p. 49.

¹⁶⁹ La expresión correcta es contrato por adhesión, ya que la frase contrato de adhesión da la idea de que se tratase de una nueva categoría contractual, cuando en realidad dice relación a una forma de contratar que se puede presentar en cualquiera de las categorías contractuales ya existentes.

¹⁷⁰ Para el autor español Alfaro Águila-Real, "el empleo de condiciones generales se ha justificado no sólo del punto de vista de las necesidades empresariales que han sido examinadas hasta aquí, sino también porque, al igual que la producción de Derecho supletorio por el Estado, reduce los costes de las transacciones para los particulares que no han de regular detalladamente sus relaciones cada vez que llevan a cabo un intercambio".

Agrega además este autor que la estandarización contractual reviste también ventajas que parecen necesarias destacar. Así "cuando un empresario predispone un clausulado contractual para utilizar en los contratos con sus clientes se produce una contribución a la seguridad jurídica en la medida en que la regulación contenida en él sea más completa y esté mejor adaptada al contrato celebrado que la regulación genérica del Derecho legal supletorio".

Alfaro Águila-Real, Jesús. "Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación". *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Ed. Civitas. Madrid (2002) p. 78.

¹⁷¹ El autor Álvaro Vidal Olivares sintetiza las características de las condiciones generales de la contratación en:

“a) predisposición unilateral. Son redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas (proveedor); b) generalidad. La oferta está destinada a ser aplicadas a ‘todos los contratos’ que una empresa o grupo de empresas celebren;

c) permanencia. La oferta, que contiene las condiciones generales, permanecen en vigor mientras no es modificada por el proveedor (el predisponente);

d) minuciosidad. La oferta es detallada, abarca todos los aspectos de la convención, aún los más hipotéticos; y, por último

e) inevitabilidad de la aplicación o imposibilidad de negociación: si el destinatario de la oferta quiere, o necesita, los bienes o servicios, objetote las condiciones generales, no puede evitar su aplicación. Estas condiciones o se aceptan o rechazan, sin posibilidad de negociar alguna modificación, o desviación, respecto de los contenidos pre-establecidos”.

Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo. op cit 79 p. 231.

Ordenamiento recoge en el Título II, párrafo 4º, artículo 16 y siguientes de la LPC denominado “Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los Contratos de Adhesión”, este tipo de contratación consagra una serie de hipótesis consideradas como abusivas en estas relaciones jurídicas.

Ante todo parece necesario puntualizar que la enumeración del artículo 16 es limitativa y se reduce sólo a los contratos por adhesión y no a las condiciones generales de la contratación, las cuales implican un campo mayor de aplicación, en la medida que éstas se encuentran contenidas en todos aquellos contratos que sean celebrados con cláusulas generales predispuestas aplicables a una pluralidad de contratos particulares en el futuro, los cuales podrán o no ser por adhesión.

Lo anterior constituye un grave problema respecto de aquellas relaciones de consumo en que baste que sólo una de las cláusulas pueda haber sido modificada convencionalmente para que la protección de la LPC no alcance a aquella.

Como expresa claramente García Amigo, citado por Pizarro Wilson, “el contrato por adhesión se caracteriza fundamentalmente porque el adherente no hace más que prestar su asentimiento en una normativa de la relación contractual rígidamente predispuesta de antemano sin su intervención, es decir, el adherente consiente en bloque al contenido predispuesto por el otro contratante. Las condiciones generales, en cambio, no impiden que con posterioridad sean alteradas por cláusulas particulares acordadas por las partes que modifiquen o extingan el contenido predispuesto en base al criterio de la especialidad.”¹⁷²

En efecto, y así lo consagra el derecho comparado, el verdadero objeto de protección de los consumidores dice relación al enfrentamiento de éstos con condiciones generales de la contratación que pueden o no estar contenida en contratos por adhesión, de manera que el abanico tutelar del usuario final resulta más amplio que el consagrado en nuestra legislación.

“Con todo la diferencia puede tener relevancia desde el punto de vista del control de la contratación con condiciones generales, ya que resulta preferible al momento de legislar la utilización de este término que el contrato por adhesión, ya que se presentan problemas graves al momento de determinar si estamos frente a un contrato por adhesión cuando se han modificado una o algunas cláusulas contenidas en él. Lo anterior no ocurre en las condiciones generales, que como

¹⁷² Pizarro Wilson, Carlos. *La Protección de los Consumidores en materia contractual*. Ed. Jurídica Conosur. Santiago (1999). p. 43.

se verá, se pueden controlar en forma independiente cada una de ellas, diferenciando aquellas que revisten caracteres de condiciones generales de las que no lo son".¹⁷³

4.2. Naturaleza Jurídica de las Condiciones Generales

Determinar la naturaleza jurídica de las condiciones generales reviste vital importancia en la medida que, adoptar una u otra postura, deriva en consecuencias muy diferentes, que tanto en los contratos celebrados con cláusulas predispuestas entre partes presentes como en contratos a distancia, desembocan en efectos o consecuencias gravitadamente opuestas.

En doctrina se han distinguido dos grandes direcciones normativas; la primera, que postula que las condiciones generales, "son normas, de forma que, con independencia que hayan consentidas por las partes- por el adherente-, deben considerarse vinculantes de la misma manera que forman parte del contrato las normas jurídicas supletorias", (elementos de la naturaleza del acto jurídico) de forma tal que "pasan a integrar el contenido del contrato si las partes no han excluido su aplicación"¹⁷⁴. La anterior descripción corresponde a la denominada doctrina normativista.

En consecuencia, las condiciones generales a priori tendrían fuerza obligatoria, y dicha coercibilidad sería asimilable, según la doctrina comparada, a la costumbre jurídica, en el sentido que dichas condiciones se incorporarían al derecho de un determinado Estado de la misma forma que lo hace la costumbre, no pudiendo sin embargo estas condiciones, ir en contra de la ley, ya que la costumbre sólo cumpliría un papel integrador en los términos ya conocidos, es decir, en silencio de norma que aclare un conflicto determinado, pero nunca contra norma expresa que ya hubiese resuelto el asunto.

Extrapolando. Los consumidores que celebran contratos por medios electrónicos con cláusulas predispuestas que contengan cláusulas generales de contratación, estarán vinculados a ella sin que fuese necesaria la expresión de voluntad que forma el consentimiento. De manera que las condiciones predispuestas por un proveedor cuya legislación se fundamente en la teoría normativista podrá perfectamente considerar obligatoria determinadas condiciones generales bastando la debida

¹⁷³ Pizarro Wilson, Carlos. Ibid.

¹⁷⁴ Alfaro Águila- Real, Jesús, op cit. 170 p. 80.

información de éstas a los consumidores, no pudiendo éstos alterar las condiciones generales obligatorias, salvo que así lo establezcan en forma expresa.

Por su parte la segunda tesis, llamada contractualista, postula que el contenido predispuesto con cláusulas generales de la contratación no tiene "valor normativo ni contractual antes de su aceptación y sólo adquieren valor jurídico externo al ser especialmente aceptada para formar parte del contenido de un determinado contrato."¹⁷⁵ En consecuencia, "la gran mayoría de la doctrina considera que las condiciones predispuestas vinculan porque han sido aceptadas por el adherente, de forma que en principio nada las diferencia de cualesquiera otras cláusulas contractuales."¹⁷⁶

Los consumidores que contratan por medios electrónicos, en especial por Internet, efectivamente celebran contratos por adhesión que pueden contener igualmente condiciones generales de contratación. Sin embargo, parece necesario desde ya puntualizar que dada las características de este fenómeno, la libre discusión de las cláusulas aparecen como un medio engorroso atentatorio con la inmediatez propia del comercio electrónico; en consecuencia, la adhesión absoluta de los usuarios al contenido contractual predispuesto por el proveedor sea la única forma en que las partes en los contratos de consumo se relacionen jurídicamente. Bajo este prisma, la falencia que adolece nuestra LPC se ve mitigada con las circunstancias del fenómeno objeto de nuestro estudio.

Así expuestas las cosas, parece gravitante un mayor resguardo de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados vía Internet; dado la posición dominante en que el proveedor on-line goza frente al cliente virtual.

4.3. Cláusulas abusivas.

Nuestro legislador optó por no conceptualizar lo que se debe entender por cláusulas abusivas, tal vez en la premisa original - previo a la reforma de la ley 19.955- de limitarse a enumerar ciertas hipótesis de hecho en una lista llamada doctrinalmente "lista negra", la cual dada su concepción en *numerus clausus*, prescinde de un concepto general que hiciera más extensiva las facultades del sentenciador en el caso concreto. Así lo denuncian Tapia Rodríguez y Valdivia Olivares, quienes reseñaban que nuestro país " a diferencia de las legislaciones alemana, francesa, española e italiana,

¹⁷⁵ De Castro, citado por Pizarro Wilson. op. cit. 172 p 54

¹⁷⁶ Alfaro Águila- Real, Jesús, op cit. 170 p. 82.

no ha definido las cláusulas abusivas, limitándose a entregar un listado de estipulaciones que producen efecto cuando se insertan en un contrato por adhesión, a pesar de que sus disposiciones (antes de la reforma) fueron transcritas de la Ley 26/84 de España."¹⁷⁷

En doctrina, la autora española Adela Sierra divide en dos sistemas la conceptualización de las cláusulas abusivas:

1° *Sistema Continental*: "El denominado sistema continental se caracteriza por contener una cláusula general definitoria junto a una enumeración no limitativa de supuestos que constituyen cláusulas abusivas"^{178 - 179}

2° *Sistema Anglosajón*: Éste se caracteriza por "recoger una tipificación de cláusulas abusivas, una lista cerrada, un *numerus clausus*, que contiene todos los supuestos de cláusulas que se consideran abusivas y, por tanto, merecedoras de una reacción por parte del ordenamiento jurídico."

El sistema continental aparece imbuido en la cláusula general de la Buena Fe¹⁸⁰, principio que orienta toda la contratación, y que impone a las partes el deber de lealtad que les corresponde mantener en los negocios jurídicos celebrados; permite de igual forma, una extensión de facultades para los jueces, quienes basados en criterios de racionalidad y experiencia podrían incluir dentro de su competencia nuevas circunstancias de hecho (como la contratación electrónica) sentando con ello la posición del hombre medio racional como referente, en pro de equiparar y mantener la equivalencia de poderes de las partes en los contratos de consumo.

Pareciera ser la posición más correcta si se quiere proteger ampliamente a los consumidores. La inclusión de una cláusula general que imponga corrección en las relaciones de consumo ampara en

¹⁷⁷ Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José Miguel. *Contrato por Adhesión. Ley 19.496*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago (1999) p. 89.

¹⁷⁸ Serra Rodríguez, Adela. *Cláusulas abusivas en la contratación, en especial, las cláusulas limitativas de la responsabilidad*. Ed. Aranzadi Thompson Company. 2° edición. Navarra. (2002). p. 43

¹⁷⁹ Un ejemplo de este sistema lo constituye la Ley Alemana de Condiciones Generales de la Contratación, *AGB Gesetz*, del 06 de Diciembre de 1976. En ella se contiene una cláusula general prohibitoria e ineficacia de cláusula abusivas, definiéndolas como aquellas que producen " un perjuicio de manera desproporcionada al consumidor en contra de la buena fe y equidad"

¹⁸⁰ Hemos de entender la buena fe en el sentido establecido en el artículo 1546 del Código Civil, en virtud de la cual atenderemos a su faz objetiva, esto es, "la conducta socialmente exigible que se pide al sujeto, en términos que si en su actuación se ha adecuado a ella se le puede tener por actuante de buena fe.

A modo ilustrativo nos parece interesante la interpretación que de este principio orientador propone el profesor Daniel Peñailillo, quien sostiene "la fe (buena o mala), es una sola. Y es la que se ha terminado llamando fe subjetiva. La fe es la convicción o conciencia de la actuación. La buena es la convicción o conciencia de actuar lícitamente (como claro texto legal confirmante puede citarse el art. 706 inc. 1° del Código Civil).

Lo que acontece - para denominar las nociones adecuadamente- es que hay dos métodos *para juzgar, medir, calificar*, la fe del sujeto.

Ahora sí que pueden emplearse los dos términos apropiadamente. Un método subjetivo y uno objetivo para evaluar la fe".

Peñailillo Arévalo, Daniel. "La apreciación de la buena fe". *Revista de Derecho. Universidad Católica de la Santísima Concepción*. Volumen II N° 1. (1993) p. 70.

mayor medida que aquella contenida en un sistema cerrado y limitado a una serie de conductas taxativamente enumeradas en los textos legales, cuya contravención importaría una sanción determinada. Esta última implicaría dejar impunes todas aquellas conductas consideradas reprobables moralmente, pero no incluidas dentro del listado.

Nuestra legislación recoge en su cuerpo normativo una concepción contractualista de las condiciones generales de la contratación ya vistas y adhiere además -antes de la reforma- a un sistema anglosajón, pasando según veremos, al sistema continental de cláusulas abusivas.

En efecto nuestra LPC integraba el conjunto de ordenamientos que consagraban dentro de su normativa una "lista negra", es decir, una serie de presupuestos fácticos que el legislador consideraba abusivos en relación a la posición dominante del proveedor en el contrato.¹⁸¹

El antiguo artículo 16 de la LPC haría eco de este enfoque al encabezar diciendo que: " No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que ...", y a continuación se enumeraban una serie de supuestos fácticos.

La doctrina mayoritaria se inclinaba en atacar tal clausulado por considerarlo restrictivo e ineficaz frente a las nuevas circunstancias de hecho que pudieran presentarse; en este sentido Pizarro Wilson concluía que "lo restrictivo de la comunicación significa un grave defecto, ya que no comprende todas las hipótesis de condiciones generales abusivas y tampoco puede prever las que irán apareciendo en el tráfico jurídico."¹⁸²

La castradora redacción del antiguo artículo 16 de la LPC implicaba poner punto final a las situaciones consideradas abusivas, cuya exposición no consideró la tendencia a esta nueva forma de contratación por vía de Internet, la cual bajo este cuerpo normativo podría perfectamente haber caído en situaciones no reguladas, y por ende, situarse dentro del campo de la impunidad.

Sin embargo, y enrolando nuestra legislación en la línea trazada por otras más avanzadas, se incorpora a nuestro juicio una nueva letra dentro del conjunto ya establecido con anterioridad, inclusión que, si bien podría pensarse en razón de su posición dentro del texto, excluye la idea de

¹⁸¹ Enrique Aimone señala que la doctrina acostumbra distinguir tres listados de cláusulas posibles en los contratos por adhesión:

“La lista blanca está conformada por cláusulas que no merecen objeción alguna respecto de su justicia y validez. La lista gris conforma la zona intermedia, y en ella figuran cláusulas que merecen un estudio, ya que, o son injustas, o bien pretenden sorprender al aceptante. Ejemplo de cláusula de lista gris sería aquella que en contrato de viaje de turismo, estipula que éste no tenga lugar si no ha adherido a él al menos 25 personas. La lista negra contiene aquellas cláusulas que, conforme a la legislación y a la doctrina, son decididamente inaceptables y que, en consecuencia, son declaradas sin valor”.

Aimone Gibson, Enrique. op. cit 86 pp 74 y 75.

¹⁸² Pizarro Wilson. op. cit. 172 p. 201.

una norma general de protección al consumidor frente a las cláusulas abusivas; su redacción, empero, no hace sino que otorgarle al juez amplias facultades para que - fundado en la Buena Fe objetiva- restablezca el equilibrio contractual declarando la nulidad de cláusulas reñidas con este principio orientador. En efecto la letra g) del artículo 16 de la actual LPC dispone que: "En contra de las exigencias de la buena fe atendiendo para estos efectos o parámetro objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a las exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales."¹⁸³

La inclusión de una cláusula general respondía al llamado de la doctrina nacional a recogerla. Así por ejemplo para los autores Tapia Rodríguez y Valdivia Olivares, la LPC previa a la reforma no hacía referencia "a la buena fe o al equilibrio entre las prestaciones como criterios que permitan excluir las condiciones generales abusivas", agregando que "no existe en la enumeración del artículo 16 ninguna remisión explícita a parámetros de equidad, como criterios que permitan a la jurisprudencia analizar la justicia del contrato por adhesión."

Queda claro que sobreponerse a este escollo nos coloca, al menos parcialmente, como consumidores adherentes en cualquier contrato celebrado a través de Internet, en una situación menos desfavorable frente a la inclusión de cláusulas abusivas. El parámetro rector de racionalidad que impone la Buena Fe y la extensión del campo de acción del juez frente a situaciones de abuso contractual afianza la instauración de esta forma de contratación dirigiéndola a canales masivos de multiplicación de ventas on- line. En palabras de Orduña Moreno, "la alusión al criterio de buena fe como exponente máximo en la caracterización de la cláusula abusiva, no refiere la simple aplicación

¹⁸³ Contrario a la existencia de una norma general destinada a la equiparación de "poderes" de las partes en los contratos de consumo, es lo señalado por el profesor Ricardo Sandoval López; para él "la legislación chilena establece una nómina cerrada de cláusulas abusivas" y agrega "creemos que este criterio se mantuvo, no obstante que el artículo 16 de la LPC se le agregó una letra g)."

Nos parece curioso el razonamiento del connotado autor nacional, toda vez que la primer a parte de la letra g) del artículo 16 es casi idéntica a la cláusula general de prohibición contenida en la Directiva Comunitaria 93/13/ CEE sobre cláusulas contractuales abusivas, la cual considera abusivas aquellas cláusulas que " pese a la exigencias de la buena fe, causan un detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato."

Con esta cláusula general similar a la letra g) de prohibición se persigue en consecuencia " la eliminación de aquellas cláusulas contractuales que se reputan abusivas por no respetar los principios de la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones."

Pagador López, Javier. *La Directiva Comunitaria sobre Cláusulas Contractuales Abusivas. Monografías Jurídicas*. Ed. Marcial Pons. Madrid (1998) p. 60.

de dicho criterio como principio general o de integración contractual, sino la normalización o valoración de la justicia y del equilibrio contractual predispuesto”.¹⁸⁴

No obstante, y como ya lo hemos expuesto, este criterio de justo equilibrio en nuestra legislación adolece de grandes falencias que pueden perfectamente limitar su sustancia. En efecto, la LPC es completamente aplicable en nuestro territorio donde la soberanía de los tribunales obligan a todas y cada una de las personas, naturales y /o jurídicas. De manera que la oponibilidad de nuestro criterio racionalizador a proveedores domiciliados en otros países sería nula y empeoraría aún si en sus propias legislaciones no contuvieren normas mínimas de protección al consumidor. Lo anterior, a la fecha resulta un tema insoslayable en la práctica y sólo puede verse atenuado con el potenciamiento de las asociaciones de consumidores y la suscripción de tratados multilaterales que fijen (al menos en el ámbito americano) al estilo de la comunidad europea, normas similares de tratamiento de las relaciones contractuales de consumo en los contratos celebrados a distancia.

Crítica similar, con relación a nuestro tema, merece la innovación contenida en el inciso 2° de la letra g) del artículo 16 de la LPC, la cual establece que "en todo contrato de adhesión en que se designe un árbitro será obligatorio incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recusarlo, conforme a lo establecido en el inciso anterior. Lo que se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente".

Dicha innovación en la legislación manifiesta a escala nacional un paso importante en lo referente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. Hasta antes de la aparición de la reforma de la ley 19.955 y a modo de evitar o hacer imposible un acceso judicial, se introducían en los contratos una "cláusula compromisoria" de prórroga de competencia de los tribunales ordinarios a un árbitro previamente designado en el mismo contrato, revistiéndolo generalmente de una serie de características que tornaran evidentemente oneroso la contratación de cualquiera de ellos.

Para De Castro -citado por Tapia Rodríguez y Valdivia Olivares- "ninguna cláusula de las condiciones generales es más peligrosa que la cláusula compromisoria, por cuanto facilita la imposición de tribunales y normas favorables a los intereses del empresario". Y agregaba que " para

¹⁸⁴ Orduña Moreno, Francisco Javier. "Derecho de la Contratación y Condiciones Generales" *Contratación y Comercio Electrónico*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia (2003) p. 358.

el consumidor la lejanía o el costo de los honorarios del árbitro puede llegar a ser una carga insoportable."¹⁸⁵

Que la LPC establezca la posibilidad de opción respecto de la interposición de la demanda ante el Juez de Policía Local, salvaguarda los intereses que pueden verse burlados por la imposición de un árbitro "no deseado" o "más cercano" a los intereses empresariales que a la instauración de la equidad allí donde esta falte.

Esta inclusión, a lo menos en Chile, permite que el consumidor que contrata por medio de Internet pueda acceder a una justicia imparcial.

Asimismo, y siguiendo con el camino adoptado por la doctrina comparada, la introducción del artículo 16 de la LPC viene a cimentar una opción inherente a todos los usuarios que contratasen por Internet y a quienes no.

La consagración de una sanción de nulidad parcial en el supuesto de que el tribunal de la instancia estimara abusiva una o más cláusulas, posibilita siempre el fin último perseguido por el consumidor: cual es la adquisición del bien o servicio. Resultaba injusto para éste, que viéndose burlado en sus derechos cargare además con la sanción "práctica" de no poder adquirir el bien contratado, por haberse declarado nulo el contrato, y consecuentemente haber operado el efecto general restitutorio propio de dicha declaración.

No obstante, el legislador - adecuadamente a nuestro juicio- estimó necesario contemplar que la nulidad parcial procedía "a menos que por la naturaleza misma del contrato, atendida la intención original de los contratantes ello no fuere posible. Con esta inclusión queda a salvo los consumidores que hayan contratado con cláusulas abusivas y cuya nulidad haga inoperante la subsistencia del contrato; así el consumidor o usuario que contrate vía Internet igualmente gozará en nuestro país de tal beneficio.

Por último, planteamos la inviabilidad en la contratación electrónica transfronteriza en relación a lo dispuesto en el artículo 17 de la LPC.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José Miguel. op. cit 177 p. 122.

¹⁸⁶ El artículo 17 de la LPC prescribe que "Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con estos requisitos no producirán efecto alguno.

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

No obstante lo previsto en el inciso primero, tendrán validez los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al

Es claro que la protección avanza para nuestro "ciberconsumidor" que contrata con un proveedor cuyo domicilio se encuentra en Chile. En este sentido, la modificación del Senador Naranjo de exigir en los contratos por adhesión un tamaño mínimo de la letra (no inferior a 2,5 milímetros) como asimismo que éstos sean redactados en idioma Castellano son, a lo menos, intenciones de mantener un equilibrio formal.

La verdadera arma del consumidor, suscriptor de sendos, técnicos y dificultosos contratos por adhesión, residía en la consagración de un derecho a retractación prístino, sin subterfugios que lo hicieran inoperante¹⁸⁷ Pero como lo señalamos anteriormente el artículo 3 bis de la LPC permite fácilmente burlar pretendida protección incluyendo como cláusula de estilo la prohibición del retracto.

En suma, la incorporación de la Buena Fe como criterio expresamente instaurado por el legislador para preservar la conmutatividad en los contratos de consumo, y como verdadero instrumento de control de contenido o de fondo de las cláusulas abusivas sea la única forma no corrompida y aceptada masivamente en el mundo jurídico que pueda surtir real eficacia a la hora de evitar desequilibrios en favor de los proveedores.¹⁸⁸

contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales.

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

¹⁸⁷ Sobre este punto ver Capítulo II acerca de la Información que ha de recibir el consumidor en los Contratos Electrónicos.

¹⁸⁸ En este mismo sentido expone el autor José María Miquel al señalar que "el equilibrio de derechos y obligaciones es la meta perseguida por el control de contenido y la buena fe el criterio para medir ese equilibrio. Por hipótesis no puede existir una contravención de las exigencias de la buena fe si existe un equilibrio de derechos y obligaciones, pues este ha de ser apreciado conforme a la buena fe. Ahora bien, esto es así en lo que se refiere al equilibrio de derechos y obligaciones que es el objeto del control de contenido. Si nos referimos a los elementos esenciales o al equilibrio de las prestaciones, éste puede existir y al mismo tiempo también una contravención de la buena fe si se falta a la debida transparencia. Aquí no se controla el equilibrio sino la transparencia. Se protege el interés del adherente en el cálculo exacto de los elementos esenciales con independencia de su equilibrio. Por consiguiente, respecto de ellos, al no estar sometidos al control de contenido, de equilibrio, adquiere suma importancia la protección del interés del cliente en la exactitud de su cálculo. El cliente tiene derecho a que no existan sorpresas, por falta de transparencia, sobre la carga económica que el contrato supone para él, por equilibrada que sea. Las condiciones generales no le pueden imponer una carga suplementaria, ni disminuir la del predisponente, si carece de la necesaria transparencia".

Miquel, José María. "Modificación de la ley 26/1984 de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios". *Comentarios a la ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Ed. Civitas. Madrid. (2002) pp.934 y 935.

Capítulo V. El pago por medios electrónicos.

5.1. Introducción.

Nuestra LPC no hace referencia expresa a la obligación del consumidor de pagar el precio del bien o servicio adquirido, pero sí lo menciona implícitamente al establecer en el artículo 1° N° 2 lo que entiende por “proveedores”, en el sentido de que éste al ofrecer sus bienes o servicios, deberá cobrar “precio o tarifa”, lo cual significa que el comprador deberá pagar correlativamente dicho precio o tarifa si es que quisiera adquirir un bien o disfrutar del servicio ofrecido

Para suplir el vacío regulatorio de la LPC, se recurre a las normas supletorias consagradas en el Código Civil, el cual en su Título XVI denominado “De los modos de extinguirse las obligaciones y primeramente de la solución o pago efectivo”, sienta una completa regulación de éste modo de extinguir.

5.2. Concepto y un poco de historia.

Según el Diccionario enciclopédico de la lengua, podemos entender por pago¹⁸⁹ “*la entrega de un dinero o especie que se deba*”.

Nuestro Código Civil, por su parte en su artículo 1568 nos dice que “*pago es la prestación de lo que se debe*”.

La doctrina nacional a su vez, agrega otras definiciones. Para Arturo Alessandri, “*pago significa el cumplimiento de una obligación de dar y más restringida, de una obligación de dinero*”.¹⁹⁰

El pago es una convención que extingue una obligación, realizándose para ello una prestación de dar, es decir, entregar una cantidad de dinero equivalente al precio o tarifa exigido por un bien o servicio; dicho dinero es entonces, el objeto de la prestación de dar. Es así que surge la pregunta ¿qué es el dinero?

¹⁸⁹ Diccionario Enciclopédico de la Lengua Castellana. Ed. Codese S.A. Buenos Aires (1968) p.949.

¹⁹⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo. *Tratado de las obligaciones*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago (2004) p.11.

Como instrumento de intercambio económico, el dinero se ha utilizado desde la época del neolítico hasta nuestros días, siendo sus primeras expresiones sacos de trigo o cabezas de animales, pasando posteriormente al manejo de los metales como el cobre, la plata y el oro, por su mayor facilidad de transporte. Hoy encontramos en circulación monedas, papel moneda o billetes, por un lado, y por otro, los cheques y tarjetas de crédito, instrumentos que el autor uruguayo Marcelo Bauzá Reilly, en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Informático, agrupó como “instrumentos típicamente monetarios...o bien sucedáneos agrupados bajo el nombre de ‘moneda estructural’”.

Para Weatherford “el dinero habla con sentido en un lenguaje que todas las naciones entienden”. Así “ el dinero constituye el eje de la cultura de nuestro mundo, siendo nexo de las relaciones entre personas, y no solamente entre cliente y proveedor, sino también de un hijo con su padre, la de los amigos, vecino, integrantes de una organización deportiva, entre la Iglesia y sus miembros, etc”.¹⁹¹

5.3 Pago Electrónico.

Como hemos visto Internet se ha convertido en un medio al servicio del intercambio de bienes y servicios, requiriendo para ello mecanismos seguros para el pago de las transacciones efectuadas a través de él, acordes con las especiales características de la red.

Nuestra legislación no contempla una regulación condensada y específica, de los medios de pago electrónicos, dejando un vacío que, a nuestro entender deberá suplirse por otro tipo de normativa nacional y, si procede, adoptar las soluciones que surgen de la doctrina extranjera.

¹⁹¹ Dentro de su mismo libro, plantea “Desde tiempos muy remotos, cuando los templos de medio oriente las prostitutas ofertaban sus servicios a los fieles a cambio de algún donativo en monedas de oro a los dioses, el dinero estuvo íntimamente ligado al sexo. La conexión se intensificó con el avènement del capitalismo. Como dijo Benjamín Francklin en los albores de la era capitalista ‘el dinero puede engendrar más dinero y sus crías pueden engendrar otras nuevas y así sucesivamente’. Como si fuera un ser viviente, el dinero tiene la habilidad de reproducirse. Algunos espíritus victorianos como Karl Marx y Friedrich Engels se sintieron irritados ante esta centuria, los computadores han hecho por el dinero lo que la píldora anticonceptiva ha hecho por el sexo. Como reacción a los constreñimientos victorianos el siglo XX se transformó en una época de rebelión, durante la cual el sexo y el dinero se volvieron muchos más libres y de fácil acceso. Durante la segunda mitad de esta centuria, los computadores han hecho por el dinero lo que la píldora anticonceptiva ha hecho por el sexo. El fruto de ello es una era de una promiscuidad monetaria sin precedentes”.

5.3.1 Concepto.

Al no existir en nuestra legislación un concepto, atenderemos a lo establecido por la Recomendación de la Comisión de las Comunidades europeas, sobre Código de Buena Conducta en materia de pago electrónico, la cual lo define como “*cualquier operación de pago efectuada con tarjeta de pista/s magnética/s con un microprocesador incorporado en un equipo terminal de pago electrónico o terminal de punto de venta*”.¹⁹²

Esta definición se complementa con la Recomendación relativa a las Transacciones efectuadas mediante Instrumentos Electrónicos de Pago, en particular entre emisores y titulares de tales instrumentos¹⁹³, conteniendo los requisitos mínimos de información que deben cumplirse al fijar las condiciones aplicables a las transacciones efectuadas mediante pago electrónico, las obligaciones y responsabilidades mínimas entre las partes involucradas, y la forma en cómo debe redactarse las condiciones generales de la forma de pago.¹⁹⁴

Ambas ofrecen un marco jurídico específico sobre el pago electrónico a través de redes de comunicación a toda la comunidad europea, ya que esta última, en su considerando 1º, le otorgó una importancia esencial a los sistemas de pago efectuados mediante instrumentos electrónicos, dentro del mercado interno de la comunidad, reconociendo además, en el considerando 3º, a las tarjetas de pago, como el medio ideal a utilizar.

5.3.2. Tipos de medios electrónicos de pago.

En este punto analizaremos los medios de pago que a nuestro entender revisten mayor importancia. Ellos son:

- Tarjetas de crédito.
- Monedero electrónico.
- Cheque electrónico.

Weatherford, Jack. “La vida erótica del dinero” *La historia del dinero. De la piedra arsénica al ciberespacio*. Ed. Andrés Bello Santiago (1997) p.310.

¹⁹² La Recomendación 87/598/CEE Código Europeo de buena conducta en materia de pago electrónico, de 8 de Diciembre de 1987, trata de equiparar las condiciones en todos los estados miembros, para que, actuando unidos y en común, consigan normas y modalidades de utilización que permitan, en interés de los usuarios, la compatibilidad y complementariedad de los sistemas de pago. Es por ello que sugiere que las nuevas formas de pago se desarrollen ofreciendo seguridad y comodidad a los consumidores.

¹⁹³ Recomendación 97/ 489/CEE de la Comisión de 30 de Julio de 1997.

¹⁹⁴ Sección 2º, “Transparencia de las condiciones aplicables a las transacciones”. Artículo 3 y 4.

5.3.2.1. Tarjeta de crédito.

La regulación nacional la podemos encontrar en dos cuerpos diversos:

a.-El Compendio de Normas Financieras del Banco Central, en cuyos Capítulos III J.1 y III J.2, regulan la operación de tarjetas de crédito y de débito, y el Capítulo III. J.3, que reglamenta la emisión y operación de tarjetas de pago con provisión de fondos y,

b.-La Recopilación de normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que en su Capítulo 1 al 7, regula la transferencia electrónica de información y de fondos en las operaciones bancarias e interbancarias.¹⁹⁵

Podemos decir que la tarjeta de crédito es hasta hoy, el medio más utilizado en Chile y en el resto del mundo como instrumento de pago virtual¹⁹⁶. Pero su uso ha exigido diseñar e implementar sistemas que resuelvan 2 grandes problemas; por un lado, los derivados del hecho que ni el titular de la tarjeta o tarjetahabiente, ni el empresario de la red estén presentes físicamente en el mismo sitio al momento de su utilización y, por otro lado, los que provienen del carácter abierto y transfronterizo de Internet, lo que implica una enorme inseguridad de los consumidores para contratar por este medio, en razón de que sus mensajes y datos sobre su tarjeta de crédito podrían ser interceptados por un tercero, haciendo un mal uso de ellos.

Para entender lo que es una tarjeta de crédito¹⁹⁷, nos estaremos a lo establecido en la Circular N° 3013-521 del Banco Central de Chile, acuerdo N° 1936-16-890524, conocida como “Normas para los Bancos y Sociedades financieras y Empresas que emiten tarjetas de crédito u operen sistemas de tarjetas de crédito”. En ella se la conceptualiza como “*cualquier tarjeta u otro documento destinado*

¹⁹⁵ www.sbif.cl

www.sbif.cl/normasSBIF/bancos/cap0107.paf.

¹⁹⁶ El séptimo informe sobre Comercio Electrónico en España sobre medios de pago, que abarca el período de enero a marzo del 2002, establece que, aunque hay otras formas de pago que se utilizan en esta modalidad comercial, el pago mediante tarjeta es el que más se acerca a la esencia del comercio electrónico.

¹⁹⁷ Como dato ilustrativo señalaremos que el origen de la tarjeta de crédito se encuentra en EE.UU, siendo emitida en 1914 por la empresa Western Union, con el propósito de asegurarles a los usuarios una atención preferencial en todas las sucursales de la empresa y proporcionarles la posibilidad de un pago diferido.

En 1950 Frank Mc Namara, crea la 1ª tarjeta para viajes y entretenimiento de Diners Club, que permitía pagar a los socios mensualmente gastos de hoteles, restaurantes, entre otros.

Recién en 1951 nace la modalidad de tarjeta de crédito bancaria, a iniciativa del Franklin National Bank de Long Island, Nueva York. En ella se identificaba el número de cuenta corriente del cliente y su línea de crédito.

Fue en el año 1958 que el Bank of American, realizó un programa de tarjetas de crédito que se extendió a todo el estado de California y, al año siguiente, se crearon los programas de computación para su empleo.

En la década del '70 nace un sistema multinacional denominado Ibanco Ltda., dedicado a administrar tarjetas de crédito, a lo que más tarde de le dará el nombre de VISA.

En nuestro país, el sistema fue introducido por Bancard, logrando la autorización del Ministerio de Economía en 1979 y, en ese mismo año, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, permite a los bancos, operar con tarjetas de crédito.

a ser utilizado por su titular en la adquisición de bienes o servicios suministrados por establecimientos afiliados al correspondiente sistema, pagados mediante crédito otorgado por el emisor de la tarjeta al titular de la misma”.

Para el autor nacional Ricardo Sandoval, la tarjeta de crédito es “ *una operación mercantil mediante la cual el emisor, banco o institución financiera, concede al titular de la misma, un crédito rotatorio de cuantía determinada, gracias a un contrato de apertura de crédito, celebrado entre ambos, con el objeto que el usuario lo emplee en la adquisición de bienes o en el pago de servicios proporcionados por establecimientos afiliados al sistema vinculados al emisor por el respectivo contrato de afiliación, que obliga a dichos establecimientos comerciales, a aceptar el pago mediante el uso de la tarjeta y al bancos pagarlas, dentro de cierto lapso dichas adquisiciones o servicios*”¹⁹⁸

Para entender el rol de este instrumento, nos guiaremos por la clasificación de medios de pago en Internet planteada por Bauzá Reilly, Vicepresidente de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Informática y Derecho.

a.- Pago fuera de línea.

La tarjeta de crédito es un medio masivamente ocupado para cancelar o pagar por bienes o servicios adquiridos o utilizados. De manera que al usarse Internet como mera “vitrina”, las órdenes de pago, el pago mismo y las confirmaciones posteriores fuera de la red, hacen de este procedimiento un sistema limitado, no acorde a la rapidez y velocidad de la misma.

b.- Pago en línea, suministrando los datos de la tarjeta para la compra del bien o utilización del servicio.

Es la modalidad actual más extendida del comercio en la red. Para su análisis debemos hacer un hincapié previo con respecto de la tarjeta de débito, que a nuestro entender no sería compatible con el comercio electrónico vía Internet, según pasamos a explicar.

Por tarjeta de debito entendemos a “*cualquier tarjeta u otro documento, que identifica al titular de una cuenta corriente o bancaria o de una cuenta de ahorro a la vista operada sin libreta, de que*

Sandoval López, Ricardo. *Tarjeta de crédito bancaria*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago (1991) pp. 10-12.

*trata el Capítulo III. E. 2, del Compendio de Normas Financieras o de una cuenta a la vista de que trata el Capítulo III. B.1.1, del Compendio de Normas Financieras, con el emisor de la tarjeta, en lo sucesivo la(s) cuanta(s), que sea utilizada como instrumento de pago en la red de establecimientos afiliados al sistema que cuenten con dispositivos electrónicos que operen con captura en línea de las transacciones y en que los montos correspondientes sean debitados inmediatamente en la cuenta del titular y acreditados en la cuenta del beneficiario, sólo si dichas transacciones son autorizadas y existen fondos suficientes”.*¹⁹⁹

Un ejemplo en nuestro país de esta modalidad, es la tarjeta Red Compra, la cual funciona mediante una red de cajeros automatizados administrados exclusivamente por Red Banc S.A. Como lo explica el autor Jijena Leiva²⁰⁰, dicha red de cajeros pertenece a la que se llama redes cerradas y privadas, las cuales son de propiedad y administradas por entes específicos, que se rigen por contratos particulares, poseyendo un número limitado de participantes o usuarios y, que no admiten el ingreso de terceros no autorizados o no habilitados.

Es justamente esta última característica la que nos permite afirmar que este tipo de tarjetas no es compatible con la relación de consumo vía Internet, ya que:

a.- Internet es el ícono, la más grande de las redes abiertas o públicas y, que se caracteriza porque nadie puede ser impedido de acceder y operar en ella; en cambio, las redes cerradas poseen un número limitado de participantes o usuarios y, no admite el ingreso de tercero no autorizados o no habilitados.

b.- En las redes cerradas, la seguridad se basa en el acceso por medio de un nombre y/o contraseña, con lo cual los usuarios son conocidos de antemano; en cambio, en Internet, para lograr una óptima seguridad en su acceso y navegación, se requiere de otro tipo de sistema, como la encriptación de los datos que circulan en él.

Graficando: Si un consumidor chileno, titular de una tarjeta Red Compra, quisiera adquirir un televisor en la página web de Sony en Japón, no podrá utilizarla en el caso que éste proveedor no se encuentre afiliado al sistema, porque no se admite su ingreso, al no estar autorizado o habilitado previamente, con lo cual se atenta contra la inmediatez y velocidad de Internet, considerando

¹⁹⁸ Sandoval López, Ricardo. *Nuevas operaciones mercantiles*. Ed. Jurídica Conosur Ltda. 4ª Edición. Santiago (1999) p.121.

¹⁹⁹ Compendio de Normas Financieras del Banco Central. Título Generalidades. Artículo 1º. Capítulo J III.2.

²⁰⁰ Jijena Leiva, Renato. op. cit.29 p.38

entonces, que no es un medio de pago acorde para actuar como tal en una transacción comercial electrónica vía Internet.

Así también lo ha entendido Jijena Leiva al expresar “...en Chile los pagos por concepto de compras a través de Internet son bajos y aún no masificados y operan por regla general, con herramientas del mundo físico, como son las tarjetas de crédito, y de débito en el futuro, ya que a estas alturas, la tarjeta de débito sólo se utiliza mediante una red cerrada o propietaria de la empresa Red Banc S.A y no en el ámbito de la Internet...el único medio de los regulados que a esta fecha en Chile puede usarse en el mundo de Internet, es la tarjeta de crédito. Cuestión pendiente de definición o habilitación por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras es la posibilidad de utilizar la tarjeta de débito para pagar las compras o los servicios prestados mediante Internet”.²⁰¹

Ya conceptualizada y reseñada la normativa que recoge a la tarjeta de crédito, nos adentraremos en el análisis de la compatibilidad de la misma con el comercio electrónico vía Internet.

Para que se pueda realizar el pago electrónico a través de una tarjeta de crédito, se requiere de una transferencia electrónica de fondos. Esta operación, en nuestro país, se encuentra regulada por el Capítulo 1-7 de la Recopilación de normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la que la define como “ *todas aquellas operaciones realizadas por medios electrónicos que originen cargos o abonos de dinero en cuentas, tales como traspasos automatizados de fondos efectuados por un cliente de una cuenta a otra; órdenes de pago para abonar cuentas de terceros; utilización de tarjetas de débito en puntos de ventas; recaudaciones mediante cargos a cuentas corrientes; giros de dinero mediante cajeros automatizados, etc. En general, comprenden las descritas y cualquier otra operación que se efectúe por aquellos medios, en que un usuario habilitado para ello, instruya o ejecuta movimientos de dinero en una o más cuentas*”.²⁰²

¿Cómo funciona el sistema de pago? Al momento de la adquisición y antes de que el proveedor B libre el bien o servicio, procede a cotejar la validez y eficacia de la tarjeta de crédito propuesto por el consumidor o usuario A, mediante la verificación del número de la misma, ante el ente emisor, ya sea por vía telefónica o por medio de una consola telemática y, si la operación resulta autorizada, procederá a entregar el producto o servicio elegido.

²⁰¹ Id.

²⁰² Circular N° 2.874-1, 14.11.96.de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Toda esta operación concentra 3 contratos distintos que envuelven la operación de una tarjeta de crédito:

- 1). El contrato de apertura de crédito celebrado entre el banco o la institución emisora y el usuario de la tarjeta.
- 2). El contrato de afiliación que une a los establecimientos comerciales con el emisor.
- 3). El contrato de mandato entre el titular de la tarjeta y la sociedad administradora.²⁰³

Es de nuestro parecer que todas las normas citadas son plenamente aplicables al comercio electrónico, y nos basamos en lo dispuesto específicamente en el Capítulo 1-7 de la Recopilación de Normas últimamente mencionada que se refieren a *“la prestación de servicios bancarios y a la realización de operaciones interbancarias que se efectúan mediante transmisores de mensajes o instrucciones a un computador conectado por redes de comunicación propias o de terceros, efectuadas desde otro computador o mediante el uso de otros dispositivos electrónicos.*

Dichos servicios comprenden tanto las transferencias electrónicas de fondos como cualquier otra operación que se realice utilizando documentos, mensajes electrónicos, o dispositivos que permiten a los clientes de la institución financiera la ejecución automática de operaciones. Además, estas normas alcanzan también a las comunicaciones por vía electrónica que no den origen a una operación propiamente tal, cuando la información transmitida esté sujeta a secreto o reserva de acuerdo con lo dispuesto por la Ley General de Bancos”.

Dentro de esta modalidad de pago con tarjeta de crédito, existe un temor muy arraigado, en relación a la poca seguridad que brinda la red para proteger, por ejemplo, el número de la misma, facilitando un uso malicioso de ella, por parte de un tercero inescrupuloso.

Así lo ha manifestado el autor español Rivero Alemán, al decir que “el principal problema técnico que plantea la tarjeta, además de la identificación de los sujetos, es el de delimitar el momento en que las partes implicadas en la operación tienen conocimiento de estar en conexión entre sí (y no con otros sujetos), con utilización real del sistema y la certeza de que el contenido de la instrucción cursada no ha sido modificada”; prosigue “la protección del consumidor sólo se obtiene a través de sistemas electrónicos más seguros, al margen de las ya conocidas ventajas que ofrecen en otros aspectos, tales como: reducción de las aglomeraciones ante los mostradores de los

²⁰³ Estos contratos se encuentran regulados dentro del Capítulo de Derechos y Obligaciones entorno a una operación de tarjeta de crédito.

establecimientos, mantenimiento de mucho dinero en casa, discreción en cuanto al manejo de dinero en público”²⁰⁴

Es por lo anteriormente expuesto que se han creado nuevos métodos técnicos de resguardo, para dar así confianza a los usuarios de Internet y propender a un fluido y variado tráfico comercial.

c.- Pago en línea suministrando el usuario los datos de su tarjeta de modo encriptado.

Como ya lo hemos mencionado se han introducido protocolos de seguridad al servicio de la utilización de las tarjetas de crédito o bien, archivos certificados que las personas insertan en sus computadores conteniendo los datos necesarios para las transacciones, lo que permite proteger los datos del usuario y la operación efectuada²⁰⁵, mediante un ocultamiento de dichos datos a terceras personas, basados en el uso de la criptografía y la tecnología digital.

Para la Real Academia española, criptografía²⁰⁶ es “*el arte de escribir con clave secreta de un modo enigmático*”.

En doctrina comparada encontramos la definición dada por el autor español Antonio Vila Sobrino, quien expresa que “*la criptografía es la técnica que consigue transformar un texto ininteligible, denominado texto en claro o plaintext, en otro llamado criptograma o ciphertext, cuyo contenido de información sea idéntico, pero con la propiedad de que sólo puedan acceder a dicha información las personas autorizadas*”.

Para el autor uruguayo, Carlos Delpiazzo, en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Informático, manifiesta que “*es la ciencia que se ocupa de transformar mensajes en formas aparentemente ininteligibles y devolverlas en su mensaje original. Generalmente, utiliza un algoritmo matemático para cifrar datos con el fin de hacerlos incomprensibles para cualquiera que no posea su clave, o sea, la información secreta necesaria para descifrar los datos cifrados*”.

²⁰⁴ Rivero Alemán, Santiago. *Crédito, Consumo y Comercio Electrónico*. Ed. Aranzadi, Navarra. (2004) p. 559.

²⁰⁵ Con respecto de la seguridad podemos señalar que Internet Explorer cuenta con cuatro zonas de seguridad y que tienen los siguientes nombres:

“ 1.- Zona de Internet: La zona de seguridad predeterminada que tiene un nivel de seguridad mediano.

2.- Zona de Intranet Local: Una zona de seguridad media baja diseñada para los sitios de la intranet de su empresa. Ésta también es el área en la que se encontrarán de manera predeterminada los sitios listados en su ficha Conexiones.

3.- Zona de Sitios de Confianza: Dado que tiene una asignación de seguridad baja, esta zona deberá estar reservada para aquellos sitios en los que confíe por completo.

4.- Zona de Sitios Restringidos: Un nivel de seguridad alto propio para sitios reservados en que no esté seguro si puede confiar de alguna forma”. op. cit. 17.p 165.

²⁰⁶ Como dato ilustrativo podemos decir que esta técnica ha sido ocupada desde tiempos inmemoriales. Uno de los primeros sistemas fue creado por el emperador romano Julio César, el cual operaba en un desplazamiento de las letras del alfabeto tres posiciones más adelante de las que originalmente les correspondía. Así por ejemplo la frase: “El comercio electrónico” encriptada según el sistema aludido, sería así: “Hñ frphuflr hñhfwurplfr”.

En nuestro país el profesor Ricardo Sandoval la conceptualiza como “*aquella que estudia la ocultación, disimulación o cifrado de la información, así como el diseño de sistemas que realizan dichas funciones, utilizada tradicionalmente en los ámbitos militar, diplomático y comercial*”.²⁰⁷

Dentro de esta disciplina encontramos 2 tipos de criptografía:

1. La criptografía simétrica o de clave privada.

Por ella entenderemos aquel sistema en el cual, quien envía un mensaje, lo encripta con una clave privada secreta y, quien recibe el mensaje, lo desencripta con esa misma clave.

¿Cómo funciona esta modalidad? *A* es un consumidor o usuario interesado en comprar cd's de música en la web *www.musimundo.com*, del proveedor *B*. *A* selecciona el producto de su preferencia y, “clickea” sobre el carro de compras, escogiendo la tarjeta de crédito como medio de pago. Para ello, junto con usar y enviar la clave privada, debe emitir a *B* un mensaje que contenga el número de su tarjeta, ya que será dicha llave o clave el medio técnico que *B* utilizará para desencriptar el mensaje que recibe.

Si bien la fluidez de este sistema es patente, obliga a su vez, a quien envía el mensaje, remitir al receptor la llave o clave para desencriptarlo, transformándolo en un mecanismo inseguro y poco fiable, por cuanto dicha llave puede ser interceptada y conocida de terceros. Nos preguntamos entonces ¿cómo transmitir de modo seguro esa clave? Para ello, la siguiente modalidad nos entrega la respuesta.²⁰⁸

2. La criptografía asimétrica o de clave pública-privada.

La conceptualizaremos como un sistema que usa un conjunto de dos claves asociadas, una privada, sólo conocida por el usuario que debe mantener en secreto y, una pública, que se da a conocer a todos, y que se relaciona matemáticamente con la primera.

No fue sino con la Segunda Guerra Mundial que la criptografía moderna surgió con fines militares, actualizándose, además al campo diplomático y comercial.

²⁰⁷ Sandoval López, Ricardo. *Derecho del comercio electrónico*. Op. cit 26 p.87.

²⁰⁸ El autor Misael Salazar explica que “este sistema debería ser seguro en la medida que se utiliza una intranet, sin embargo, es muy susceptible de ser violada puesto que al comentarla con muchos usuarios, no se puede tener la certeza de que estos mantendrán el carácter de secreto de ella, además la mayoría de los usuarios hoy utiliza la Internet para enviar mensajes de datos, lo que hace menos confiable este tipo de clave”.

Salazar Aedo, Misael Rodrigo. “Nociones generales de comercio electrónico y la ley modelo de la comisión de Naciones Unidas para el derecho Mercantil internacional sobre comercio electrónico”. *Revista de derecho Público. XXXI Jornadas chilenas de derecho público. Los cambios Constitucionales del siglo XX y el futuro de la Constitución en el siglo XXI*. Tomo II. Departamento de Derecho Público. Facultad de derecho. Universidad de Chile. (2000).

¿Cómo funciona? Tengamos a la vista a los mismos protagonistas de la situación anterior. *A* debe codificar con su clave privada el mensaje que contiene su número de tarjeta y pero para enviárselo a *B* debe utilizar la clave pública de éste. A su vez *B* cuenta también con dos claves público-privada. Para descryptar el mensaje, debe utilizar tanto su clave privada como la pública de *A*. Un órgano importante dentro de este sistema, son las autoridades certificadoras, porque son ellas las que indican a quien pertenece la clave pública.

En el ejemplo, *A* sabe que la llave pública corresponde exclusivamente a *B* y, a la inversa, éste si logra descifrar el mensaje con la clave pública de *A*, sabrá que sólo a este consumidor *A* pertenece.

En opinión del autor español Carlos Barriuso Ruiz, “para la contratación electrónica es fundamental el criptosistema de clave pública asimétrica, base de la firma electrónica, ya que además de hacer ininteligible el mensaje y, por tanto, preservar la confidencialidad, permite determinar la autoría, autenticar su contenido y además comprobar la integridad del documento”.²⁰⁹

Si bien la mayoría de la doctrina comparada concluye que, por medio de la criptografía, se puede atacar el problema de la inseguridad que existe en las relaciones de consumo concretadas vía Internet, respecto de los datos de la tarjeta de crédito entregados por un usuario al momento de pagar el precio o tarifa del bien o servicio que adquiera o contrate, prosiguen los temores y retractores frente a estos mecanismos; ejemplo de ellos resulta lo expresado por la autora mexicana Rocío Ovilla Bueno, quien es parte del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, al decir que “...los problemas en cuanto a la seguridad de las transacciones comerciales en Internet se han dado ya personas que pagan por medio de su tarjeta bancaria, cuyos datos son pirateados para realizar otras compras. Sin embargo, se dejan entrever algunas soluciones como es el caso de la posible utilización de técnicas de criptografía” y agrega que “...es cierto que daría una seguridad en las transacciones, pero la mayor parte de los países se oponen, debido a que la criptografía es una técnica reservada para fines militares, tales como la defensa nacional y existe el temor de que grupos terroristas, extremistas o racistas puedan servirse de esta técnica para organizarse vía Internet”.²¹⁰

²⁰⁹ Barriuso Ruiz, Carlos. *La contratación electrónica*. op. cit 109 p.246.

²¹⁰ Ovilla Bueno, Rocío. “Algunas reflexiones jurídicas en torno al fenómeno Internet”. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático. Internet y Derecho 27-28-29. II Jornadas Internacionales sobre el delito cibernético*. Ed. Universidad Nacional de Educación a distancia. Centro Regional de Extremadura-Mérida. (1998) p.153 y 154.

Una línea argumentativa más ecléctica es la de la autora española Rocío de Rosselló Moreno, quien previene que “el uso de la criptografía para la codificación de la información en ordenadores y redes, supone un obstáculo técnico para la investigación de los hechos presuntamente delictivos, pero es la única forma también de preservar la intimidad y propiedad de la información.”^{211 212}

Respecto de nuestro país la criptografía se encuentra recogida en dos normas:

a.- El Decreto Supremo 81 que regula el uso de la firma digital y los documentos electrónicos en la Administración del Estado de Chile, cuyo objeto es regular la utilización de la firma digital y documento electrónico como una alternativa a la forma de actuar de los organismos de la Administración del Estado.²¹³

b.- La Resolución Exenta N° 09 del Servicio de Impuestos Internos, que establece normas que regulan el uso de la firma electrónica, en el ámbito tributario.²¹⁴

Además de la criptografía como técnica de protección y confidencialidad para los mensajes y su contenido en Internet, se ha implantado protocolos de seguridad que tienen como finalidad, garantizar la autenticación de las partes intervinientes en las transacciones, esto es, usuarios, comerciantes y entidades financieras, la integridad de las órdenes de compra y de las instrucciones de pago, la confidencialidad de información sensible. Es así que nos encontramos con 2 de ellos:

1.- SSL (Secure Sakerts Layer).

Creado por Nestcape Communications en 1994, este protocolo tiene por objeto “enviar información encriptada a través de Internet de todas las operaciones que se realizan por medio de él,

²¹¹ De Rosselló Moreno, Rocío. op. cit 19 p.30

²¹² “En EE.UU existen restricciones impuestas por el Gobierno al desarrollo y difusión de las tecnologías criptográficas, las cuales surgen a partir de la NSA, National Security Agency, que fue creada por el Presidente Truman, la cual conserva el monopolio de la criptografía. Ello es así, toda vez que dicho organismo tiene la posibilidad de interceptar la mayor parte de los mensajes electrónicos que entran y salen de dicho país, argumentando a su favor que la intercepción y descifrado de las comunicaciones secretas de otros gobiernos debe estar celosamente protegida, suprimiendo así toda iniciativa privada no gubernamental que tuviera por objeto el desarrollo y difusión de la criptografía.”

Devoto, Mauricio. “La economía digital: El dinero electrónico y el lavado de dinero”. op. cit. 19.p.471.

²¹³ El Decreto Supremo N° 81, del 10 de Junio de 1999 , publicado el 26 de Junio del mismo año, en su artículo 2° define:

a.- Clave privada: es aquella que sólo es conocida por el titular del par d claves y que es usada para añadir una firma digital a un documento electrónico, o para descifrar un documento electrónico previamente encriptado por medio de la correspondiente clave pública.

b.- Clave pública: es lo que registra en el sistema el ministro de fe del servicio respectivo y que es empleada para verificar la firma digital añadida a un documento electrónico por el titular, o para encriptar documentos destinados a ser transmitidos a él.

²¹⁴ En esta Resolución exenta , del 15 de Febrero de 2001, se define:

a.- Clave privada: es aquella que se utiliza para firmar electrónicamente, utilizando un criptosistema asimétrico seguro.

b.- Clave pública: Clave que es publicada y que al ser incorporada en un certificado digital válidamente emitido y almacenada en un repertorio, es utilizada para verificar firmas electrónicas, basadas en su correspondiente o correlativa clave privada.

en razón de que se ocultan a los usuarios, quienes deben únicamente introducir los datos correspondientes a su tarjeta, siendo éstos cifrados por el computador del usuario mediante un algoritmo de cifrado simétrico. Previo a ello se desarrolla un proceso de computador a computador, cuyo fin es que el usuario disponga de esa clave simétrica sin que terceras personas puedan acceder a ella, durante la fase de transmisión a través de la red”²¹⁵.

Su principal ventaja es la sencillez de su manejo y la garantía de confidencialidad e integridad de los mensajes en tránsito; pero deja sin resolver los problemas relativos a la autoría del mensaje, por cuanto no permite verificar la validez de los números recibidos, ni controlar el uso que se hace de los mismos.

2.- SET (Secure Electronic Transaction).

Ante los inconvenientes no resueltos por el protocolo ya mencionada, nace SET²¹⁶. Fue diseñado con el objeto de garantizar la autenticación de todas las partes que intervienen en la transacción, cuando se utiliza como medio de pago las tarjetas de crédito.

Como explica De Rosselló Moreno, el procedimiento funciona muy similar al uso de tarjetas de crédito pero trasladado al ámbito electrónico. Basta con disponer de un computador, de una tarjeta de pago y un certificado emitido por una autoridad certificadora, que garantizará la identidad de las partes intervinientes, es decir, entidad emisora, entidad adquirente, usuario y proveedor²¹⁷

¿Cómo funciona este protocolo? Nuestro consumidor A se conecta nuevamente con el web site de www.musimundo.com, seleccionando los cd's que desea adquirir. En seguida visualiza el carrito de compra y, se decide a pagar con tarjeta de crédito. Si utiliza el protocolo, se abrirá una “cartera electrónica”, es decir, un lugar donde gestionan y almacenan certificados con el fin de comprar electrónicamente. En este momento se establece un comunicado bajo este protocolo entre los computadores de ambos partícipes.

A mediante su cartera electrónica envía 2 documentos con información de su certificado: el pedido de compra de sus cds y una orden de pago firmada, que va encriptada. B recibe la transacción

²¹⁵ Framiñan Santas, Javier. “Medios de pago on line a través de Internet”. *Comercio electrónico en Internet*. Ed. Marcial Pons Madrid (2001) p.386.

²¹⁶ Este protocolo fue desarrollado por VISA, MASTERCARD, con el apoyo y asistencia de GTE, IBM, Microsoft, Netscape y otras empresas líderes en tecnología.

²¹⁷ De Roselló Moreno, Rocío op. cit. 19 p.34.

electrónica del titular *A* y verifica mediante un software instalado previamente en su computador y en su página web, la validez del certificado de *A* y el pedido de compras.

Luego *B* envía a la pasarela de pagos, que es un sistema de comunicación que permite procesar y autorizar las transacciones de pago con tarjeta, los datos de la negociación y los datos encriptados con los datos de *A*. La pasarela de pago recibe la información, verifica los certificados tanto de *A* como de *B* y descifra la petición de autorización enviada por *B* y los datos de la tarjeta enviados por *A*, con el fin de solicitar la aprobación económica del medio de pago.

Si se autoriza, se envía un mensaje con el número de autorización de la transacción SET a *B*, a través de la pasarela de pago. Sólo así *B* puede enviar los cd's escogidos por *A*, realizándose el cargo a la entidad financiera emisora y el abono.²¹⁸

En nuestro país, los certificados con los que se impide que se desconozca la compra, manteniéndose en reserva el número en la tarjeta, son emitidos por Transbanck S.A a los bancos emisores de tarjeta de crédito, a los comerciantes y a los titulares de las tarjetas. Para lograr esto, se requiere del software de la billetera electrónica, que reemplaza a la tarjeta de plástico y se instala en el computador del consumidor, requiriéndose además un POS (point of sale), o sala de punto virtual, que reemplaza al punto de venta físico.

Fue en el primer semestre del año 2000 que Transbanck lanzó Web Pay, servicio que permite a las entidades que aceptan las tarjetas de crédito por ella operadas, recibir pagos en que el canal de realización de las operaciones sea la red computacional de las operaciones sea la red computacional denominado Internet.

Este sistema permite que un comprador ingrese al sitio web donde quiere comprar algún bien, entregue sus datos personales y número de tarjeta. Éstos se envían cifrados o encriptados impidiendo que salgan del servidor seguro de Web Pay. Como consecuencia, los datos le son enviados y nunca son conocidos por el establecimiento comercial al que se le está pagando.

Jijena Leiva explica que “se termina así la posibilidad de que dichos datos sean conocidos por terceros ajenos a la transacción y usados posteriormente en forma fraudulenta”...y “del mismo

²¹⁸ El autor español Agustín Madrid Parra señala que existen otros sistemas de seguridad electrónica y son aquellos basados en características físicas o biológicas de los sujetos. Son sistemas biométricos que permiten la identificación de las personas a través de la huella digital, la geometría de la mano, los dedos, etc.

Señala además que, si bien no es el medio más extendido en el ámbito del comercio electrónico, es el más utilizado para validar cheques y tarjetas electrónicas, específicamente con el reconocimiento de las huellas dactilares. Madrid Parra, Agustín. “Seguridad en el Comercio Electrónico”. Contratación y Comercio electrónico. Ed. Marcial Pons. Madrid (2001) p.171.

modo, el comprador o cliente sabe que el vendedor es realmente quien dice ser y que no se está entregando el número de la tarjeta a un impostor”.²¹⁹

5.3.2.2. Monedero electrónico.

Los monederos electrónicos son tarjetas de pago con las que se adquiere un fondo de pago, materializado en un chip incorporado, en el que se almacenan elementos o unidades de valor, que previamente se han comprado con cargo a la cuenta propia o en efectivo por un importe definido y que se van “autofagocitando” al consumirse hasta su exterminio.²²⁰

En otras palabras, son especies de tarjetas de prepago, que contienen una capacidad de pago almacenada en un chip, el cual es recargable o desechable, de uso exclusivo o general.²²¹

¿Cómo funcionan? A, consumidor o usuario, es titular de esta tarjeta monedero, la cual debe introducir en una terminal de tarjetas monederos. Ingresada, debe señalar sus datos, clave, y la cantidad de dinero que desea gastar. Con ello, se produce la comunicación entre la terminal y el chip de la tarjeta, descontándose la correspondiente cantidad.

Posteriormente, el proveedor B reclama el pago de la cantidad de dinero descontada a la entidad que emitió el monedero.²²²

Dentro de nuestra legislación este medio de pago lo encontramos regulado en el Compendio de Normas Financieras del Banco Central, específicamente en el Capítulo II.J 3, llamado “ Emisión u operación de tarjetas de pago con provisión de fondos”, el cual en su artículo 1º, las define como “ *aquella que contenga un dispositivo electrónico con información que refleje, entre otros datos, el saldo entre los cargos y abonos efectuados por su titular y que importe al emisor contraer habitualmente obligaciones de dinero con el público o con los establecimientos comerciales o servicios afiliados al sistema*”.²²³

²¹⁹ Jijena Leiva. op. cit. 29 p.46.

²²⁰ Barriuso Ruiz, Carlos op. cit 109 p.281.

²²¹ Un ejemplo de tarjeta desechable de uso exclusivo serían usadas para cancelar parquímetros.

²²² La autora colombiana Mariliana Rico Carrillo, explica el funcionamiento de la siguiente manera: “El funcionamiento de los monederos electrónicos implica al almacenamiento de una determinada cantidad de dinero a voluntad del titular de la tarjeta, mediante una transferencia de la cuenta bancaria del usuario del monedero. Con el dinero contenido en el monedero electrónico, el titular puede adquirir los productos y servicios de los proveedores adheridos al sistema, el uso de esta tarjeta implica su introducción en el dispositivo adecuado del proveedor de bienes y/o servicios a fin de registrar la operación realizada y efectuar la correspondiente deducción del saldo...”.

Rico Carrillo, Mariliana. “Nuevas alternativas de pago en Internet: el dinero electrónico y los sistemas de micropagos”. *Derecho Informático y Telecomunicaciones. Revista de Derecho Privado*. Diciembre N° 29. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho. Editorial Uniandes. Bogotá. (2002).

²²³ De la operación del sistema.

Es justamente en éste artículo donde encontramos la consagración de los monederos electrónicos. Lo normal es que su utilización sea destinada a realizar pagos fuera de la red, pero la tendencia nos indica que serán ocupados también para pagar on line, y ello se desprende del hecho que en España ya se están comercializando disqueteras que puedan adjuntarse a un computador, pudiendo realizar dicha tarea.

Una de las tarjetas monedero que lleva más tiempo en el mercado es la tarjeta creada por la empresa Mondex, subsidiaria de MasterCard; esta tarjeta permite almacenar distintas divisas y contiene un programa de seguridad para proteger el dinero contenido en el monedero electrónico.²²⁴

5.3.2.3 El cheque electrónico.

Para determinar qué entenderemos por cheque electrónico, debemos primero puntualizar lo que se ha entendido por cheque tradicional.²²⁵

La Ley de cuentas corrientes bancarias y cheques, en su artículo 10 lo define como “Una *orden escrita y girada contra un banco, para que éste pague, a su presentación, el todo o parte de los fondos que el librador pueda disponer en cuenta corriente.*

El cheque puede ser a la orden, al portador o nominativo.

El cheque es siempre pagadero a la vista y cualquier mención contraria se tendrá por no escrita. El cheque presentado al cobro antes del día marcado como fecha de emisión, es pagadero el día de la presentación”.

Ricardo Sandoval critica la definición legal por cuanto le parece que sólo destaca la relación intrínseca entre el girado y el banco librado, y que si algunos de estos elementos llegase a faltar, el cheque dejaría de ser tal, lo que a su entender no es efectivo. Es por lo anterior, que plantea que “el *cheque es un documento formal que contiene una orden incondicionada de su girador a un banco,*

²²⁴ El sistema Mondex fue concebido originalmente como un sistema de pago off line para dinero metálico, basado en el funcionamiento del monedero electrónico. Ante al auge de las ventas conseguido en Internet, se ha ideado una variante de este sistema denominada Mondex on the Net cuyo objetivo principal consiste en la implantación del sistema Mondex para pagos on line a través de la red. www.mondex.com

²²⁵ Como dato ilustrativo podemos decir que la historia del cheque se encuentra ligada, como instrumento de pago, al florecimiento de los bancos italianos en la Edad Media. Fue en 1839, con el Código de Comercio holandés que se le dio su primera regulación legal, siguiendo la ley francesa en 1865, la belga en 1873 y la inglesa de 1882, iniciándose la perpetración de su uso en todos los países europeos.

Pero el mérito de haber perfeccionado y desarrollado la institución del cheque, corresponde a la práctica bancaria inglesa, que usó constantemente éste instrumento desde mediados del siglo XVIII.

En Chile surge a partir de 1856, a través del Banco de Valparaíso. La primera ley que lo considera es la del impuesto al papel sellado, timbres y estampillas, de 1909. Posteriormente, entró en vigencia en 1922 la primera ley de cuentas corrientes bancarias y cheques.

Uría, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. Ed. Marcial Pons. 28ª edición. España (2002) p.999

*el cual a su presentación, debe pagar una suma determinada de dinero, que lo obliga con el portador legítimo en todos aquellos casos en que el banco no la cumpla”.*²²⁶

Ahora bien, teniendo clara y completa una definición este de instrumento de pago, debemos saber qué se entiende por cheque electrónico.

Al respecto el autor español Javier Plaza Penadés señala “*el cheque electrónico se basa en el cheque de papel, pero sustituye el talonario de cheques tradicional por un documento electrónico que incluye su contenido legal mínimo de todo cheque y la firma digital del librador, quedando sujeto además al pago de los impuestos y aranceles pertinentes*”.

El mismo autor prosigue “En España la validez en general de cualquier documento electrónico mercantil con función de giro fue reconocido por la sala 3ª del Tribunal Supremo y aparece recogida en el artículo 76. 3 c) 2 del Reglamento General del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos, aprobado por el Real Decreto 828/1995, del 29 de Mayo...”²²⁷

Por lo menos, podemos afirmar que en España, el tener cobertura legal puede ser utilizado como medio de pago vía Internet, siempre que estén acompañados de los mecanismos técnicos y de seguridad pertinentes.

Pero, surge la pregunta ¿podremos afirmar que éste instrumento de pago encuentra acogida en nuestra legislación?

La respuesta puede ser algo confusa, por cuanto a nuestro entender, habría argumentos que varían de una postura a otra.

Así la ley que regula al cheque, en su artículo 13 nos dice que éste deberá expresar, entre otros datos, la firma del librador. Sabemos que la firma es algo más que una mera indicación del nombre, es algo personalísimo, que distingue entre los que la utilizan, y en este caso, al librador.

David Supino y Jorge de Semo, citados por el autor nacional Guillermo Vásquez, entienden por firma “cualquier signo *material* idóneo, según los usos del país, para identificar a la persona que la inserta en el efecto”.²²⁸

Baeza Ovalle, Gonzalo. *Derecho Comercial*. Ed. Lexis Nexis, Santiago, Chile Tomo III (2003) p. 1709.

²²⁶ Sandoval López, Ricardo. *El Cheque*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, Chile (1991) p.15 y 16.

²²⁷ Plaza Penadés, Javier. “El pago a través de redes de comunicación en el derecho español”. *Revista de Derecho Informático*. N° 23 de Junio de 2000. www.alfaredi.cl

Éste mismo artículo señala “... se entiende por documento cualquier soporte escrito, incluso los informáticos, por los que se pruebe, acredite o se haga constar alguna cosa, con lo cual el cheque o cualquier otro título de valor, documentado en soporte electrónico, es válido y el requisito legal de la firma para su expedición, se salva con la firma electrónica, tal como lo ha dicho el Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de Noviembre de 1997, sala 3ª.

²²⁸ Vásquez Méndez, Guillermo. *Tratado sobre el cheque. Historia, legislación, doctrina y jurisprudencia*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, Chile. (2000) p. 125.

A su turno, entenderemos por firma electrónica²²⁹ “*como cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico, identificar al menos formalmente a su autor*”.

A partir de las solas definiciones, nos podemos dar cuenta que estamos frente a dos cosas distintas, por cuanto la firma manuscrita, requiere de corporalidad, y la firma electrónica, requisito del cheque electrónico, requiere de medios de la misma naturaleza a través de los cuales hacerse efectiva. Por tanto, existiendo una diferencia de esencia, no podría implementarse el cheque electrónico bajo la normativa existente, requiriendo una regulación ad hoc.

Opinan asimismo los ya citado autores Vásquez Méndez y Baeza Ovalle. El primero al decir “... cualquier signo sirve o puede servir de firma, pero siempre que sea apto para identificar, siempre que lleve algo personal, con el nombre completo, abreviado o indicando de otro modo convencional, pero *´de puño y letra`* del firmante”. El segundo a su turno plantea “... la firma constituye una mención o elemento esencial del cheque y que debe ser *manuscrita...*”

Nosotros pensamos que podrían existir las bases como para implementar e introducir la práctica del cheque electrónico en nuestro país. El fundamento de nuestra creencia la encontramos en la propia ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, específicamente en su artículo N° 13²³⁰, por cuanto permite, bajo ciertas circunstancias, estampar la firma en un cheque por medio de procedimientos mecánicos. Dichos presupuestos son:

- a.- Que los procedimientos mecánicos ofrezcan seguridad.
- b.- Que su utilización se justifique por el elevado número de cheques que debe emitir una determinada persona
- c.- Que sea procedentes según la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

A nuestro entender el presupuesto de mayor importancia es el que exige seguridad en los procedimientos mecánicos, requisito que se encuentra implícito en todo lo relacionado con la firma electrónica. Dicho valor quedó de manifiesto en el mensaje del Gobierno con que se inició la tramitación parlamentaria de la ley N° 19.799 a propósito de un sistema de acreditación a que los

²²⁹ Según lo establece la Ley N° 19.799, sobre Documentos electrónicos, Firma Digital y Servicios de Certificación.

²³⁰ Artículo 13. “Los bancos podrán autorizar a determinadas personas para estampar en sus cheques, mediante procedimientos mecánicos la cantidad girada y *la firma*. Lo harán siempre que los procedimientos que se utilicen ofrezcan seguridad y que se justifique su necesidad por el elevado número de cheques que deba emitir el comitente, a juicio de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. En tal caso bastará con que la cantidad se exprese en letras o en números.

prestadores de certificación deben sujetarse, el cual consignaba que el sistema de acreditación constituía el punto culminante de *una red de confianza*, integrada por certificadores y la autoridad pública acreditadora, lo que se implementó para brindar a los usuarios un *estímulo para efectuar transacciones a través de los medios electrónicos de comunicación*.²³¹

Dicha idea quedó plasmada en la ley mencionada, en el Título VI “De los derechos y obligaciones de los usuarios de firma electrónica”, específicamente en el artículo 23 N° 2, al establecer: “Los usuarios o titulares de firmas electrónicas tendrán los siguientes derechos:

N° 2: A la *confidencialidad en la información* proporcionada a los prestadores de servicios de certificación. Para ello, éstos deberán emplear los elementos técnicos disponibles para *brindar seguridad y privacidad a la información aportada* y los usuarios tendrán derecho a que se les informe, previamente al inicio de la prestación del servicio, de las características generales de dichos elementos; se comprometen a seguir en la prestación y las demás que éstos se comprometan a seguir en la prestación del servicio, previamente a que se empiece a efectuar”.²³²

Otro argumento que esgrimimos es que la firma manuscrita en un cheque tradicional es menos segura que uno firmado electrónicamente, por cuanto el banco debe exigir la identidad entre la firma que aparece en el cheque y la registrada en el contrato de cuenta corriente, verificación que se hace en forma posterior a su emisión por parte del girador, lo cual permite una gran cantidad de cheques que circulan en el mercado y que incluso pueden ser endosados antes de verificar la verdadera autenticidad de la firma del que lo emitió, ya que perfectamente puede ser dicha firma falsificada. Dicha situación no ocurriría con la firma digital, por cuanto su seguridad está dada por la utilización de un mecanismo constituido por un código o una clave criptográfica privada irremplazable y su verificación ha de ser realizada utilizando la clave criptográfica pública asociada.

Es decir, para que el proveedor *B*, al cual se le paga el precio de un determinada bien o servicio adquirido vía on line, pueda asegurarse que la firma del cheque electrónico corresponde efectiva e inequívocamente al consumidor *A* y que dicho documento no sufrió modificaciones, debe proceder a descryptar la firma digital utilizando la llave pública de *A*, la cual a su fue adquirida por éste consumidor de una entidad prestadora de servicios de certificación. Si después de dicha acción *B*

Para los efectos civiles y penales, la firma estampada mecánicamente, se entenderá manuscrita por la persona cuya rúbrica ha sido reproducida”.

²³¹ En nuestro país el organismo encargado de velar por la funcionalidad de esta red de confianza es el Ministerio de Economía, Fomento y Construcción.

²³² De Solminohac Iturra, Jaime. *Firma electrónica*. Ed. Metropolitana, Santiago de Chile (2002) p.55.

obtiene el documento sin observaciones, es decir, se reconoce que ha sido efectivamente A quien ha firmado y que es el único que pudo utilizar la llave privada para generar dicha firma, entonces se puede dar por terminada la transacción, la cual se efectuó por un medio seguro y confidencial.

Tanto es así, que Jijena Leiva manifiesta “Se trata del único método actualmente capaz de *implementar, generar, validar* y certificar firmas digitales y de cumplir con las *características esenciales de la firma ológrafa*, identificar *inequívocamente al autor* y verificar que *no se ha alterado el mensaje desde que fue firmado*”.²³³

Opinión que comparte Antonio Millé, al declarar “ La firma digital llega un poco más lejos, ya que no solamente impone al documento firmado el sello de la personalidad de su emisor sino que también proporciona al receptor *los medios para verificar que el contenido no fue alterado por terceros*. Usando procedimientos similares a los de la criptografía de clave pública y clave privada, se ha hecho posible firmar los mensajes de tal forma que quienes los reciban puedan asegurarse de que el mensaje proviene del titular de la clave privada que hace juego con determinada clave pública y de que el mensaje no ha sido alterado después de haber sido encriptado por esa persona”.²³⁴

Concluyendo, si el requisito exigido por la ley para autorizar a la firma mecánica es que los procedimientos a utilizar sean seguros, con mayor razón debiera legislarse para adoptar como instrumento de pago al cheque electrónico, ya que al requerir de firma digital, se está resguardando tanto al usuario como al proveedor, porque es justamente el valor de la seguridad el que se encuentra inserto en todo el procedimiento que la implica, promoviendo e insertando fluidez y modernización a los intercambios comerciales virtuales.

²³³ Jijena Leiva, Renato op. cit 29 p. 137.

²³⁴ Dicha opinión la da a propósito de las funciones que le asigna a la firma sobre documentos de papel, las cuales serían:

- 1.- Probatoria, por cuanto vincula a una persona con el documento y su contenido
- 2.- Ritual, ya que resalta la importancia del acto ante los intervinientes
- 3.- De expresión del consentimiento, respecto del acto instrumentado
- 4.- De eficiencia, al tornar confiable por terceros al documento, ya que le otorga una virtualidad especial, como en el caso de los cheques o pagarés.

Millé, Antonio. “Impacto del comercio electrónico sobre la propiedad intelectual”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. XIX. Valparaíso, Chile (1998) p. 344.

Capítulo VI. La protección de la intimidad de los consumidores en los contratos celebrados por medios electrónicos.

6.1. Intimidad: historia, concepto y regulación en nuestro país.

La inserción de nuevas tecnologías en el mercado que permitan la transmisión de datos por medios telemáticos y con ello la concreción de relaciones jurídicas determinadas, lleva adherido consigo una serie de dificultades que tienden a transgredir valores jurídicos incoados con fuerza en las constituciones modernas: la intimidad es uno de ellos. El envío de información por el consumidor, así como los registros de su navegación en la red pueden ser objetos de recolección de datos y la formación de bases con éstos. Tales prácticas, y otras más existentes doblegan el derecho del individuo a su intimidad, poniendo en jaque a los ordenamientos jurídicos mundiales los que, tarde o temprano, deberán replantear el sentido y alcance de este derecho en sus respectivas legislaciones.

6.1.1 Historia.

Como lo expresa José Luis Ugarte “la protección de la intimidad es un invento de la modernidad y más específicamente, de las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII”.²³⁵ El medioevo en cambio, se caracterizó por estructurar la sociedad en forma estamental vinculando a sus integrantes a fuertes redes comunitarias donde difícilmente quedaba espacio a lo privado, pues dicho valor sólo estaba entregado al monarca.²³⁶

“El deseo de estar solo o la aspiración de aislamiento no vendrá a ser realidad sino con el surgimiento político de la burguesía”. Con el nacimiento de esta nueva clase política, el término de

²³⁵ Ugarte, José Luis. *El derecho a la intimidad y la relación laboral*. Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo. Santiago Agosto, Número 139º (2000) p. 1.

²³⁶ El autor nacional Alberto Cerda Silva, plantea que “aún cuando desde antiguo el hombre ha buscado un lugar de sosiego y refugio para el desarrollo de su ser interior, a buen recaudo del tumulto y frenesí de la vida en sociedad, la intimidad no se constituyó en una preocupación central sino con el desarrollo del liberalismo; serán Tomás Hobbes, John Locke y John Stuart Mill quienes apuntarán, con matices, la necesidad de conciliar el accionar del Estado con los intereses del individuo, quien dispondrá de un margen de vida privada exento de la intervención estatal. Y es que sólo la mutación desde una sociedad feudal a otra burguesa ofrecía las condiciones para que la disponibilidad de un ámbito de acción reservado se constituya en una sentida necesidad de los individuos”.

Cerda Silva, Alberto “Autodeterminación Informativa y Leyes sobre Protección de Datos”. *Revista Chilena de Derecho Informático*. Centro de Estudio en Derecho Informático. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Ed. LOM Ltda. Santiago. Diciembre, Número 3º (2003). pp 47 y48.

intimidad se relaciona estrechamente con la idea de propiedad privada, ya que en ella se recoge la ideología individualista y liberal de aquella época, concretándose en un espacio exclusivo y excluyente perteneciente a cada burgués.

Es sólo en 1890 que se inicia el proceso de elaboración jurídica del derecho a la intimidad. Louis Brandeis y Samuel Warren publican en la Harvard Law Review el artículo titulado “The Right to Privacy”, entendiéndose el derecho a la intimidad como la facultad de estar solo o ser dejado en paz. Según el autor español Javier Pérez Hoyo “la fecha del invento no es cosa casual y la razón de ser del mismo tampoco. Con su artículo en la revista de la Universidad de Harvard los autores pretendían reaccionar contra la invasión de la vida privada de Charles Warren por parte de los medios de comunicación. Se trataba de elaborar una teoría jurídica que pudiera servir de base al ejercicio de acciones penales frente a la mencionada invasión. El derecho a la intimidad era, en consecuencia, un instrumento de defensa frente a la prensa escrita y era definida como el ‘derecho a estar solo o, por decirlo de manera coloquial pero más precisa, el derecho a que lo dejen a uno tranquilo’”²³⁷

A partir de ahí la jurisprudencia norteamericana comenzó a prestar auxilio a las demandas fundadas en la protección de la privacidad.²³⁸

En el siglo XX fueron los pactos internacionales quienes recogieron este derecho. Las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos, en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 12º utilizaba la expresión “vida privada”.²³⁹, la que se repetía en el artículo 17º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;²⁴⁰ y, en los incisos 2º y 3º del artículo 11º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.^{241 - 242}

A partir de estas convenciones, los Estados en el período de post-guerra comenzaron a incorporar el derecho a la intimidad en sus cartas fundamentales.

²³⁷ Pérez Hoyo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Ed. Marcial Pons. Barcelona. 7ª edición. (2000) p. 394.

²³⁸ El caso emblemático es el denominado “Griswold v/s Conneticut” de 1965, donde la Corte Suprema de Estados Unidos consideró inconstitucional una ley estatal que prohibía el uso de anticonceptivos, en razón de que infringía el derecho a la privacidad marital.

²³⁹ En el artículo 12º de la Declaración de Derechos Humanos se establece que: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.

²⁴⁰ El artículo 17 de este Pacto prescribe: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. “ Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

²⁴¹ En el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se consagra que: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

²⁴² Todos estos tratados fueron suscritos y ratificados por Chile, encontrándose vigentes como ley de la República.

6.1.2. Concepto.

El derecho a la intimidad reviste un grado de indeterminación importante, lo que se traduce en la existencia de una variedad de definiciones que atienden a diversos criterios a través de su evolución.

Así, y en un intento de delimitar su alcance, la doctrina alemana elaboró la “teoría de las esferas”, que distinguía ámbitos de acción de las personas de extensión radial, cuyo centro más cercano correspondía a lo secreto, su periferia a aquello que atañe a la individualidad de la persona, y una franja intermedia correspondiente a la intimidad en que se situaba aquello que se deseaba mantener al margen de la injerencia de terceros.

Salvo el carácter ilustrativo, dicha teoría fue incapaz de delimitar qué situaciones correspondían a cada una de las esferas antes indicadas, o como lo plantea el autor nacional Cerda Silva “prescindiendo del valor pedagógico que la doctrina de las esferas evidencia, muestra asimismo dificultades para establecer qué ha de calificarse como íntimo...”²⁴³ Es frente a este problema que se explaya claramente para ilustrar cuáles han sido los factores que han pretendido establecer la extensión de este derecho²⁴⁴. Señala el autor que “inicialmente se acudió a un criterio geográfico o espacial, en el cual se recurría a los espacios físicos...; es privado lo que tiene lugar entre las cuatro paredes, y público aquello que acontece fuera de ellas”. La debilidad de este criterio reside en la imposibilidad de poder establecer claramente qué sitio o lugar implica lo privado o lo público; así por ejemplo, no podríamos afirmar con exactitud que una persona no está dentro de la esfera de su vida privada si se encuentra en un restaurante, que es un lugar público, con sus amigos o familiares, por cuanto su actividad no se circunscribe dentro de su hogar que se supone ser el lugar más íntimo de una persona.²⁴⁵

Para soslayar la anterior teoría, se elaboró una concepción subjetiva que atiende más bien a la condición de la persona. “Será íntimo aquello que realiza una persona privada y público lo que

²⁴³ Cerda Silva, Carlos. op. cit 236 p. 49.

²⁴⁴ Cerda Silva, Alberto. “Intimidad de los trabajadores y tratamiento de datos personales por los empleados”. *Revista Chilena de Derecho Informático*. Centro de Estudio en Derecho Informático. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Ed. LOM Ltda. Santiago. Mayo, Número 2º (2003) pp. 37 y 38.

²⁴⁵ El autor plantea que “la mayor crítica formulada a esta posición es que limita excesivamente aquello que debe entenderse como amparado por la intimidad, ya que en definitiva queda circunscrito a lo que pasa dentro del marco de su hogar y, por analogía, al contenido de las comunicaciones telefónicas y la correspondencia”.Id.

realice un personaje público o una figura pública”²⁴⁶, así por ejemplo, un parlamentario en su calidad de tal no tendría intimidad, por que la calidad de público iría unida inexorablemente a la no intimidad en cualquier actividad que desarrolle mientras detente dicha investidura.

Se incorpora con posterioridad una concepción de carácter objetivo, que centra su objeto de delimitación en las conducta desplegadas por las personas; en consecuencia, “si se trata de una conducta destinada a satisfacer necesidades individuales es privada, en tanto que si está orientada a la satisfacción de necesidades de terceros es pública”²⁴⁷.

Como vemos el definir con exactitud el concepto analizado es de suma dificultad, toda vez que la frontera entre lo público y lo privado o íntimo reviste límites difusos. Aún así, encontraremos nociones elaboradas producto de un esfuerzo por tratar de delimitar lo más estrictamente a este concepto.^{248- 249}.

Los profesores Mario Verdugo y Emilio Pfeffer, al analizar el derecho fundamental a la intimidad y al honor, manifiestan que “el derecho a poder estar solo si uno lo desea, a mantenerse apartado de la observación de los demás sin ser molestado, sin intromisiones en lo más personal de su vida, es en cierta forma una emanación de la libertad personal y merece por lo mismo respeto y protección”²⁵⁰

Por otro lado, Enrique Evans de la Cuadra plantea que “el concepto de `vida privada` está directamente vinculado a la `intimidad`, a ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos

²⁴⁶ El autor citado manifiesta el inconveniente que presenta este criterio, pues considera que “la ambigüedad de las categorías en que descansa, el menoscabo a la igualdad a que conduce su extremo-pues bajo su predicamento un personaje público queda sin intimidad alguna-, lo que obligaría a acudir a correcciones, las que evidenciarían aún más sus falencias” Id.

²⁴⁷ Cerda Silva manifiesta que “este criterio debe admitir hipótesis de conductas que siendo privadas tienen trascendencia pública y, en consecuencia, no podría resguardarse la intromisión a su respecto a partir de la excusa de quedar bajo la protección de la intimidad”.Id.

²⁴⁸ En el ámbito del derecho comparado encontramos la definición que da el autor argentino Fernández Delpech, para quien el derecho a la intimidad “es un derecho personalísimo al que se lo ha definido como el derecho que tienen los individuos de determinar por su cuenta cómo y en qué medida las informaciones que les atañen pueden ser comunicadas a otras personas. Este derecho a la intimidad se encuentra comprendido dentro de los denominados derechos de la personalidad, que tienen como fundamento el derecho a todo individuo a ser respetado como persona y no ser perjudicado en su existencia y en su dignidad”.

A su vez, Miguel Padilla, citado por Fernández, en la Conferencia “Derecho &Economía Digital 2000”, llevada a cabo en la ciudad de Buenos Aires, ha dicho que “la intimidad es una característica del ser humano, cuya inmediata consecuencia es que deseamos preservar de las miradas ajenas una amplia cantidad de características, datos, ideas, episodios, proyectos y actividades que, en conjunto, confluyen para determinar el modo de ser, las limitaciones y las virtudes de las personalidades individuales”.

Fernández Delpech, Horacio. op cit 4 p. 206.

²⁴⁹ El autor argentino, Helio Juan Zarini, manifiesta que “en rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión , siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen”

Juan Zarini, Helio. *Derecho Constitucional*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2ª edición (1999) p. 444.

conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros”^{251- 252}

Otros, como Sebastián Ríos Labbé, manifiestan la dificultad de conceptualizar el concepto de intimidad, por lo que tratan de hacerlo a través de determinar su función, diciendo que ésta consiste en “permitir a la persona reservar un ámbito de su vida para sí mismo- ser dejado tranquilo- con el fin de vivir de una manera grata- disfrutar de la vida-, libre de perturbaciones o injerencias de terceros sobre sus hábitos y costumbres, sus actividades cotidianas, su reposo, su propio cuerpo, su imagen, en fin, sobre su persona toda”.²⁵³

En directa relación con la materia que es objeto de este trabajo, la Cámara de Comercio de Santiago en un estudio sobre la preocupación por la privacidad en las compras efectuadas por medio de Internet, define lo que se puede entender por privacidad on- line, puntualizando que “la definición más consensual de privacidad es la del derecho a controlar las maneras mediante las cuales la información personal es obtenida, compartida y distribuida por terceros. El concepto tradicional de privacidad gira en torno a la idea de reclusión: el derecho a estar solo. Sin embargo, la privacidad también puede ser entendida como propiedad y como autonomía: propiedad en el sentido que una persona puede intercambiar datos personales a cambio de algún beneficio en la forma de bienes o servicios, y autonomía en el sentido de la libertad para autorizar el uso de la información privada a terceros”.²⁵⁴ El concepto enunciado por este organismo agrega, una suerte de “cosificación” de los

²⁵⁰ Verdugo Marinkovich, Mario, Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcala, Humberto *Derecho Constitucional*. Tomo I Ed. Jurídica de Chile, Santiago. (1994) p. 245.

²⁵¹ Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. Tomo I. 2ª edición (1999) p. 213.

²⁵² En la línea de concebir a la vida privada o íntima como un término vasto en su extensión, nos parece valiosa la intervención del profesor Alejandro Silva Bascuñan, quien en la Sesión número 129 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución manifestó que: “Para completar la explicación de la sustancia de este precepto, deseo poner de relieve su trascendencia en este momento que vive el mundo. Por un lado, el proceso de socialización ha producido una interpenetración enorme entre la persona humana en forma aislada o individual. Por otra parte, la sociedad influye enormemente y determina en muchos aspectos al individuo; todo lo cual hace que sea muy importante que ese proceso de penetración de la sociedad sobre el hombre tenga un límite que le permita a éste formar, consolidar y desarrollar su propia personalidad. Y es este sentido en que atribuyo trascendencia a la aprobación de este precepto, porque frente a una sociedad que de tal manera abrume al hombre dentro de la riqueza de los medios que tiene para influir sobre él, es terriblemente dañino que la sociedad se masifique totalmente en un proceso en el cual los valores superiores no sean puestos de relieve. ¿Y dónde va a surgir la posibilidad de que se coloquen en términos verdaderamente de influencia los valores superiores del individuo? En la misma proporción en que se le reserve al hombre un santuario de intimidad en el cual pueda formar, producir, consolidar y desarrollar esos valores que después va a expresar en la sociedad. Si no se le deja al individuo ninguna intimidad, entonces la sociedad se va a masificar en una serie de individuos sin ninguna posibilidad de aportar algo de progreso, algo de perfeccionamiento a la sociedad entera”.

²⁵³ Ríos Labbe, Sebastián. *La Protección Civil del Derecho a la Intimidad*. Ed. Lexis Nexis Santiago (2003) p. 3.

²⁵⁴ El estudio aludido, como ya decíamos, tuvo por objeto medir la preocupación que los chilenos, comparados con sus pares estadounidenses, manifestaban por su privacidad al comprar por Internet; el cual arrojó los siguientes resultados:

datos personales de cada ser humano, añadiendo una faz de carácter patrimonial que podría perfectamente ser objeto de protección constitucional, en atención a lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política cada vez que el ejercicio del derecho en comento se vea transgredido.

A la luz de todo lo expuesto podemos concluir que la intimidad dice relación a una determinada “zona” más o menos difusa de la vida de las personas que debe recibir protección del sistema jurídico para restringir su acceso por parte de terceros. Dentro de esta “zona” creemos debiera inexcusablemente comprenderse la vida sexual, los hábitos domésticos, las creencias políticas y religiosas, los estados de salud físicos y síquicos, y las comunicaciones que reciben o envían unas personas a otras, porque en cada uno de estos ámbitos va envuelta la esencia más íntima de cada ser humano.

6.1.3. Regulación en Chile.

En nuestro país la regulación de la intimidad es algo especial, ya que si bien se encuentra reconocida en la Constitución Política de la República en el artículo 19 número 4, respecto al derecho a la vida privada²⁵⁵, y en su numeral 5°, al referirse a la inviolabilidad de las comunicaciones²⁵⁶⁻²⁵⁷⁻²⁵⁸, no disponemos de una regulación legal de este derecho de manera sistemática y general, sólo encontramos normas aisladas que no permiten obtener con claridad una definición más precisa sobre qué debe entenderse por intimidad en Chile.

En materia civil, la ley 19.733 sobre Libertad de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, protege conjuntamente el honor y la intimidad. Señala esta norma ciertas pautas acerca

1.- En la categoría “no le preocupa para nada”, los chilenos obtuvieron 9,5 puntos, siendo superados escasamente los norteamericanos, quienes obtuvieron un 11,2 puntos.

2.- En la categoría “le preocupa algo”, nuestros compatriotas marcan 21, 2 puntos, siendo nuevamente superados por sus homólogos con 34,5 puntos.

3.- En la categoría “le preocupa mucho o extremadamente”, se demuestra que está dentro de las reticencias de los chilenos el funcionamiento de Internet en relación a la intimidad, toda vez que obtuvieron 69,3 puntos por sobre los 54,3 de los norteamericanos. Lo anterior es resultado del avance estadounidense en la perfección de la legislación que los protege frente a este fenómeno tecnológico.

Cámara de Comercio de Santiago. *La Economía digital en Chile*. Centro de estudios de la Economía Digital. Ed. Cámara de Comercio de Santiago. (2003).p. 66.

²⁵⁵ El artículo 19 prescribe “La constitución asegura a todas las personas:

4° El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia”.

²⁵⁶ El artículo 19 N°5 de la Constitución Política de la República garantiza: “La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinadas por la ley”.

²⁵⁷ Así lo manifiestan los autores Mario Verdugo y Emilio Peffer al decir que “en el mismo numeral se consulta la inviolabilidad de las comunicaciones, que representa, por cierto, otra manifestación concreta del derecho a la intimidad...la inviolabilidad que se establece comprende toda forma de comunicación privada...”

Verdugo Marinkovich, Mario, Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto op. cit 250 p. 250.

²⁵⁸ La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, dejó constancia en Actas que “el precepto comprende e incluye la defensa contra todas las formas modernas que permiten interceptar conservaciones a distancia o captar imágenes, las que existan y se conocen en la actualidad o puedan en el futuro descubrirse”. Sesión N° 129, página 23.

de lo que se considera “vida pública” tratando de definir a la intimidad por vía de la exclusión, estableciendo tipos penales y prescribiendo reglas para la determinación de las indemnizaciones civiles en lo que fuere procedente.

Encontramos asimismo la ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, que regula el tratamiento de datos personales contenidos en bases de datos, (ley que en forma posterior analizaremos más detalladamente). La intimidad cobra importancia en relación a los denominados datos sensibles, es decir, aquellos cuyo tratamiento se prohíbe salvo consentimiento del titular o autorización legal.

En materia penal, los consumidores encuentran resguardo en la ley 19.233, sobre Delitos Informáticos, que señala tipos penales que van relacionados a la materia en comento.²⁵⁹ - ²⁶⁰

6.2. Conflicto de intereses y acercamiento al problema

En el área de la contratación electrónica, existe un conflicto de intereses natural entre la necesidad de saber y compartir datos y la necesidad de ocultar y resguardar la esfera privada o íntima, debiendo necesariamente encontrarse un punto de equilibrio para ambos derechos fundamentales a saber : El derecho a la intimidad y el Derecho a la información. En palabras de Jijena Leiva “el problema de fondo se origina por un conflicto entre intereses relevantes. Por un lado está el legítimo interés de aquellas personas cuyos datos nominativos se procesan computacionalmente en resguardar su vida privada y la necesaria confidencialidad de sus antecedentes, como sus creencias religiosas, sexuales, se estado de salud, el monto de su patrimonio, etc. Por el otro lado, un interés, también legítimo, que poseen los Gobiernos y los particulares para

²⁵⁹ Los tipos penales que contempla la ley 19.233 son los siguientes:

1.- Artículo 2º : “El que con ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo *interceptare, interfiera o acceda* a él, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio”.

2.- Artículo 3º: “El que maliciosamente *altere, dañe o destruya los datos* contenidos en un sistema de tratamiento de información, será castigado con presidio menor en su grado medio”.

3.- Artículo 4º: “El que maliciosamente *revele o difunda los datos* contenidos en un sistema de información, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio. Si quien incurre en estas conductas es *el responsable del sistema de información*, la pena se aumentará en un grado”.

Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal. Tomo I (Parte General)*.Ed. Jurídica de Chile Santiago (1999) p. 19.

²⁶⁰ En relación el bien jurídico protegido los autores Magliona y López señalan lo siguiente: “Tratando de armonizar los conceptos y de interpretar la voluntad del legislador, lo que se está protegiendo es la información, evitando que ésta se convierta en un objeto de atentados que la alteren o desvirtúen. En una sociedad donde la información se ha convertido en un bien de gran valor, ésta merece ser protegida. Los modernos sistemas automatizados de tratamiento de información son capaces de procesar enormes cantidades de información, de tal manera que es posible establecer que instituciones de gran importancia para el país o para el sistema económico dependan de la información contenida en estos sistemas. Ya que no representa gran dificultad entrar a estos sistemas y alterar la información contenida en ellos, se hace necesario dar protección a la información que éstos contienen”.

acceder a cierta información. Los Estados para cumplir con sus fines promocionales y asistenciales de orden público, y los particulares, generalmente constituidos en empresas de servicios o entidades gremiales de orden público económico necesitan conocer los antecedentes comerciales irregulares o negativos de las personas que actúan en la vida comercial”.^{261- 262}

En Internet la privacidad y el anonimato no existen. Lo anterior se refleja cada vez que un usuario o consumidor navega por la red, ya que por este solo ejercicio da a conocer a cada sitio que visita:

1. El tipo de browser o navegador que utiliza.
2. El sistema operativo de su computador
3. El último sitio visitado.
4. La dirección IP de su equipo.
5. El dominio de su proveedor, entre otras cosas.

Imaginemos que A consumidor, es aficionado a las guitarras, a las zapatillas y a la música de Ray Charles. Durante un tiempo recorre sitios web en busca de una guitarra Gibson, electroacústica, con cuerdas de nylon; un modelo de zapatillas Adidas y el último disco póstumo de Charles.

Para ello, visita algunos sitios web especializados en estos tres productos, encontrándose con banners, o sea, pequeños archivos situados al centro o a un costado de la página web visitada, en los cuales se ofrecen viajes, juegos de casino, lotería, u otros productos que no le son de su interés. En este afán decide ignorarlos, cerrándolos al instante.

Un par de días después al abrir su correo electrónico, encuentra dos avisos; el primero, referente a cursos de guitarra que imparte Gibson y, el segundo, a una lista de modelos de zapatillas Adidas.

A, sabe que no ha llenado ninguna encuesta donde se recolecten datos sobre sus gustos o preferencias, ni menos donde se requiera su dirección electrónica. Ante la duda llama a su amigo C con el que comparten las mismas predilecciones y rutinas de navegación, constatando con sorpresa que éste no ha recibido ningún e-mail ofreciéndole los bienes o servicios ya mencionados.

Magliona M, Claudio y López M, Macarena. *Delincuencia y Fraude Informático. Derecho comprado y ley 19.233*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago 1ª edición. (1999) pp.132 y 133.

²⁶¹ Jijena Leiva op. cit 29 p.60.

²⁶² Dentro de la misma línea lo ha planteado Fernández Delpech: “El derecho a la intimidad se encuentra frecuentemente en pugna con el derecho a la información, ya que mientras el primero implica resistirse al suministro de datos personales cuando sus requerimientos parecen abusivos, el derecho a la información trata de lograrlos. Ambos derechos tienen reconocimientos constitucionales en la mayoría de los estados como derechos fundamentales y debe lograrse entonces un equilibrio entre ellos tratando de evitar que la protección de uno de ellos vulnere al otro”. op cit 4 p.207.

Es muy recurrente comprobar que en nuestro correo electrónico, ingresan innumerables mensajes que se relacionan o provienen de los sitios que con anterioridad se han visitado, surgiéndonos la pregunta ¿Cómo obtienen los proveedores de dichas páginas la dirección electrónica de los usuarios? ¿Cómo los proveedores son capaces de registrar las preferencias de todos y cada uno de los usuarios que visitan sus páginas web?.

Al respecto podemos señalar que son tres los elementos que juegan un papel importante para que este fenómeno se produzca:

1. los banners.²⁶³
2. las cookies o galletas
3. los spam o correos masivos no deseados.

Respecto de los primeros, podemos mencionar que estos archivos al aparecer en una página web que el internauta visita, tienen por objetivo primordial distraer su navegación e inducirlo a ingresar a los contenidos publicitados en ellos. Sin embargo, el rechazo o cierre de estas ventanas, producen el efecto correlativo de notificar tácitamente al proveedor de la página principal el gusto o preferencia del consumidor por ésta. Para que esta notificación se realice, los web site ingresan mecánicamente pequeños archivos denominados cookie's, los cuales operan como verdaderas alarmas notificadoras del ingreso o permanencia de un determinado navegante en la web que visita.

Para Magliona Markovith "cookies es un pequeño archivo que es puesto en el disco duro del computador del usuario por un sitio web. Contiene un número único generado por un sitio. El número consiste en un grupo de números y letras comprensibles sólo para el sitio. La cookie notifica al sitio que el consumidor ha vuelto y puede permitir al sitio efectuar un seguimiento de la actividad del usuario a través de sus visitas al sitio".²⁶⁴⁻²⁶⁵

²⁶³ "Los banners son inserciones pagadas en otros sitios de contenido editorial. Una característica adicional de los anuncios en forma de banners es que los consumidores no solo ven el anuncio, sino también cuentan con la opción de emprender un rápido viaje a la página sede del anunciante con un simple clic en el anuncio. Así, el reto de crear y colocar en forma de banners no consiste solamente en llamar la atención de la gente, sino también en animarlo a visitar la página sede del anunciante y quedarse en rato allí"

O'Guinn, Allen y Semenik. *Publicidad*. Ed. Thomson. México (1999) p.479.

²⁶⁴ Magliona Markovith, Claudio. "Marco jurídico de la contratación electrónica, con especial referencia al comercio electrónico". *Revista Electrónica de Derecho Informático*.Nº 34, Mayo (2001) p. 8. www.publicaciones.derecho.org/redi.

²⁶⁵ El autor argentino Fernández Delpuch plantea que "las cookies tienen ciertas características y limitaciones, en atención a su diseño:

-) quedan almacenadas en el disco duro del usuario, en carpetas especiales,
-) registran cada ingreso del usuario a un sitio de la red,
-) el máximo es de 300 cookies en total en el archivo de cookies. Si sobrepasa ese número se borra la más antigua,
-) el tamaño es de 4 Kb por cookies, para la suma del nombre y valor de la cookie
-) el único que puede leer el archivo cookie es el servidor que lo envió
-) no existe la posibilidad de que mediante estos archivos se introduzcan con virus".

Graficando. Nuestro consumidor A, por el solo hecho de navegar en los sitios web de Gibson y Adidas, le son introducidos en el disco duro de su computador estos archivos generados por dichas web, con el propósito de registrarlo como cliente y con ello seguir la pista a través de toda su navegación; en forma posterior, el reingreso a dichos web site permite reafirmar que sí es un consumidor con gustos por productos ofertados por ellos, creando un verdadero perfil humano de sus preferencias de navegación y sitios que visita habitualmente, siendo a la postre almacenados en una base de datos de la o las páginas que introdujeron la o las cookies.

El tercer elemento en cuestión son los spam o correos masivos²⁶⁶. Éstos, consisten en el envío indiscriminado y masivo de publicidad no requerida, que toma la forma de anuncios de bienes o servicios que se envía al correo electrónico de un consumidor, quedando almacenados generalmente en la carpeta de “correo no deseado” y, en forma excepcional, en la “bandeja de entrada” del mismo.

En nuestro ejemplo, el proveedor de la página Gibson o Adidas gracias a las cookies, logra crear un catastro con las predilecciones del consumidor A. Con esta información envía publicidad a su correo electrónico para que tenga conocimiento de los productos que ofertan. Nos preguntamos entonces ¿Cómo logró saber la dirección electrónica del consumidor A? Como ya lo planteamos, el usuario al navegar en la red deja rastros de su recorrido en ella, entre los cuales se encuentra su número IP, el cual permite identificar no sólo sus rutas de navegación sino también su identificación.

6.2.1. Las cookie`s.

Las cookie`s o galletas que ya hemos definido, facilitan en general el envío de publicidad a los usuarios de la red, ya que al seguir los paseos de un internauta por ésta y recopilar información sobre los banners que “clickea”, los sitios que visita, y en general, su comportamiento mientras navega, permite posteriormente enviar a ese internauta “publicidad a la carta” o spam. El problema surge,

op. cit 4. p.238 y 239.

²⁶⁶ Rodolfo Herrera Bravo establece en relación al spam, de modo ilustrativo, que “el término spam (spiced ham), proviene de una antigua marca de carne enlatada utilizada en una famosa escena cómica representada por los británicos Manthy Pitón. En ella, una pareja entra a un restaurante e intenta encargar un plato que no tenga spam como ingrediente. El diálogo se vuelve cada vez mas disparatado y pronto la palabra spam se adueña de la escena. Así puede llegar a ocurrir con el correo electrónico, donde la acumulación de spam lleve a despreciar los mensajes verdaderamente relevantes”.

Herrera Bravo, Rodolfo. “La protección de los usuarios de Internet frente al tratamiento de datos personales en los servicios de comunicaciones electrónicas”. *Derecho y tecnologías de la Información*. Fundación Fernando Fueyo. Santiago (2000) p.

como se puede avisar, en el hecho de que la inserción de este archivo atenta contra la intimidad que cada usuario tiene sobre su navegación en línea y su correo electrónico.

El ordenamiento jurídico español, siempre a la vanguardia en lo que a comercio electrónico se refiere, no regula sin embargo, las cookies o galletas. No obstante, para saber si éstas se ajustan o no al derecho nacional, el autor de ese país, Javier Ribas Alejandro²⁶⁷ plantea que respecto de ellas hay que atender a la finalidad de su diseño. Así “el administrador de una sede web puede ofrecer al usuario la posibilidad de personalizar el interface de usuario, es decir, el menú, los contenidos y las diferentes opciones de diseño de la home page de un web”. Creemos que en este caso la cookie no constituye amenaza a la privacidad del usuario, toda vez que su finalidad es informar sobre la configuración de la home page de un sitio.

“En otros casos, la función de la cookie es recoger datos sobre las secciones más visitadas de un web”. Este aspecto se disgrega en dos situaciones:

1º Si el sitio que utiliza cookie`s dice relación a un solo contenido, y de los datos recolectados no es posible identificar un perfil del navegante, según el Ribas Alejandro, no existiría inconveniente en la incorporación de la cookie a nuestro computador, ya que el contenido monográfico de la web haría imposible la tarea de estructurar un catastro con las preferencias del consumidor.

2º Si el sitio contiene diversidad de contenidos y con ellos es posible crear el perfil del internauta para que se pueda personalizar una oferta posterior, en ese caso el atentando contra la intimidad del navegante es más arduo, por cuanto se obtiene información de él sin su consentimiento, pudiendo declararse tal actuación ilícita.

En nuestro país el vacío regulatorio respecto de las cookies, nos obliga adoptar soluciones doctrinales que enfrenten esta coyuntura. De esta forma haremos eco a las soluciones propuestas por Fernández Delpech, quien expresa respecto de las cookies que “la práctica habitual actual de este instrumento nos indica que cuando un usuario ingresa a un sitio de Internet que utiliza cookie`s, se pueden dar tres situaciones:

- Que el sitio no haga mención alguna de la utilización de cookie`s, y sin perjuicio de ello las instale en el disco duro.

²⁶⁷ Ribas Alejandro, Javier. “Riesgos legales en Internet. Especial referencia a la protección de datos personales”. *Derecho de Internet*. Ed. Aranzadi. Pamplona (2000) p.156.

- Que el sitio haga mención de la utilización de cookie`s, pero sin especificar claramente cuál es su finalidad, pero dando la opción al usuario de aceptar o rechazar su instalación o a salir del sitio para evitarlas.
- Que el sitio haga mención de la utilización de cookie`s, especificando además claramente su finalidad y que la misma incluye la realización de tareas de marketing, o la confección de archivos bases que pueden ser transferidos a terceros²⁶⁸

Las dos primeras situaciones planteadas, atentan en mayor o menor gravedad la intimidad de los usuarios. En efecto, la primera hipótesis prescinde del consentimiento del consumidor o usuario para instalar las cookie`s en su disco duro; la segunda por su parte, aún cuando no dé información acerca de cuál es la finalidad de su utilización deja la opción abierta al usuario para rechazar el uso de las cookie`s. La tercera en cambio, pareciera ser la situación ideal, en la medida que comunica al cibernauta de la utilización y objetivo de las cookies`s, de forma tal que queda investido de plenas facultades para aceptar no sólo la instalación de ella sino también el libre uso de la información que pueda generar dicha instalación.²⁶⁹

Teniendo presente esta última solución, la omnipresencia de la Buena Fe y el consentimiento (que veremos más adelante) como principios orientadores, creemos indispensable exigir de los proveedores en Internet un compromiso tendiente a respetar la privacidad, reconociendo al titular de la información como único sujeto facultado para autorizar que ésta sea utilizada. Para ello deben implementar medidas de seguridad eficientes, como por ejemplo, crear un enlace o “link” dentro de la home page y en un lugar visible y accesible la “Política de Privacidad de Datos”, donde se explique a todos los visitantes de dicha página la posibilidad de que sean instalados cookie´s en su disco duro, quedando facultado el usuario para hacer un “click” que permita manifestar su voluntad de aceptación o rechazo;²⁷⁰ o también, contratar una empresa de certificación, las cuales, en palabras

²⁶⁸ Fernández Delpech, Horacio op. cit 4 pp. 239 y 240.

²⁶⁹ De la misma manera opina Ribas Alejandro, al expresar que “en este caso, a la tradicional cláusula contractual por la que se autoriza el tratamiento automatizado de sus datos personales debe añadirse la figura del cookie, como instrumento para obtener datos adicionales sobre los hábitos de consumo, frecuencias de visita de una sección determinada, tipo de noticias a suministrar, etc. También puede obtenerse una autorización implícita mediante la advertencia de que la página web visitada tiene cookie´s, y que el usuario tiene la posibilidad de impedir el acceso a su ordenador, mediante la opción correspondiente de su navegador. Lo que más molesta al usuario es la entrada de contenidos no consentido en su ordenador. Si la página visitada tienen una sección que informa sobre las funciones que realiza el cookie, y el usuario puede comprobar su carácter inofensivo, es probable que autorice su entrada en el sistema. En especial, si la recepción del cookie es un requisito previo para la visualización de la página, y ésta contiene algo que interesa al usuario”.

Ribas Alejandro, Javier. *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*. Ed. Aranzadi. Pamplona (1999) p.52.

²⁷⁰ Según un estudio del año 2001 de la Universidad Tecnológica Metropolitana, el contenido de las Políticas de Privacidad se encontraría relacionado a la satisfacción de las siguientes interrogantes:

1.- ¿Qué son las políticas de privacidad?

la Cámara de Comercio de Santiago²⁷¹ “garantizan la existencia de políticas apropiadas de protección de la privacidad del consumidor, sistemas tecnológicos acordes con tales políticas, y exigibilidad de éstas, a través de sistemas de resolución de conflictos por infracción de las normas de privacidad y asesoría en denuncias a las autoridades competentes en caso de violaciones legales”.²⁷²

Pudiera argumentarse que la implementación de medidas de seguridad contratadas a empresas certificadoras que presten un sello de confianza, encarecería de tal forma el costo final de un bien o servicio que limitaría sustancialmente la demanda de los mismos, y la consiguiente disminución de la producción y el advenimiento del desempleo.

Sin embargo existe una doctrina potentemente arraigada que hecha por tierra el argumento anterior, ya que como debemos recordar, la oferta de los bienes y servicios en Internet, disminuye considerablemente los costos propios de la venta en locales físicamente establecidos y su consustancial mantención, simplificando la cadena logística y disminuyendo en consecuencia, el valor final del bien ofertado.

De esta segunda opción, el organismo antedicho ha planteado los pasos a seguir para obtener un sello de certificación o confianza:

-
- 2.- ¿Para qué recolectamos su información?
 - 3.- ¿Cómo se reúne y usa la información?
 - 4.- ¿Qué es una cookie?
 - 5.- ¿Qué puede hacer frente a las cookie`s?
 - 6.- ¿Para qué utilizamos las cookie`s?
 - 7.- ¿Dónde se aplican las políticas de privacidad?
 - 8.- ¿Podemos revelar o compartir su información?
 - 9.- ¿Puede modificar o borrar su información?
 - 10.- ¿Qué seguridad se le da a la información?
 - 11.- Modificaciones a las políticas de privacidad.
 - 12.- ¿Cómo puede reclamar?
 - 13.- Sugerencias.
 - 14.- Sellos de certificación.

www.utem.cl

²⁷¹ Cámara de Comercio de Santiago. *La Economía Digital en Chile. Aspectos legales de la economía digital*. Ed. Cámara de Comercio de Santiago. Santiago (2001)

²⁷² Desarrolla además, un programa certificador y lo que debe contener éste para ser considerado como tal. Así, como contenidos mínimos del mismo encontramos el:

- a.- Establecer políticas y normas de protección de la privacidad y de los derechos del consumidor, bajo la forma de autorregulación.
 - b.- Proporcionar un Sello de Confianza (SDC) fácilmente reconocible y accesible para las empresas que se desenvuelven en el ámbito de Internet, que permite al usuario confiar en que el sitio respectivo cumple con las normas y políticas de privacidad.
 - c.- Contemplar mecanismos para identificar si una empresa (sitio web) puede ser acreedor de un SDC y sistemas de auditoría y monitoreo posteriores para la verificación del cumplimiento de las políticas y normas de privacidad.
 - d.- Contemplar acciones de difusión y educación a la comunidad acerca del respeto a las normas de protección a la privacidad y a los derechos del consumidor.
 - e.- Brindar medidas concretas frente al incumplimiento de las políticas de privacidad por parte de un sitio web, tales como retiro del SDC, publicidad y denuncias a las autoridades competentes si fuera procedente.
 - f.- Proporcionar mecanismos amigables y efectivos para la resolución de conflictos entre el sitio y el usuario.
- Cámara de Comercio de Santiago. op. cit. 271 pp. 11 y 12.

1.- Las empresas que quieran optar por uno de ellos deben someterse a un proceso previo de calificación.

2.- Un vez que han adquirido el sello se deben preocupar de informar a los consumidores acerca de qué información personal es recolectada por el sitio, cómo será utilizada, los mecanismos de seguridad empleados y las vías a través de las cuales los usuarios pueden solicitar la eliminación y corrección de sus datos.

3.- Deberán estar bajo auditorías y monitoreos periódicos de la empresa que emite el sello

4.- Si se llega a comprobar una infracción a las normas de privacidad, el sello puede ser retirado del sitio web, sin perjuicio de las medidas que procedan en caso de perjuicios ocasionados a los consumidores.

A nuestro juicio, el proceso de certificación planteado por la Cámara de Comercio de Santiago, es una solución perfectamente aplicable a las empresas que quieran que el comercio electrónico en nuestro país se acreciente como en aquellos más desarrollados, ya que disminuiría uno de los temores más grandes de los consumidores para hacer uso de esta modalidad de comercio, cual es verse involucrada su intimidad o privacidad en un mundo virtual donde el cruce de las informaciones permite fácil acceso a inescrupulosos. Así se permitiría diferenciar por los mismos consumidores de entre los numerosos sitios web, aquellos que consagren una política de confianza de otros que no lo hagan, detentando las primeras, ventajas comparativas respecto de sus competidores que las llevarían con el tiempo, a posicionarse con fuerza en el mercado.

6.2.2. Correo masivo o spam.

Como ya hemos adelantado, el spam no tiene otra finalidad que enviar en forma masiva, numerosos e-mails con contenido publicitario a los usuarios de Internet. Envíos que rompen las barreras propias de las esferas consideradas naturales del campo privado.²⁷³⁻²⁷⁴

²⁷³ Como ejemplo de spam, enunciaremos uno que creemos fue remitido mundialmente a una multiplicidad de consumidores. Su texto rezaba de la siguiente forma: “Aclaración sobre SPAM: Bajo decreto S1618 Título III, aprobado por el 105 Congreso de Estandarización de Normativas Internacionales este mail no podrá ser considerado SPAM mientras incluya una forma de ser removido”.

Pues bien, a simple vista pareciera ser que existiese una normativa internacional sobre el spam. Craso error. Así lo explica detalladamente el autor Fernández Delpéch al decir que: “El referido decreto S1618, Título III fue una propuesta de enmienda a la Ley de Comunicaciones de los EE.UU, presentada en 1998 por los senadores Mukowski y Torricelli, conforme a la cual se incluía en dicha ley el Título III referido al spamming en el cual en su artículo 301 se establecían requerimientos que debían ser incluidos en toda transmisión de correo electrónico no solicitado.

Se proponía establecer allí que quien transmitiese un correo electrónico comercial no solicitado debía colocar al comienzo del cuerpo de cada mensaje la siguiente información: (A) El nombre, dirección física, dirección de correo

Dentro de la misma línea, la organización Consumers Internacional, en la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, llevada a cabo el año 2003 planteó que :”uno de los servicios más utilizados y altamente valorados de la sociedad de la información es el correo electrónico. Ha abierto nuevas posibilidades para la comunicación entre los individuos, y ha transformado la manera en que las compañías y otras organizaciones hacen negocios. Sin embargo, el abuso de esta tecnología por parte de quienes promueven productos y servicios es marcado. Los estudios indican que una proporción significativa y creciente de mensajes de correo electrónico (un 25 a 30%) es no solicitado y no deseado, y que el costo de este "correo electrónico basura" es alto. De hecho, grandes volúmenes de correo basura podrían interferir con sistemas informáticos esenciales y podrían poner en peligro la seguridad pública. Los importantes beneficios sociales y económicos de este nuevo modo de comunicación están poniéndose seriamente en riesgo”.²⁷⁵

A diferencia de las cookies, el spam sí ha encontrado recepción en nuestra normativa. Dos son los cuerpos que lo contemplan:

-) La ley 19.628, sobre protección de la vida privada y;

electrónico, y número de teléfono de la persona que inicia la transmisión del mensaje (B) El nombre, dirección física, dirección de correo electrónico, y número de teléfono de la persona que creó el contenido del mensaje, si difiere de la contemplada en (A). (C) Una aclaración de que los subsiguientes transmisiones de correo electrónico comercial no solicitado al receptor de parte de la persona que inicia la transmisión del mensaje pueden terminarse sin costo para el receptor enviando una respuesta a la dirección de correo electrónico originadora con la palabra ´remove`en la línea de asunto.

Se establecía también que toda la información de enrutamiento de Internet contenida dentro o acompañando un mensaje de correo electrónico descrito debe ser precisa, válida de acuerdo con los estándares prevalecientes para protocolos de Internet, y debe reflejar con precisión el enrutamiento del lenguaje.

La referida enmienda nunca fue sancionada. Por otra parte aún si considerásemos como algunos afirman, que la misma tuvo vigencia, ella sólo regiría en los EE.UU, pero no en nuestro país”.

Fernández Delpech, Horacio. op cit 4 p. 238.

²⁷⁴ En este mismo sentido se ha planteado en el Senado, al discutirse en forma particular el análisis de las modificaciones a la LPC, así por ejemplo, la senadora Matthei expresaba que “el spam es generalmente definido como un correo electrónico con fines comerciales no solicitado. En verdad, el spam constituye una amenaza muy seria para el futuro de las comunicaciones electrónicas. Provoca un tremendo daño, pues hace más lento el flujo del correo legítimo. Se estima que en el 2003 alrededor del 50 por ciento de lo enviado por este medio fue spam. Ello hace perder tiempo al destinatario, quien debe examinar, borrar, etcétera. Además, muchos de este tipo de correo se usa para propagar virus computacionales, e incluso, material pornográfico, afectando en general la seriedad del sistema”.

²⁷⁵ Para hacer frente a este fenómeno, Consumers Internacional, propuso una serie de acciones ha seguir. Ellas son las siguientes:

a.- Los gobiernos deben promulgar leyes y regulaciones diseñadas para limitar el uso del correo electrónico con fines comerciales, y para proporcionar a los consumidores un medio eficaz para controlar la cantidad de correos no solicitados que reciben;

b.- Los gobiernos deben cooperar en la aplicación transfronteriza de leyes que restringen el uso de correos electrónicos no solicitados;

c.- Los proveedores de servicio de correo electrónico deben adoptar políticas de tolerancia cero respecto a las prácticas abusivas de envío de correo;

d.- Deben apoyarse los esfuerzos por desarrollar y distribuir filtros eficaces de correo no solicitado;

e.- Los gobiernos y proveedores de servicio deben informar a los usuarios de correo electrónico sobre cómo evitar el abuso en el envío de este tipo de correos.

Consumers Internacional. Conferencia Ministerial Regional Preparatoria de América Latina y el Caribe para la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información. Bávaro, Punta Cana, República Dominicana, llevada a cabo los días 29 al 31 de enero de 2003.pp.9 y 10.

-) La LPC, modificada por la ley 19.955.

Frente a estas disposiciones, nuestro consumidor A podría preguntarse ¿Cuál de ellas es la que efectivamente me protege de los spamming? Analicemos la situación en detalle.

En conformidad a lo preceptuado por la ley sobre protección a la vida privada, el spam se encuentra legalmente aceptado, toda vez que el artículo 4° inciso 5° de esta norma establece que no requiere autorización el tratamiento de datos que “*sean necesarios para las comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios*”, en otras palabras, la publicidad o marketing y en materia electrónica, el spam.

Según lo anterior, podría pensarse que el legislador no dio amparo alguno a los usuarios de la red, debiendo éstos resignarse a aceptar la recepción masiva de correo no solicitado.

Sin embargo, el estudio pormenorizado de esta realidad debe conjugarse con la reforma establecida en ley N° 19.955, que establece para las relaciones propias de consumo la regla contraria. En efecto, su artículo 28 B inciso 1° establece que “Toda comunicación promocional o publicitaria enviada por correo electrónico deberá indicar la materia o asunto sobre el que versa, la identidad del remitente y contener una dirección válida a la que el destinatario *pueda solicitar la suspensión de los envíos que quedarán desde entonces prohibidos*”.²⁷⁶

Por un criterio de temporalidad y especialidad, creemos que en materia de protección al consumidor, la ley que debiera regir en materia de spam, es la LPC, quedando bajo el campo de aplicación de la ley N° 19.628, las relaciones comerciales suscitadas entre empresas (Bussines to Bussines), y las relaciones propias del campo civil y mercantil que no sean de consumo.

Hecha esta prevención, podría pensarse la reforma a la LPC como un completo acierto, al otorgarle la posibilidad al consumidor de solicitar la suspensión de los mensajes publicitarios no

²⁷⁶ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por publicidad se entiende “La divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc”.

Por su parte, en la sesión 11° de 16 de julio de 2000, ante la Cámara de Diputados, don José Manuel Silva Silva, Presidente del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR), planteó que la publicidad “puede ser entendida como la técnica de comunicación social cuyo propósito es transmitir información sobre un producto o servicio que se desea vender para obtener un beneficio comercial”. Agregó además que “desde una perspectiva estrictamente económica se ha dicho que la publicidad es una ‘herramienta de venta o marketing’ al servicio de las estrategias comerciales de las empresas”.

A su vez, en la sesión 7ª, de 11 de junio de 2002, don Javier Fuenzalida, Gerente de Operaciones de la Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA), expresó que: “La publicidad persigue informar que los productos existen y que tienen determinados atributos que permiten satisfacer necesidades, tienen una calidad dada, están respaldadas por garantías, llega al público mediante *catálogos impresos o electrónicos*, exposiciones, demostraciones, promociones, avisos...”

deseados al proveedor responsable de ellos. Empero, el detalle pormenorizado de la norma²⁷⁷, acusa a nuestro entender defectos que estimamos importante destacar.

1.- La obligación que carga el consumidor al enviar solicitud a su contraparte para que ésta cese en la actividad de enviar spamming, implica un gravamen innecesario que debiera evitar una ley que se supone tutela los intereses del contratante más débil.

2.- Por otro lado, el envío de esta solicitud de suspensión de publicidad no deseada, no hace más que confirmar la dirección electrónica del usuario al responsable de los mensajes promocionales, verificando en consecuencia, que ésta se encuentra vigente y activa. Lo anterior, facilitaría la formación de bases de datos con todas y cada una de las cuentas de correo electrónicos que sean de uso cotidiano de los consumidores.²⁷⁸

Así expuestas las cosas, entendemos que, por un lado, la LPC confiere al consumidor una solución para evitar que su cuenta de correo electrónico se vea saturada de masivos y, por otro, que lo presupuestos para obtener dicha suspensión lo deja en absoluta indefensión frente a la posibilidad de que sus datos sean almacenados y posiblemente vendidos a un tercero,

3.- No establece una sanción específica al proveedor en caso de que, solicitada la suspensión de los correos masivos no deseados por parte del consumidor, reiterase su conducta y prosiga con la práctica de envío de promociones contra el consentimiento expreso de su destinatario.

Si bien el artículo 24 de la LPC prescribe una sanción genérica para el caso de infracción de cualquiera de sus preceptos que no contenga una en particular, la inviabilidad de obtener una efectiva reparación es patente (según ya lo hemos planteado) dada la naturaleza intrínseca del comercio electrónico.

El razonamiento del legislador nacional es asimilable a lo preceptuado por la Directiva 2000/31 del 8 de Junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Ella en su artículo 7, relativo a la “Comunicación comercial no solicitada”, establece dos exigencias:

²⁷⁷ El artículo 28 B de la Ley 19.955 en su inciso 1° establece que: “ Toda comunicación promocional o publicitaria enviada por correo electrónico deberá indicar la materia o asunto sobre el que versa, la identidad del remitente y contener una dirección válida a la que el destinatario pueda solicitar la suspensión de los envíos, que quedará desde entonces prohibidos.”

²⁷⁸ Así también lo planteó en el debate en la cámara alta el Senador Novoa, expresando que “si uno contestaba un correo para solicitar que no se le enviara más, estaba validando una dirección, es decir, informando al remitente que ella era hábil y se encontraba en uso. Por lo tanto, permitiríamos crear una base de datos mediante el envío de un correo a una dirección y la validación de ésta a través de la respuesta”.

1º La obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas tendientes a garantizar que los proveedores que envían publicidad no solicitada, consulten en forma regular una lista en que los usuarios, en forma voluntaria, se excluyan y manifiestan su deseo de no recibir comunicaciones comerciales y,

2º la obligación de identificar el carácter publicitario del mensaje.²⁷⁹

Empero la legislación comparada española ha adoptado el criterio diferenciador, que a nuestro parecer se vislumbra como el más efectivo y protector para el consumidor enfrentado a los spamming.

El Código Ético Español sobre Publicidad en Internet, de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, aprobado por la Asamblea General Ordinaria en 1999²⁸⁰, en su artículo 10º, sobre “Publicidad por correo electrónico”, establece en su número 1º que. *“No se admitirá el envío de publicidad por correo electrónico por parte del anunciante cuando ésta no haya sido previamente solicitada o autorizada por el destinatario”*.

Posteriormente, la Ley 24/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, viene a complementar en forma muy estricta el tema de los spam prescribiendo en su artículo 21 lo siguiente:

“Prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas realizadas a través de correo electrónico a medios electrónicos equivalentes. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónico equivalente que previamente no hubieren sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas”.

En opinión de Sánchez Almeida y Maestre Rodríguez “esta circunstancia de alguna manera invalida las listas de correo que se estuvieran usando con anterioridad a la ley, de forma que es

²⁷⁹ El artículo 7º de la Directiva 2000/31, establece:

“1. Además de otros requisitos establecidos en el Derecho comunitario, los Estados miembros que permitan la comunicación comercial no solicitada por correo electrónico garantizarán que dicha comunicación comercial facilitada por un prestador de servicios establecido en su territorio sea identificable de manera clara e inequívoca como tal en el mismo momento de su recepción.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en las Directivas 97/7/CE y 97/66/CE, los Estados miembros deberán adoptar medidas para garantizar que los prestadores de servicios que realicen comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico consulten regularmente las listas de exclusión voluntaria (“opt out”) en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones comerciales, y las respeten.

²⁸⁰ El ámbito de aplicación de este Código, según su artículo 2º es:

“1.A la publicidad realizada, en Internet, por personas físicas o jurídicas con establecimiento en España, y a la publicidad insertada en soportes cuyos titulares tengan nacionalidad o establecimiento en España y hayan aceptado este Código.

necesario para todas las personas que realizan comunicaciones comerciales sin haber recabado el consentimiento de los destinatarios, empezar de cero con una lista en la que los destinatarios expresamente se hayan suscrito, dando su consentimiento a la recepción de estos mensajes”²⁸¹

La rigurosidad española, parece acunar los deseos de todos y cada uno de los consumidores, en la medida que tiende efectivamente a proteger la intimidad de ellos frente al envío de correos no solicitados. En consecuencia, creemos que la legislación nacional debiera conducirse en la misma directriz que lo hace su homólogo español.

6.3. Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada.²⁸²

La ley 19.628 presupone que toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales²⁸³, siempre que lo haga de una manera que concuerde con ella y con las finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico, debiendo respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos. Así lo dictamina su artículo 1° inciso 2°, al establecer que: *“Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de datos y de las facultades que esta ley les reconoce”*.

2. Asimismo, entran en el ámbito de aplicación del presente Código las páginas hospedadas en servidores ubicados en territorio español, que hayan aceptado este Código...”

²⁸¹ Sánchez Almeida y Maestre Rodríguez. op cit. 5 p. 84.

²⁸² Esta ley es más conocida como Ley de Protección de Datos Personales. ¿Por qué? La explicación nos remonta al año 1993. En ese período el senador Cantuarias presentó un proyecto de ley que incluía una normativa relativa a los bancos de datos, el cual fue sustancialmente modificado durante su tránsito por la Cámara de Diputados, donde se impuso el criterio de legislar exclusivamente sobre esta materia, dejando sin resguardo ni regulación el derecho a la vida privada en general, criterio que fue aceptado por el Senado. Posteriormente, el 18 de Agosto de 1999, el Presidente de la República de aquel entonces, don Eduardo Frei Ruiz-Tagle promulgó la ley N° 19.628, a la que erróneamente se puso por título “sobre Protección de la Vida Privada”, siendo publicada en el Diario Oficial el día 28 de Agosto de 1999.

²⁸³ El profesor Hernán Corral Talciani, ha esquematizado en tres generaciones los modelos legislativos que regulan el tema en cuestión. Así, en la 1ª generación agrupa a la Ley General de Protección de datos de Alemania de 1977, a la Ley de Suecia de 1973 y, a la de Dinamarca de 1978. Todas ellas tendrían, como denominador común, la gran desconfianza hacia la creación de bancos de datos privados, por lo que establecen límites o controles para su organización y órganos específicos de vigilancia. En la 2ª generación se encontraría como ícono en la materia, a Francia y Estados Unidos, por cuanto existe en las legislaciones de dichos países, una mejor comprensión en la necesidad de contar con bases de datos, que pueden ser creadas libremente, poniendo acento en el derecho a la privacidad de las personas, quienes tienen la posibilidad de conocer y corregir los datos que existen sobre ellas.. En la 3ª generación, según el autor, se responde a la necesidad de crear textos legislativos de carácter internacional, en virtud del hecho que las leyes nacionales no tendrían la capacidad de ser completamente eficaces, ello como consecuencia de la inexistencia de patrones y esfuerzos de coordinación comunes a todos.

Es dentro de esta última generación que Corral Talciani encierra a nuestra ley, la que- a su entender- buscaría flexibilizar los requerimientos de protección de la privacidad de las personas, con la libertad de empresa y de información. Reafirma su argumento justamente en el inciso 2° del artículo 1°, ya citado.

Corral Talciani, Hernán. “El derecho a la privacidad y los sistemas de tratamiento de datos personales en la Ley N° 19.628 de 1999”. *Revista de Derecho. Universidad de Concepción. Año LXVII. Enero-Junio. N° 205.*(1997) pp.116-117 y 119.

Lo anterior se condice plenamente con la garantía constitucional N° 21 del artículo 19 de nuestra Constitución Política, en lo relativo a la libertad que tiene toda persona de desarrollar cualquier actividad económica “*respetando las normas legales que lo regulen.*”. Así debemos concluir que todo proveedor, que sea responsable de un registro o banco electrónico de datos y que desea funcionar como tal en nuestro país, deberá respetar los contenidos y procedimientos de la Ley 19.628.

6.3.1. Los principios de la protección de datos.

Sabemos que toda institución jurídica encuentra su base en determinados principios que la informan; el tratamiento de datos personales no escapa a ello. Para desarrollarlos, nos regiremos por la enumeración realizada por el autor español Jesús Rubí Navarrete²⁸⁴, a propósito de la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999, analizando de igual manera, la introducción de ellos en nuestra legislación.

6.3.1.1. Principio del consentimiento.

En palabras del autor, “el principio básico de la LOPD (Ley Orgánica de Protección de Datos), es el principio del consentimiento. De acuerdo con él, la regla general es la que los datos sólo podrán ser recabados, sometidos a tratamiento y, en su caso, cedidos o comunicados a terceros con el consentimiento del afectado”.

La ley 19.628 igualmente recoge al consentimiento como principio básico. El artículo 4° inciso 1°, establece que “el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o *el titular consienta expresamente en ello*”. Dicho consentimiento presenta diversos grados de exigencia dependiendo de los datos sobre los que recaiga la manifestación de voluntad. Así, para los denominados *datos sensibles*, es decir, “aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o

²⁸⁴ Rubí Navarrete, Jesús. “Los principios de protección de datos y el reglamento de medidas de seguridad”. *Internet y derecho* Ed. Aranzadi Pamplona (2000). pp. 79-82.

psíquicos y la vida sexual”, la regla general es que no puedan ser objeto de tratamiento, salvo que la ley lo autorice o *exista consentimiento del titular*²⁸⁵; respecto de éstos, el consentimiento del titular es obligatorio.

Para Suárez Crothers, “un dato será jurídicamente sensible, por tanto, cuanto mayor potencialidad exista de que su difusión afecte la dignidad de los individuos e impida a éstos una determinación autónoma del libre ejercicio de su derecho a desarrollar libremente su personalidad. Dada esta potencialidad en la afectación de los derechos y libertades, habrá de predicarse que esta clase de datos no puede ser utilizados sin una previa habilitación del sujeto, es decir, de la manifestación libre e informada de su voluntad en consentir un determinado uso del mismo”²⁸⁶.

Pensamos que ello es así por la naturaleza misma de dichos datos, ya que su estructura reviste para su titular un cierto grado de reserva o resistencia de que sean conocidos tan ampliamente por el resto de la comunidad, con el consiguiente riesgo de que éstos sirvan para crear con mayor facilidad un perfil del mismo.

En relación a la forma en que el consentimiento se debe manifestar para el tratamiento de este tipo de datos, nuestro legislador pudo haber sido más estricto, dada la calidad de los mismos. El precepto sólo se exige que “*exista consentimiento del titular*”, sin establecer ningún tipo de resguardo adicional. La ley española, en cambio, exige el consentimiento escrito del titular en estos casos. Otro ejemplo de máxima precaución lo constituye el artículo 7 N° 2 de la Ley N° 25.326 Argentina, al establecer que sólo pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles cuando lo autorice la ley.²⁸⁷

El otro polo lo constituyen los datos personales accesibles al público en general, donde el consentimiento del titular carece de relevancia, ya que éstos pueden obtenerse sin que el titular se llegue a enterar de dicha recolección.

²⁸⁵ El artículo 10° de la ley 19.628 establece que. “*No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.*”

²⁸⁶ Suárez Crothers, Christian. “La ley chilena sobre protección a la vida privada: un intento de protección de los datos de carácter personal”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. (1999) p. 9.

6.3.1.2. Principio de la información.

El autor explica que la información “atiende a la finalidad de que, para que el afectado pueda prestar válidamente el consentimiento, éste sea un consentimiento informado”.

Nuestra ley también contempla este principio al establecer en su artículo 4º, que el titular de los datos debe consentir para que sean objeto de tratamiento, pero previamente *se le debe informar* acerca del propósito del almacenamiento de los mismos y de la posibilidad de que sean comunicados al público.²⁸⁸

El artículo 2º, al definir lo que se entiende por tratamiento de datos, engloba en dicho concepto a las operaciones destinadas a “...comunicar...” los datos de carácter personal, con lo cual se establece claramente que existe la obligación del responsable del banco de datos a informar al titular de los mismos cuáles son los motivos por los que se requiere almacenar dichos datos y de la posibilidad que le da la ley de comunicarlos a terceros.

Pero si analizamos acuciosamente, dentro del mismo concepto de tratamiento de datos encontraremos las operaciones de “...ceder, transferir, transmitir...” los datos personales o “...utilizarlos en cualquier otra forma”, con lo que creemos que es justamente aquí donde cobra relevancia el principio en comento, toda vez que al entregarle al responsable de banco de datos una amplia gama de actividades a desarrollar con los mismos, con mayor razón deberá informarse al titular cuál será el destino de ellos.

6.3.1.3 Principio de la calidad de los datos.

Para Rubí Navarrete, este principio “exige que el tratamiento de los datos se lleve a cabo para la finalidad no sólo legítima, sino también determinada y explícita para la que los datos se han obtenido y respecto de la cual se ha informado al afectado, o para alguna que no sea incompatible”.

Al respecto la ley 19.628 establece en su artículo 9 que “los datos personales deben utilizarse *sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados...*”. A nuestro juicio, este principio

²⁸⁷ El artículo 7 de la Ley 25.326 sobre Protección de datos personales de Argentina establece: “los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley”.

debe interpretarse en concomitancia con el analizado anteriormente, ya que dentro de la información que debe prestar el responsable del banco de datos, quedará incluida por autonomía, aquella que diga relación con los fines para los cuales se recolectaron.

6.3.1.4. Principio de la exactitud, veracidad y actualidad.

En palabras de Rubí Navarrete “éstos-los datos- deben, en la terminología de la Ley ser ´exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado`”. La ley 19.628 también recoge este principio al establecer en el inciso 2º del artículo 9 que “en todo caso, la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos”. Si ello no fuere así, se devengarán las sanciones que el artículo 6º²⁸⁹ de la misma contempla:

- a) Los datos de un registro o banco en el cual se encuentren almacenados, deberán ser eliminados o cancelados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o hayan caducado.²⁹⁰
- b) Los datos deben ser modificados cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos.²⁹¹
- c) Cuando no se pueda establecer la exactitud de los datos almacenados o su vigencia sea dudosa, el legislador le impone la obligación al responsable del banco o registro, de bloquearlos.²⁹²
- d) Como última consecuencia que acarrea éste principio, es la carga del responsable del registro o banco de datos, de proceder por sí mismo a realizar todas las operaciones recién señaladas, sin necesidad del requerimiento del titular.

²⁸⁸ El artículo 4º de la ley 19.628 en el inciso 2º establece: “La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito y almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público”.

²⁸⁹ El artículo 6º de la ley 19.628 establece: “Los datos personales deberán ser eliminados o cancelados cuando el almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado. Han de ser modificados cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos.

Se bloquearán los datos personales cuya exactitud no pueda ser establecida o cuya vigencia sea dudosa y respecto de los cuales no corresponda la cancelación.

El responsable del banco de datos personales procederá a la eliminación, modificación o bloqueo de los datos, en su caso, sin necesidad de requerimiento del titular”.

²⁹⁰ El artículo 2º de la ley 19.628 en su letra d) establece que se entenderá por dato caduco “el que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o, si hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que consigna”.

A su vez, en la letra h) define a eliminación o cancelación de datos como “la destrucción de datos almacenados en registros o bancos de datos, cualquiera fuere el procedimiento empleado para ello”.

²⁹¹ En la letra j) del artículo anterior, se entiende por modificación de datos “todo cambio en el contenido de los datos almacenados en registros o banco de datos”.

6.3.1.5 Principio de la seguridad de los datos.

Aquél “responde a la finalidad de evitar la alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado a los datos personales”; lo anterior lo complementa diciendo que “el principio de seguridad obliga a los responsables de ficheros y encargados del tratamiento a adoptar medidas técnicas y organizativas que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o de medio ambiente físico natural”.

A nuestro entender la ley chilena no contempla este principio tan claramente, ya que sólo impone un deber general de cuidado, el cual queda plasmado en el artículo 11° de la normativa que establece que “el responsable de los registros o bases donde se almacenan datos personales con posterioridad a su recolección deberá cuidar de ello con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños”, dispensándolo de adoptar todas las medidas técnicas y necesarias para garantizar la seguridad de que los datos tratados sean alterados, ya sea por los mismos ellos o por un tercero sin la debida autorización del titular de los mismos.²⁹³

6.3.1.6. Principio del secreto

Para el español, “se trata de garantizar la confidencialidad en el tratamiento de los datos imponiéndose no sólo al responsable del fichero, sino también a todos aquellos que han tenido acceso a los datos personales. Esta obligación además, tiene una proyección temporal indefinida dado que el secreto debe mantenerse en el momento en que un usuario tiene acceso a los datos y, posteriormente, cuando carece de él por haberse extinguido la relación que permitió tal acceso”.

Nuestra ley también recoge este principio en el artículo 7° el cual prescribe que: “Las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en los organismos públicos como privados,

²⁹² La letra b) del artículo anterior entiende por bloqueo “la suspensión temporal de cualquier operación de tratamiento de los datos almacenados”.

²⁹³ La ley argentina sobre protección de datos personales, en su artículo 9° establece una norma de similar exigencia que la española, al decir que:

“1.El responsable o usuario del archivo de datos debe adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, de modo de evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, y que permitan detectar desviaciones, intencionales o no, de información, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado

2. Queda prohibido registrar datos personales en archivos, registros o bancos que no reúnan condiciones técnicas de integridad y seguridad”.

están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con el banco de datos, obligación que no cesa por haber terminado sus actividades en ese campo”.

6.3.2. Tratamiento de los datos personales.

Entenderemos por tratamiento de datos, lo establecido en la letra o) del artículo 2º, “*cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma*”²⁹⁴

Tal como se indica, lo que es objeto de tratamiento son los datos personales, o sea “*los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables*”, según la letra f) de nuestra ley.²⁹⁵

Previo al estudio pormenorizado del tratamiento que hace nuestra legislación en esta materia, es menester conceptualizar y determinar el objeto de protección del Habeas Data o amparo digital.

²⁹⁴ La Ley 25.326 de Argentina, pionera en América Latina en la regulación de la protección de los datos personales, define en su artículo 2º al tratamiento de datos como: “Operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permiten la recolección, conservación, ordenación almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias”.

A su vez, en España, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en su artículo 3º, letra c), entiende por tratamiento de datos las “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permiten la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”.

²⁹⁵ Nos parece oportuno destacar la omisión legislativa respecto de los datos “personales” relativos a las personas jurídicas.

La legislación argentina por ejemplo, sí las contempla. Su ley de Protección de Datos Personales, en el artículo 2, al definir datos personales establece que éstos corresponden a la “información de cualquier tipo referida a personas físicas o de *existencia ideal* determinadas o determinables”. Al respecto Fernández Delpech, criticando la legislación de su país, manifiesta que “la protección debió limitarse a las personas físicas, ya que en el caso de las personas de existencia ideal, no es el derecho a la intimidad el que puede verse afectado, sino su derecho a la identidad o a la buena imagen, derecho distinto totalmente del derecho a la intimidad”.

A nuestro juicio, al igual que las naturales, las personas jurídicas gozarían también de atributos de la personalidad, aunque su naturaleza emane de una ficción legal.

Sumado a lo anterior y, en relación a la materia en comento, al conceptualizar la LPC lo que se entiende por consumidor, engloba en ésta tanto a las personas naturales como a las jurídicas. En consecuencia, si el legislador estimó de sumo menester proteger a las Personas Jurídicas que detenten la calidad de consumidor en una relación contractual, del mismo modo éstas, al verse involucradas en un problema de tratamiento de datos en un registro o banco de los mismos sin su consentimiento, debieran ser titulares de iguales derechos otorgados a las personas naturales.

En este sentido opina Jijena Leiva, al decir que “ellas (las personas jurídicas) son sujetos de información cuyos antecedentes también son tratados computacionalmente, y por definición quedan al margen de la ley, que sólo rige en relación a titulares personas naturales. Estimamos que, si bien en menor amplitud que las personas naturales, las personas jurídicas también gozan de un necesario derecho a la confidencialidad o reserva de los antecedentes que a ellas se refieren, por cuanto éstos las convierten en sujetos de derechos y en personas identificadas o identificables. En la

6.4 Hábeas Data.

6.4.1. Concepto.

El Hábeas Data constituye un sub tipo de la denominada acción de amparo o hábeas corpus; así “*traed el cuerpo*” se extrapolaría a “*traed el dato*”.

Esta acción consagrada legalmente en la Ley 19.628, se distancia considerablemente del tratamiento que le han dado los ordenamientos jurídicos vecinos, quienes han elevado su establecimiento a rango constitucional. Tales son los casos de Colombia, Perú, Brasil y Argentina.²⁹⁶

En doctrina, Jervis Ortíz plantea que el Hábeas Data "constituye el derecho de toda persona de solicitar extrajudicialmente (asumiendo la forma de ejercicio del derecho de acceso), o bien judicialmente(a través del habeas data), la exhibición de registros o bases de datos públicos o privados en los cuales están incluidos sus datos personales, para tomar conocimiento de su exactitud y veracidad, como también solicitar, en su caso, rectificación , eliminación, complementación o reserva; es así como este habeas data puede revestir 2 modalidades: una preventiva , cuando tenga por objeto permitir al titular de los datos personales ser informado sobre la existencia de bancos o registros de datos que contengan información que le concierne y si así fuese, acceder a los mismos;

realidad actual del procesamiento de datos no se explica cómo el legislador no consideró de manera alguna esta situación”.

²⁹⁶ En Argentina la Constitución Nacional de 1994, tercer párrafo establece que: “Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informarse, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información pública”

En Colombia, la Constitución en su artículo 15 establece que: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas o privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señala la ley”.

La Constitución del Perú de 1994, en su artículo 2 prescribe que : “Toda persona tiene su derecho:

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibir de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúa las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyen por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afectan la intimidad personal y familiar.

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias”.

La Constitución de Brasil de 1998, primera en legislar sobre el Hábeas Data, establece en su artículo 5º LXXII que “Se concederá hábeas data:

- a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público;
- b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo”.

y una correctiva, cuando a través de él se exige que determinados datos personales, sean corregidos, bloqueados, cancelados, pues el tratamiento que se hace de ellos es indebido, en el sentido que vulnera o conculca su derecho".²⁹⁷

Por su parte, para Herrera Bravo y Núñez López existe un derecho llamado Hábeas Data “el cual consiste en la facultad de cada ser humano de controlar toda la información referente a su persona. Este derecho proviene de la libertad informática, la que supone el derecho a todos los hombres de informarse y de poder disponer de la información que posee al administrador de una base de datos electrónica”.^{298- 299}

6.4.2. Objeto de protección.

El principal bien jurídico protegido con esta acción es el derecho a la autodeterminación o libertad informativa³⁰⁰, la que se traduce en el reconocimiento de los derechos de acceso o información, modificación, bloqueo y cancelación.

La noción de este derecho surge en Alemania a propósito del derecho general de la personalidad y del control de las actividades investigadoras del Estado alemán. Así, en 1983, el Tribunal Constitucional en sentencia del 15 de diciembre, proclamó el derecho de todo individuo como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de disponer sobre la revelación y uso de sus datos personales.

²⁹⁷ Jervis Ortiz, Paula. “Derechos del Titular de Dato y Hábeas Data en la Ley 19.628” *Revista Chilena de Derecho Informático*. Centro de Estudio en Derecho Informático. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Ed. LOM Ltda. Santiago. Mayo, Número 2º (2003). p 23.

²⁹⁸ Herrera Bravo, Rodolfo y Núñez Romero, Alejandra. *Derecho Informático*. Ed. Jurídicas La Ley. Santiago (1999) p. 145.

²⁹⁹ Según Jijena Leiva “todos los cuerpos legales reconocen una serie de derechos instrumentales, tendientes a controlar el uso de la informática. El más relevante – y del cual derivan los restantes – es el ‘derecho de acceso’: el que posee toda persona sujeto de información para reconocer los datos que en relación a ella se tienen registrados. Por su similitud con la garantía del habeas corpus, suele denominársele habeas data o habeas scriptum. Este derecho instrumental está en estrecha relación, o es necesario analizarlo, considerando y teniendo presente el principio de la libertad de recolección de datos, prerrogativa que no puede ser absolutamente coartada por aquél; no obstante tratarse de un reconocimiento del derecho de los ciudadanos para disponer de sus propios datos personales”.

Jijena Leiva, Renato. *Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático*. Ed. Jurídica. Santiago (1992) p.46.

³⁰⁰ Según el autor mexicano Jorge Estrada Avilés “el derecho a la autodeterminación informativa se conceptualiza como un derecho personal que ostenta las siguientes características:

1. Es originario, porque nace con el sujeto activo.
2. Es subjetivo privado, al garantizar el goce de las facultades del individuo.
3. Es absoluto, pues es posible oponerlo a las demás personas.
4. Es personalísimo, ya que sólo su titular puede ejercerlo.
5. Es irrenunciable, porque no puede desaparecer por la voluntad
6. Es variable, dado que su contenido obedece a las circunstancias en las cuales se desarrolla.
7. Es imprescriptible, pues su consistencia particular y de conciencia.

Expone textualmente la sentencia que "el derecho general de la personalidad...abarca...la facultad del individuo, derivado de la autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida".

Al respecto el autor español Ernesto Quílez Agreda plantea que. "se reconoce así un principio de autodeterminación informativa que implica el derecho a saber quién, qué, cuándo y con qué motivo sabe algo de él...y ello es importante pues de otro modo la inseguridad de no saber que va a pasar con los datos que puedan captar de él en el desenvolvimiento de su vida limitaría o incluso impediría al individuo el libre ejercicio de derecho y libertades perfectamente legítimos"³⁰¹

Este hecho ha servido como punto de partida para una línea de razonamiento que pregona la idea de independizar el derecho a la autodeterminación informativa del derecho a la privacidad o intimidad. Es así como el Tribunal Constitucional español indicó en principio, que el derecho fundamental a la protección de datos personales era distinto del derecho a la intimidad, siendo común a ambos el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar.³⁰²

Posteriormente, flexibilizando su posición inicial, adopta una tesis un poco más matizada, en la cual entiende que el derecho a la autodeterminación informativa es un derecho instrumental fundamental y que sirve para la defensa de otros intereses u otros derechos de la personalidad.

Frente a esta última postura, Farré López plantea que "el derecho a la autodeterminación informativa faculta al individuo para conocer y controlar los datos que sobre su persona se encuentran en soportes informáticos con la finalidad de prevenir agresiones y daños de difícil o imposible reparación en sus derecho de la personalidad." Prosigue "el hecho de que la garantía de los derecho de la personalidad se concrete en un derecho individual no lo transforma en algo distinto a los derechos del artículo 18.1, sino que, en realidad, ese derecho- la autodeterminación informativa- es una concreción de aquellos en el ámbito automatizado de datos personales".³⁰³

³⁰¹ Quílez Agreda, Ernesto. "Desarrollo normativo del artículo 18.4 de la Constitución Española. Cuestiones de constitucionalidad y legalidad". *Informática y Derecho*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid. Ed. Aranzadi. Madrid (2000-2001). p. 167.

³⁰² La sentencia N° 254 del año 1993 del tribunal Constitucional español, establecía que: "El derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos que no se contienen en l derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a ala capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a los terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disponer sobre los datos personales."

³⁰³ Farré López, Pedro "El derecho de rectificación y cancelación de datos de carácter personal contenidos en ficheros". *Informática y Derecho*". Universidad Pontificia Comillas, Madrid. Ed. Aranzadi. Navarra (2000-2001). p. 107.

En este mismo sentido opina Corral Talciani al expresar que "el derecho a la privacidad tiene la suficiente amplitud para acoger el derecho a que no se procese información que, aislada o relacionadamente, puedan afectar a la intimidad".

A nuestro entender, es ésta la posición que debiera adoptar nuestros tribunales, toda vez que dentro del amplio concepto de intimidad que maneja nuestra Constitución, podría perfectamente incluirse la protección de datos personales, ello en atención a que no es más que una particular concreción de la privacidad en una materia o institución específica. Pensar lo contrario, significaría consagrar este "nuevo derecho" en la propia Carta Fundamental, con el consiguiente riesgo de reglamentarizar la misma cada vez que nuevos procesos tecnológicos afecten derechos fundamentales.

Cabe agregar además, que la acción otorgada por la Constitución para proteger la vida privada, no es incompatible con el amparo digital, es más se complementan para llenar vacíos que presenta la ley 19.628.

Como ya dijimos el derecho a oposición consagrado en la ley sobre Protección a la Vida Privada no es causal de procedencia del hábeas data. Si considerásemos a la libertad informática- objeto de protección de esta acción- como una garantía distinta de la intimidad, dejaríamos fuera del resguardo constitucional al derecho de oposición. La situación descrita refleja, a modo de ejemplo, la inobjetable conveniencia en concebir el derecho a la intimidad en un sentido lato, cuyo alcance sobreviva a las nuevas realidades sociales que acompañan el desarrollo de la humanidad.

No obstante, parece necesario prevenir que la extrapolación de lo que se entiende por intimidad, necesita el reconocimiento oportuno de la doctrina y sobre todo de la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores; sin ellos, aparecerá como necesario elevar todos y cada unos de los "nuevos derechos" que afectan al ser humano a la categoría fundamentales, con el consiguiente riesgo recién expuesto.

Con respecto a la recolección de datos personales, el artículo 3° de la Ley 19.628, señala que en caso de encuestas de estudios de mercado o sondeos de opinión pública, se debe informar al requerido si las respuestas son facultativas u obligatorias y el propósito para el cual se recopila la

información, pudiendo el titular de los datos requeridos oponerse para la utilización de los mismos con fines de publicidad o investigación de mercado o encuestas de opinión.³⁰⁴

Respecto de este punto nos vemos enfrentados a un nuevo problema. La ley contempla el derecho de oposición que tiene el titular de los datos personales requeridos, el cual hará efectivo en el caso que no quisiera que sus datos recolectados fueren utilizados para los objetivos ya mencionados.

En nuestro ejemplo, el consumidor A al ingresar a www.musimundo.com con la intención de adquirir el disco póstumo de Ray Charles, se ve enfrentado a la condición, que permita proseguir en su navegación por el web site, de responder obligatoriamente una serie de preguntas sobre su persona, las cuales son planteadas con fines de publicidad. A, responde a lo preguntado, pero con el tiempo decide manifestar su disconformidad con la situación y decide oponerse al hecho de que sus datos sean utilizados para publicidad de la misma página web.

Para aconsejar a nuestro consumidor debemos previamente distinguir si el sitio al que éste ingresó corresponde a un proveedor con domicilio en nuestro país o en el extranjero:

1) Si el proveedor tiene domicilio chileno, y A decide ingresar previa contestación del cuestionario y conociendo el destino de sus respuestas, podrá hacer efectivo su derecho de oposición. Si el proveedor hace caso omiso a esta solicitud, A al cotejar su situación con alguno de los presupuestos fácticos que hagan procedente el Hábeas Data, comprobará tristemente que la ley no contempla un mecanismo específico a través del cual pueda amparar el derecho otorgado en el artículo 3. No existe, a nuestro entender, explicación alguna al hecho que el legislador deje fuera al derecho de oposición del manto protector del Amparo Digital.

Si bien se podría pensar que la situación de nuestro consumidor no es tan desmejorada, por cuanto goza de otras acciones para protegerse, como la acción ordinaria de responsabilidad civil o la acción de protección, creemos que el legislador no tuvo un espíritu armonizador al momento de consagrar el hábeas data y sus causales de procedencia, dejando en desmedro a nuestro consumidor, por cuanto no es titular de la acción específica de protección de datos personales.

³⁰⁴ El artículo 3° de la ley 19.628 señala que:“En toda recolección de datos personales que se realice a través de encuesta de estudios de mercado o sondeos de opinión pública u otros instrumentos semejantes, sin perjuicio de los demás derechos y obligaciones que esta ley regula, se deberá informar a las personas del carácter obligatorio o facultativo de las respuestas y el propósito para la cual se está solicitando la información. La comunicación de sus respuestas debe omitir las señas que puedan permitir la identificación de las personas consultadas. El titular puede oponerse a la utilización de sus datos personales con fines de publicidad o investigación de mercado o encuestas de opinión”.

2) Si el proveedor tiene domicilio en el extranjero, y en dicho país no se contempla un derecho a oposición para la situación descrita, A no podrá accionar en su contra, debiendo resignarse al hecho de saber que sus datos permanentemente circularán en la red como parte de la publicidad de www.musimundo.com

Vaticinamos tempranamente que la única solución efectiva en esta área, como en la gran mayoría de las relacionadas con el comercio electrónico-según veremos más adelante- pasa por la integración y armonización de los distintos ordenamientos jurídicos mediante la suscripción y ratificación subsecuente de tratados internacionales multilaterales.

Otro problema a resolver derivado de la coexistencia de la ley 19.628 con la LPC reformada, es aquel que dice relación con la primera parte del inciso 2º del artículo 32 de esta última, el cual prescribe, que será obligación del proveedor informar al consumidor “*si el documento electrónico en que se formaliza el contrato será archivado y si éste será accesible al consumidor...*”.³⁰⁵

La redacción del precepto abre una brecha que puede derivar en consecuencias peligrosas a la hora de la resolución de un caso concreto. Lo anterior es resultado de la confrontación normativa entre ambos cuerpos.

La ley 19.628 en su artículo 12 inciso 1º garantiza a toda persona el derecho a exigir a quien sea responsable de un banco o registro de datos, “*información sobre los datos relativos a su persona, su procedencia y destinatario*”, de manera tal que la sola aplicación de esta norma jurídica implicaría que toda persona, incluidos los consumidores como titulares de datos, serían sujetos activos protegidos por el ordenamiento jurídico para exigir de los responsables de estos bancos de datos información pertinente sin limitación o restricción alguna; en consecuencia, la negativa al libre acceso a la información por parte de su titular caería en una ilegalidad evidente.³⁰⁶

³⁰⁵ El inciso 2º, primera parte, del artículo 32 de la LPC establece 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 celebrarlo, e *informará, cuando corresponda, si el documento electrónico en que se formalice el contrato será archivado y si éste será accesible al consumidor...*”.

³⁰⁶ Paula Jervis Ortiz define al derecho de acceso o información como “el derecho que posee todo titular de datos para *exigir* del responsable del banco de datos ya sea público o privado, *información que le permita saber si se tratan datos suyos* y, de ser así, cerciorarse de su *exactitud y de la licitud* de su tratamiento”; y afirma- con posterioridad- que “tenemos derecho a informarnos acerca de:

- a). Los datos relativos a su persona ¿Qué datos tiene sobre mi persona? ¿Qué tipos de datos son? ¿Qué datos son?
- b). Su procedencia ¿De dónde provienen los datos? ¿Cuál o cuáles son sus fuentes?
- c). Destinatario. ¿Quién o quiénes utilizarán mis datos?
- d). El propósito del almacenamiento ¿Para qué trata mis datos? ¿Cuál es la finalidad del tratamiento?
- e.) La individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son transmitidos regularmente ¿A quién o quiénes se transfieren, ceden, transmiten mis datos?”.

Jervis Ortiz, Paula. op. cit 297 pp. 22 y 23.

Empero, si aplicásemos el criterio reformador de la LPC podríamos concluir en una primera lectura, que la solución recién expuesta no sería aplicable a los consumidores que entreguen datos personales a sus proveedores, encontrándose éstos facultados para restringir el acceso libre del consumidor a sus datos recolectados en los contratos de consumo celebrados por medios electrónicos, ya que la voz “*y si éste será accesible al consumidor*” colocaría al proveedor en una posición privilegiada respecto de su contraparte, ya que cumpliría con la norma legal aquél que se limitase a informarle si sus datos personales serán o no accesibles.

Como podemos vislumbrar, el legislador fue a lo menos irresponsable al redactar este artículo, ya que debió armonizarlo con el espíritu y texto de la ley 19.628.

Cabe preguntarse ¿Qué sucederá con nuestro consumidor A que contrató con www.musimundo.com entregándole una serie de datos propios de su persona y notificándole el web site que éstos no serán accesibles en el futuro? ¿Podrá nuestro consumidor acogerse al Hábeas Data; o por el contrario, quedará restringido de hacerlo en virtud de la nueva LPC?

Creemos que la respuesta a estas interrogantes encuentran solución en la utilización de criterios de hermenéutica jurídica:

1.- Si aplicásemos un criterio de temporalidad y especialidad, concluiríamos que la entrada en vigencia de la ley 19.555, deroga en parte y tácitamente respecto de los consumidores que contraten por medios electrónicos, el derecho al libre acceso a los datos que éstos hayan entregados a sus respectivos proveedores. En consecuencia, no serían titulares de la acción de Amparo Digital.

2.- Si aplicásemos- y creemos que no es correcto, no obstante, dejar en mejor posición al consumidor- derechamente la Ley 19.628 (ignorando los criterios de hermenéutica jurídica antes expuestos) arribaríamos a una posición completamente contraria a la enunciada en el número anterior. En efecto, tal razonamiento permitiría fácilmente concluir que para el caso concreto en que se celebraren contratos de consumo por medios electrónicos en que vaya envuelta la recolección de datos personales, podría el titular de éstos tener siempre conocimiento de los datos recolectados sobre su persona, y el acceso pertinente al contrato celebrado donde éstos se contengan.

Podría pensarse sin embargo, que nuestro consumidor A no queda en una situación tan desmejorada si aplicásemos el primer criterio, toda vez que contará siempre con la acción de protección constitucional destinada a restablecer el imperio del derecho por la transgresión a la intimidad del consumidor, con las prevenciones ya vistas.

Un análisis más profundo aún, nos permite descubrir la existencia de otro derecho fundamental involucrado en esta controversia: El derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2 de nuestra Constitución Política. En efecto, puede plantearse perfectamente que los consumidores que contratan por medios electrónicos y ven restringidas sus prerrogativas respecto a sus datos personales, se encuentren en desigual posición respecto de aquellos consumidores que celebren contratos de consumo por otros medios que no sean los electrónicos (contratos entre presentes, en general), ya que a éstos no les empuja lo dispuesto en el artículo 32 inciso 2° de la LPC, pudiendo exigir de cualquier proveedor el acceso libre a los datos que ellos les hubiesen proporcionado, o en su defecto, hacer efectivo el Amparo Digital. Tal situación refleja a nuestro entender, una discriminación legislativa con ribetes de arbitrariedad entre unos y otros destinatarios finales que ocupan una misma posición jurídica, por lo que podrían accionar de protección sin reparos.

En definitiva, resolver el conflicto de normas recién expuesto con un criterio que permita la armonización de ambas legislaciones, significará concordar y hacer patente en nuestra comunidad un espíritu protector efectivo de los derechos de los consumidores, que llevará al sentenciador a una solución correcta y equitativa.

Capítulo VII. Asociaciones de Consumidores y Tratados Internacionales: Alternativas para un derecho integrador.

7.1. Asociaciones de Consumidores.

7.1.1. Origen.³⁰⁷

A raíz de la crisis económica del '29, los Estados se vieron en la obligación de participar en la economía para estabilizarla y así combatir la escasez de los bienes y servicios básicos y elementales para la vida de sus habitantes. Es en ese ambiente que estos últimos se organizan con comités con el fin de defenderse ante los abusos de que eran víctimas.

Así en Europa en 1947 en Dinamarca se creó el Consejo Danés del Consumidor; constituyendo la primera organización privada de esta naturaleza. En la década de los sesenta éstas “comienzan a tener una considerable entidad en Francia, Alemania (entonces República Federal) y Reino Unido...y tienen como principales objetivos el control de calidad de los productos y de los precios, con el fin de asegurar el poder contractual del consumidor en una relación de equilibrio con las empresas”.³⁰⁸

En Estados Unidos posteriormente se formó la Consumers Union, organización altamente valorada por las autoridades y empresas de dicho país. Posteriormente en 1936 se crea la Consumer`s Union of United Status, primera asociación de consumidores de carácter estatal.

En la década del '60 surgen otras organizaciones análogas en otros continentes, como una forma de imitar a la primera federación internacional de asociaciones de consumidores llamada en ese entonces Internacional Organization of Consumers Union (IOCU), y que en 1994 cambió su denominación a Consumers Internacional³⁰⁹

³⁰⁷ Fernández Fredes, Francisco. op. cit. 92 pp. 5-8 y 75.

³⁰⁸ De León Arce, Alicia, Moreno-Luque, Carmen y Aza Conejo, María Jesús. *Derecho de Consumo*. Ed. Forum. Oviedo (1995) p. 32.

³⁰⁹ Esta organización en 1986 creó la Oficina para América Latina y el Caribe, con dos objetivos:

-) desarrollar y/o fortalecer un importante movimiento de consumidores en la región promoviendo sus derechos a nivel nacional y regional.

-) representar a las organizaciones de consumidores internacionalmente para influir en las instancias que toman decisiones que lea afecten.

La misión de Consumers International ha sido promover la construcción de una sociedad justa mediante la defensa de los derechos de los consumidores en todo el mundo, particularmente de los grupos vulnerables, enfatizando siempre en la responsabilidad que tienen los consumidores de usar su poder en el mercado para eliminar abusos y promover prácticas comerciales sanas, además de apoyar el consumo y la producción sostenibles.³¹⁰

7.1.2. Concepto.

La ley 19.496 no contemplaba una definición de lo que debía entenderse por Asociaciones de Consumidores, pero sí las regulaba en su párrafo 2º denominado “De las organizaciones para la defensa de los derechos de los consumidores”.

Fue con la reciente modificación que se le introdujo con la ley 19.955 que se dio un concepto de ellas. Es así que el artículo 5 establece que “se entenderá por asociaciones de consumidores la organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial o político, cuyo objetivo sea proteger, informar y educar a los consumidores, y asumir la *representación y defensa de los derechos de sus afiliados y de los consumidores que así lo soliciten*, todo ello con independencia de cualquier otro interés”.

La definición antes dada difiere de lo que el Proyecto de reforma emanado del Ejecutivo pretendía entender por ellas, el que planteaba que el fin de estas organizaciones era “proteger, informar y educar a los consumidores y *asumir la representación y defensa de sus derechos*, todo ello independientemente de todo otro interés”. Con este cambio, según Sandoval López “se consigue mantener reducida la competencia de estas entidades únicamente a la representación y defensa de sus propios miembros y de aquellos consumidores que se lo soliciten expresamente y no facilita la representación y defensa de los consumidores en general, sin limitación alguna, como debiera haber sido”.³¹¹

Esto evidentemente es contrario al espíritu que imbuía al proyecto de reforma, lo que se desprende de lo expuesto por el entonces Subsecretario de Economía, Fomento y Reconstrucción,

La sede de la oficina regional está en Santiago de Chile, y ha establecido una misión de carácter permanente en América Central, a fin de asesorar y apoyar a las organizaciones miembros de la subregión y mantener un vínculo permanente entre ellas, la dirección regional de Consumers International y sus programas de trabajo.

³¹⁰ www.consumersinternational.org

³¹¹ Sandoval López, Ricardo. *Derecho del Consumidor. Protección del Consumidor en la ley N° 19.496, modificada por la ley N° 19.955 de 14 de julio de 2004, y en la legislación comparada*. Ed. Jurídica de Chile .Santiago (2004) pp. 118-119.

don Alvaro Díaz y por el ex Director del SERNAC, don Alberto Undurraga, ante la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, al decir que: “La lógica económica que subyace a esta modificación es la de desincentivar la infracción masiva y bajar el costo de reclamar, que en la actualidad es demasiado alto en relación con los motivos involucrados, *lo que provoca en la práctica la indefensión de los consumidores, que aceptan un daño para no incurrir en gastos mayores, en tiempo y recursos.* Para el Ejecutivo lo importante es el reconocimiento por parte de nuestra legislación de instituciones que, como ésta, se encuentran ampliamente recogidas en el resto de las economías modernas, porque son necesarias para su buen funcionamiento...”

El hecho de que el texto de la ley fuera aprobado con esa limitación creemos se debe a la gran presión que emanó del sector del empresariado, que mediante sus representantes ante el Congreso Nacional, expusiera su rechazo a la existencia de estas organizaciones y por ende, a las facultades que el Ejecutivo pretendía otorgarles.³¹²

Por su parte, en el derecho comparado, en especial España, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 191/1984 en su artículo 20 nos da un concepto de estas entidades al establecer que “ las asociaciones de consumidores y usuarios se constituirán con arreglo a la ley de Asociaciones, y tendrán como finalidad la defensa de los intereses incluyendo la información y

³¹² Así podemos encontrar diversas opiniones que se orientan en un mismo sentido: el rechazo a las Asociaciones de Consumidores, tales como:

-) Don Alberto Pomés, asesor legal de la Asociación Nacional de Bebidas Refrescantes (ANBER), expuso: “... el proyecto que autoriza que estos entes... lleguen a representar a personas que no están afiliadas a ellas, en instancias y actuaciones judiciales, encaminadas a obtener indemnizaciones de perjuicios, sino que incluso, echar las bases para la creación de toda una industria de litigios, que se conoce como fenómeno social en otros países. Industria que, ejecutando actos de verdadera extorsión, se distancian más y más del espíritu inicial de proteger al consumidor en su relación contractual con su proveedor mercantil”.

Sesión 10ª de 9 de Julio de 2002.

-) Don Esteban Alvano, representante de la Cámara de Comercio de Santiago comentó que “... respecto a las facultades que le entrega el proyecto de ley consulta entregarles a las asociaciones de consumidores, en lo relativo a la defensa de los intereses de éstos, consideramos que es necesario precisar que dicha atribución sólo podrán ejercerla respecto de aquellos consumidores que se encuentran afiliados a la respectiva organización. De lo contrario, le entrega potestades de representación de los ciudadanos sin el debido proceso de legitimación de tales entidades por virtuales mandantes. Con estas modificaciones se corre el riesgo que las asociaciones de consumidores sean utilizadas para la defensa de intereses corporativos e incluso se presten para generar guerras comerciales y acciones de corrupción”.

Sesión 7ª de 11 de Junio de 2002.

-) Don Pablo Kasinger, representante del Instituto Libertad y Desarrollo manifestó que “queremos dejar en evidencia, que las mencionadas organizaciones no constituyen una realidad en nuestro país, y que no constituyen una herramienta eficaz para la defensa de los derechos de los consumidores, porque:

a.- Son integradas por personas representantes de actividades determinadas que velan por los intereses suyos.

b.- Los bienes y servicios de preferencia de una persona no tienen por qué ser coincidencia con los de otra, de los que se deriva una gran disparidad que aumenta por los diferentes niveles de ingreso y el uso que las personas quieren dar a su tiempo.

c.- No es atractivo para el consumidor dedicar tiempo a ellas y

d.- El costo para el consumidor, de recurrir a instancias judiciales o prejudiciales, no se justifica frente al eventual beneficio a obtener una sentencia o acuerdo favorable para él. Para el caso de bienes o servicios en que existen proveedores alternativos, simplemente optará por ellos y muy probablemente se preocupará de dar a conocer a las personas cercanas a él, su mala experiencia. Ello no es algo que pase inadvertido para los consumidores y es una de las fuerzas que conllevan a que el servicio sea ofrecido cada vez en las mejores condiciones posibles”.

Sesión 7ª de 11 de junio de 2002.

educación de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados, podrán ser declarados de utilidad pública, integrarse en agrupaciones y federaciones de idénticos fines, percibir ayudas y subvenciones, representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios...”³¹³

7.1.3. Asociaciones de Consumidores en la ley 19.496, antes de su modificación por la ley 19.955.

La inclusión de estas entidades fue el resultado de un largo y fuerte debate, teniendo como acérrimo opositor al sector del empresariado de nuestro país, siendo su mayor argumento que dichas organizaciones no tendrían como fin defender los intereses de los consumidores sino que su norte sería desprestigiar a empresas o productos determinados, haciendo dudar acerca de sus características y propiedades a los consumidores, manipulando en definitiva, el ambiente comercial.³¹⁴

A raíz de esta oposición es que las asociaciones de consumidores quedaron consagradas con características y facultades que las hacían poco eficaces para el objetivo para el cual fueron creadas a ojos del Ejecutivo.

Dentro de las limitaciones encontramos a aquella que imponía para su constitución que debían regirse por las normas del Título XXXIII del Libro I del Código Civil, “De las personas Jurídicas”, artículos 545 al 564, o sea, como personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, las que en general, serán corporaciones. Como vemos al tener que adoptar esta fórmula jurídica, la existencia de estas organizaciones implicaba una larga y engorrosa tramitación, traduciéndose ésta en el otorgamiento de la personalidad jurídica por Decreto Supremo, tramitado a través del

³¹³ Este mismo artículo en su apartado 2 prescribe que “también se considerarán asociaciones de consumidores y usuarios las Entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación cooperativa, entre cuyos fines figure, necesariamente la educación y formación de sus socios y estén obligados a constituir un fondo con tal objeto, según su legislación específica”.

A su turno, la Ley General de Cooperativas de 1987, define en su artículo 127 a las cooperativas de consumidores y usuarios, entendiéndose que son “las que asocian a personas físicas y tienen por objeto procurar en las mejores condiciones de calidad, información y precio, bienes y servicios para el consumo o uso de los socios y de los familiares que habitan con ellos”.

³¹⁴ El autor Aimone Gibson al respecto manifiesta que “una de las más fuertes de tales razones fue la de que tales organizaciones fueron creaciones ‘manipuladas’ por la competencia con el fin de promover acciones, o bien, climas, que significaran el descrédito de empresas o productos. Olas de rumores acerca de presuntos defectos de un bien, o acerca de su calidad, o de su carácter de peligro para la salud o la seguridad podrían ser los instrumentos para las referidas campañas de descrédito”.

Aimone Gibson, Enrique. op cit 86 p. 159.

Ministerio de Justicia, a lo que se suma las grandes cantidades de dinero que significaba desembolsar para lograrlo.³¹⁵

Otra limitación en la regulación de estas organizaciones era que, dentro de las funciones enumeradas taxativamente por el artículo 8, se establecía en su letra d) que podían “representar a sus miembros y ejercer las acciones a que se refiere esta ley en defensa de aquellos consumidores que le otorguen el respectivo mandato”. Con lo anteriormente descrito sólo se les otorgaba la facultad de defender intereses concretos, o sea, aquellos individualizados y precisos de consumidores que les hayan otorgado mandato expreso, excluyendo totalmente la protección de los intereses difusos y colectivos, que más adelante enunciaremos.³¹⁶

7.1.4. Asociaciones de Consumidores bajo la ley 19.496, modificada por la ley 19.955.

Es bajo el amparo de la ley del Consumidor reformada, que se dio real relevancia a estas organizaciones, toda vez que se las dotó de una serie de características y facultades de que carecían bajo el imperio de la ley antigua. Destacaremos, entre otras, las siguientes:

1.- Como ya hemos expuesto, se elaboró un concepto de lo que debía entenderse por Asociación de Consumidores.

2.- En relación a su constitución, cambiaron las reglas para llevarla a efecto. Es decir, se rigen ahora por lo dispuesto en la Ley del Consumidor reformada por la Ley 19.955, y en lo no previsto en ella, por las normas del Decreto Ley N° 2.757, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que disciplina la formación y funcionamiento de las asociaciones gremiales. En la práctica se traduce a que se requiere de una reunión constitutiva, con un mínimo de 25 personas naturales o jurídicas, o 4 personas jurídicas, ante un Notario Público o ante un Oficial de registro Civil, en las comunas en que el primero no tenga asiento. De ello se levanta un acta constitutiva que se depositará en el

³¹⁵ El señor Alvaro García, Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción en aquel entonces, al presentar una iniciativa ante el Senado, cuando se tramitaba la ley 19.496, expuso que “respecto al procedimiento planteado para la constitución de asociaciones de consumidores, lo único que se busca es simplificar el trámite. En efecto, el Código Civil contempla un trámite extraordinariamente engorroso, que supone, como ocurre tratándose de cualquier corporación sin fines de lucro, efectuar un análisis detallado por parte del Ministerio de Justicia y dictar posteriormente un Decreto Supremo. La presente iniciativa no modifica los criterios, sino que actúa de manera supletoria simplificando al trámite para asegurar que las organizaciones de consumidores puedan constituirse con agilidad”.
Diario de Sesiones del Senado. p. 1063.

³¹⁶ El autor Romero Seguel explica la situación descrita de la siguiente manera: “al exigir que el consumidor le otorgue un mandato, la calidad da parte la tendrá el respectivo consumidor y no la asociación de protección, quien adquirirá sólo la condición de mandataria. Esto significa, por ejemplo, que se podría pedir la absolución de posiciones de los mandatarios personalmente; que cada uno de ellos deberá acreditar su propio daño en el proceso; que en la demanda se debe individualizar a cada mandante, etc”.

registro de asociaciones gremiales que lleva el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y se publica en el Diario Oficial. Con este hecho se adquiere la personalidad jurídica, pudiendo actuar en la vida del derecho.³¹⁷

Lo anterior se traduce en la posibilidad de que la constitución de estas asociaciones se haga más rápido y simple, estimulando así a los consumidores a que se asocien para obtener representación y defensa de sus derechos.

3.- Dentro de sus facultades, al artículo 8 se agregan dos letras nuevas que prescriben de la siguiente manera: e) “Representar tanto el *interés individual como el interés colectivo y difuso de los consumidores* ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas, mediante el ejercicio de acciones y recursos que procedan” y d) “Participar en los *procesos de fijación de tarifas de los servicios básicos domiciliarios*, conforme a las leyes y reglamentos que los regulen”.

4.- Además, podrán desarrollar actividades lucrativas sólo para el caso de financiar o recuperar los costos del desarrollo y cumplimiento de actividades que le son propias.

Dada la importancia del tema sólo nos detendremos a analizar lo que implica la representación de los intereses colectivos y difusos.

7.1.4.1. Intereses colectivos y difusos.

Comenzaremos conceptualizando qué debe entenderse por cada uno de estos intereses, y para ello primeramente nos guiaremos por lo establecido en el Código brasileño de Defensa del Consumidor del año 1990, que es uno de los cuerpos normativos más completos de América en cuanto a normas protectoras del consumidor. Así encontraremos tres tipos de intereses que dicen relación con el consumo:

Romero Seguel, Alejandro. “Aspectos procesales de las acciones para la protección de los consumidores”. *Derecho del Consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Santiago (1999) p. 321.

³¹⁷ El Decreto Ley N° 2.757 en su artículo 3° establece que “Las asociaciones gremiales se constituirán por la reunión de a lo menos veinticinco personas naturales y jurídicas o de cuatro personas jurídicas, que así lo acuerden, en una reunión celebrada ante notario público o mediante la suscripción del acta constitutiva ante dicho ministro de fe. El Oficial del Registro Civil podrá actuar como ministro de fe en las comunas que no sean asiento de notario. En el acta constitutiva deberá constar la aprobación de los estatutos y la elección de la mesa directiva, así como la individualización de los que concurren a la constitución”.

Por su parte el inciso 1 del artículo 4° prescribe que “La asociación deberá depositar el acta constitutiva, en tres ejemplares, ante el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, el que llevará un registro de las asociaciones gremiales. Estas asociaciones gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de publicar en el Diario Oficial un extracto del acta, incluyendo el número de registro que se le haya asignado por el Ministerio indicado”.

a.- *Intereses o derechos difusos*, considerando como tales los transindividuales de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas o ligadas entre sí por circunstancias de hecho.

b.- *Intereses o derechos colectivos*, considerando como tales los transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica básica.

c.- *Intereses o derechos individuales homogéneos*, que aquellos que surgen de un punto u origen común.

Teniendo como modelo al Código ya citado, nuestra LPC reformada, en su artículo 50 inciso 4° establece que “son *de interés individual* las acciones que se promueven *exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado*”; en su inciso 5° prescribe que “son *de interés colectivo* las acciones que se promueven *en defensa de derechos comunes* a un conjunto *determinado o determinable de consumidores, ligados a un proveedor por un vínculo contractual*”; en su inciso 6° establece que “son *de interés difuso* las acciones que se promuevan *en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos*”.

Sabemos que los intereses individuales eran el único objeto de representación por las asociaciones de consumidores antes de que la LPC fuera modificada, por lo que no nos referiremos en profundidad a ellos. Pero sí lo haremos sobre estos dos nuevos intereses consagrados en la nueva ley, y para entender estas definiciones citaremos los ejemplos dados por el ex Director del SERNAC don Francisco Fernández Fredes, quien expone que “cuando se introducen al mercado productos inseguros o peligrosos... se está afectando el interés de todos (interés difuso) y no sólo el de quienes hayan consumido efectivamente esos bienes... en cambio, cuando varias personas, actuando individualmente, contratan con una agencia de viajes una excursión turística y en la ejecución de los respectivos contratos se produce un incumplimiento...estamos en presencia de una afectación a intereses colectivos, compartidos en los mismos términos por todos los consumidores que contrataron dicha excursión”.^{318- 319}

³¹⁸ Fernández Fredes, Francisco op. cit. 4 p 93.

³¹⁹ Haciendo una caracterización desde la perspectiva de los sujetos titulares, la Unidad de Apoyo al Proceso Legislativo de la Biblioteca del Congreso expuso que “podemos establecer que los colectivos corresponden a un grupo de carácter no ocasional, concreto y determinado, mientras que los difusos son un grupo impreciso e indeterminado de sujetos, carente de una base organizativa y que algunos han calificado como de sujetos ‘fungibles’, o sea, sustituibles sin que se produzca alteración alguna en el ámbito social”.

Como vemos, la implicancia de estos nuevos intereses, más específicamente del difuso, incentiva a los consumidores a reclamar conjuntamente con otros congéneres en un mismo juicio, por una misma causa y bajo las mismas circunstancias, evitándose así el inicio de una multiplicidad de acciones individuales que muchas veces traían aparejado un elevado costo por sobre el posible beneficio que pudiese obtenerse³²⁰.

Pero la consagración de estos intereses no estuvo fuera de polémica. Durante la tramitación del Proyecto de Reforma a la LPC, expusieron los opositores, a grosso modo, que si bien podían entender que se consagraran los intereses colectivos, toda vez que existe un vínculo negocial entre consumidores y proveedores, en ningún caso aceptarían que se sancione a un proveedor en virtud de intereses difusos, por cuanto éstos pueden ser utilizados por inescrupulosos que deseen dañar la reputación de alguna empresa y beneficiarse económicamente de ellas, dando lugar a un “terrorismo comercial”.³²¹

Unidad de Apoyo al Proceso Legislativo. “Protección de intereses colectivos y difusos en el proyecto de ley de reforma que modifica la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores N° 19.496 y en el proyecto de reforma constitucional que crea el defensor del ciudadano”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Mayo. Año II, N° 075. Valparaíso (2002) p. 3

³²⁰ Dentro de esta línea, don Francisco Fernández Fredes manifestó ante el Congreso Nacional que “para complementar el aspecto de los intereses colectivos e individuales, en orden a que no solo traen consigo una revisión del principio del efecto relativo de las sentencias consagrado en el artículo 3 del Código Civil, sino que también este tipo de acciones tiene la necesidad de superar una eventual asimetría decisional, porque no sólo está en juego la defensa de un solo procedimiento, esto es, de un interés que pertenece a muchas personas determinadas o indeterminadas, sino que está en juego precisamente la asimetría decisional y, por ende, la economía procesal...”

Sesión 10ª de 9 de Julio de 2002.

³²¹ -) Don Esteban Alvano, en representación de la Cámara de Comercio de Santiago expuso: “La Cámara de Comercio de Santiago considera que esta materia puede ser altamente perjudicial, ya que cualquier persona que no esté vinculada comercialmente a una empresa, es decir, que nunca ha adquirido un producto o servicio, puede hacer un reclamo acerca de éste. Esto puede ser mal utilizado por inescrupulosos que deseen dañar la reputación de alguna institución o beneficiarse económicamente de esta situación; pensemos en casos tan extremos como los de “terrorismo comercial”, en que una persona puede amenazar a una empresa con envenenar un producto, como ya ha ocurrido...”

Sesión 7ª de 11 de Junio de 2002, ante la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados.

-) Como una opinión complementaria a la anterior, la Cámara de Comercio de Santiago manifiesta que “en cuanto a la defensa de los intereses colectivos y difusos a juicio de nuestra Cámara cabe hacer un distinguo entre ambos, reconociendo que el interés colectivo admite ser considerado en nuestra legislación, no obstante apartarse de los lineamientos tradicionales de la normativa sustantiva como de la normativa procesal. En cambio, consideramos que el interés difuso es, lisa y llanamente un disparate impresentable. Lo que pudiera tener presentación en el derecho anglosajón, no es sostenible en nuestro derecho. Para que exista un grado de responsabilidad legal de parte de un proveedor debe existir algún vicio contractual o de compromiso con sus consumidores. Por su parte, así como el proveedor es alguien cierto, los consumidores también deben ser entes determinados o determinables...”

Sesión 7ª de 11 de Junio de 2002.

-) Don Carlos Urenda, en representación de la Confederación de la Producción y el Comercio expuso que “estos conceptos no son concordantes con el derecho chileno vigente en materia de responsabilidad. En nuestra legislación es indemnizable solamente el daño cierto, es decir, el daño directo y efectivo, lo que no es aplicable a estos conceptos.

Sugerencia: Eliminar el interés colectivo e interés difuso como objetivo de representación de estas asociaciones.

Sugerencia Alternativa: En caso de aprobarse esta normativa debiera quedar claramente establecido que la única finalidad de estas acciones es la de sancionar prácticas irregulares de los proveedores cuando es difícil determinar a todos los afectados, por medio de una sanción multa”.

7.1.4.2. Procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, establecido por la Ley N° 19.955 que modifica la LPC.³²²

Expondremos brevemente las características más relevantes de este nuevo procedimiento que es todo un avance en materia de protección a los consumidores, pues su ausencia en la ley antigua determinó una escasa eficacia de la misma.

1.- Dentro de los titulares de dichas acciones encontramos a las Asociaciones de Consumidores, que deben estar constituidas a lo menos con 6 meses de antelación al día de la interposición de la demanda y que cuente con la aprobación de su asamblea.³²³ En este caso, no se necesita acreditar la representación de los consumidores del colectivo en cuyo interés se encuentran actuando.

En España, la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, reconoce la legitimación de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas, para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la Asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios. A diferencia de nuestra legislación, la ley española distingue a los titulares dependiendo si la defensa tiene como objeto una acción colectiva o una difusa; así la primera se la entrega a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, a los grupos afectados y a las entidades legalmente constituidas con tal objeto, y a la segunda sólo a las Asociaciones de Consumidores y usuarios que conforme a la ley sean representativas.³²⁴

Sesión 7ª de Junio de 2002, ante la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados.

³²² El autor Romero Seguel en relación al tema ha expuesto que “La realidad de las asociaciones de consumo, especialmente en los países más desarrollados, ha demostrado la necesidad de dotar a la protección de los consumidores de un sistema procesal distinto del que se utiliza en los casos de lesión de un derecho individual. Esta tendencia se entiende por varias razones:

En primer lugar, por la insuficiencia o imposibilidad práctica que presenta el proceso civil clásico para dar respuesta adecuada a juicios que involucren a un enorme grupo de personas, como puede ocurrir con los consumidores...

En segundo lugar, la necesidad de dotar de un régimen procesal especial a los problemas de derecho del consumo ha nacido del hecho que muchos de los incumplimientos que sufren los usuarios por su cuantía, quedan sin sanción al desistir el afectado de interponer alguna reclamación, actitud pasiva que beneficia a las empresas, especialmente en el área de servicios”.

Romero Seguel, Alejandro. op. cit 316 pp. 317 -318.

³²³ También son titulares de dicha acción el SERNAC y un grupo mínimo de 50 consumidores, debidamente individualizados.

³²⁴ El artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, que regula la “La legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios”, prescribe que:

“1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.”

2.- En el caso que el juez estime que las actuaciones de los abogados de las partes están entorpeciendo la regularidad del proceso, puede solicitar a los legitimados activos que nombren, de entre ellos, a un procurador común. En caso de no haber acuerdo, lo nombrará el juez. La razón de dicha norma, a nuestro juicio, fue buscar la celeridad del proceso en el menor tiempo posible, dando una rápida solución al problema planteado.

3.- El tribunal debe declarar la admisibilidad de la acción interpuesta. En caso de hacerlo, la resolución que la declara debe contener los siguientes requisitos:

- a) Que haya sido interpuesta por uno de los legitimados activos nombrados por la ley.
- b) Que la conducta que se persigue afecte el interés colectivo o difuso de los consumidores.
- c) Que la acción determine las cuestiones de hecho que afecten el interés colectivo y difuso de los consumidores y los derechos afectados.
- d) Que el número potencial de afectados justifique, en términos de costo y beneficios la necesidad procesal o económica de seguir este procedimiento.³²⁵

Si se declara inadmisibile la acción interpuesta, sólo procede la interposición de acciones individuales, en el procedimiento que para tal efecto contempla la LPC en sus artículos 50 A al 50 G.

4.- Encontrándose ejecutoriada la resolución que declara admisible la acción, el tribunal ordena al demandante que, dentro de décimo día mediante publicación de al menos dos avisos en un medio de circulación nacional, informe a los consumidores que se consideren afectados, que se hagan parte en el juicio, si lo estiman conveniente. El contenido del aviso le corresponde fijarlo al Secretario del tribunal, el que deberá contener, entre otras, el llamado a los afectados por los mismos hechos a hacerse parte en el juicio, expresando que los resultados del mismo empecerán también a aquellos afectados que no se hicieran parte en él.³²⁶ En todo caso, dentro del plazo de 30 días contados desde

³²⁵ No procederá la acción, independiente del número de consumidores afectados en los siguientes casos:

-) en el proceso de fabricación, en que por su naturaleza contempla fallas dentro de los estándares de la industria, y
-) cuando el proveedor pruebe mantener procedimientos de calidad en la atención de reclamos, reparación y devolución de dinero en caso de productos defectuosos, sin costo para el consumidor y las fallas no representen daño o riesgo para la salud.

³²⁶ Según el artículo 53 de la LPC modificada, el aviso deberá contener, a lo menos, las siguientes menciones:

- a) El tribunal que en primera instancia emitió la certificación de admisibilidad.
- b) La fecha de la certificación.
- c) El nombre, rol único tributario, profesión u oficio y domicilio del representante del grupo.
- d) El nombre, rol único tributario, profesión u oficio y domicilio de la persona en contra de la cual se solicita la acción colectiva.
- e) Breve exposición de los hechos y peticiones concretas sometidas a consideración del tribunal., y
- f) El llamado a los afectados por los mismos hechos a hacerse parte en el juicio, expresando que los resultados del juicio empecerán también a aquellos afectados que no se hicieran parte de él.

la publicación, cualquier consumidor puede comparecer ante el tribunal para hacer reserva de sus acciones, en cuyo caso no le serán oponibles los resultados del juicio.³²⁷

5.- Durante todo el transcurso del proceso, el juez puede llamar, cuantas veces lo estime conveniente, a conciliación. Además se autoriza al demandante a proponer avenimientos, que deben ser aprobados por el juez, quien puede rechazarlos por ser éstos contrarios a derecho o arbitrariamente discriminatorios. Y, en caso de que el legitimado activo se desista de su acción, se le dará traslado al SERNAC, para que, si lo estima procedente, pueda hacerse parte en el juicio dentro de quinto día.

6.- En caso de acogerse la demanda, la sentencia deberá, además de los requisitos generales, contener los siguientes:

- a) Declarar la forma en que tales hechos han afectado el interés colectivo o difuso.
- b) Declarar la responsabilidad del o los demandados y la aplicación de multas o sanciones.
- c) Declarar la procedencia de las correspondientes indemnizaciones y el monto a favor de todo el grupo o subgrupos.³²⁸
- d) Disponer la devolución de lo pagado en exceso y la forma y en caso de productos defectuosos, la restitución del valor de ellos.
- e). Disponer la publicación de avisos, a cargo de los infractores, a lo menos en dos oportunidades distintas, en diarios locales, regionales o nacionales que el juez determine, con un intervalo no inferior a 3 ni superior a 5 días entre ellos.

7.- La sentencia ejecutoriada produce efectos erga omnes, con excepción de aquellos procesos que no hayan podido acumularse.³²⁹

8.- Si se rechaza la demanda en juicio de acción colectiva, cualquier legitimado puede interponer, dentro del plazo correspondiente, ante el mismo tribunal y fundándose en nuevas

³²⁷ La Ley de Enjuiciamiento Civil española no ha creado un proceso especial para la tutela de intereses colectivos, pero en la Exposición de Motivos señala que se han incluido normas sobre llamamiento al proceso de quienes, sin ser demandantes, pueden estar directamente interesados en intervenir en el proceso y para ello permite al futuro demandante solicitar la práctica de diligencias preliminares para efectuar la identificación de todos aquellos afectados que quisieran intervenir, implementando para ello un sistema de publicidad de la demanda.

³²⁸ El artículo 53 A de la LPC modificada, establece que: Durante el juicio y hasta la dictación de la sentencia definitiva inclusive, el juez podrá ordenar, de acuerdo a las características que les sean comunes, la formación de grupos y, si se justificare, de subgrupos.... El juez podrá ordenar también la formación de tantos subgrupos como estime conveniente”.

³²⁹ El artículo 53 inciso final N° 2 establece que “No procederá acumular al colectivo el juicio individual en que se haya citado a las partes a oír sentencia”. Por su parte tampoco se acumularán aquellos casos en que los consumidores, hayan hecho uso de su facultad de reservarse sus acciones, dentro del plazo de 30 días contados desde la publicación del aviso que declara admisible la demanda cuyo objeto tiene una acción colectiva y difusa.

circunstancias, una nueva acción, entendiéndose suspendida la prescripción a su favor por todo el tiempo que duró el juicio colectivo.³³⁰

9.- La fase colectiva indemnizatoria, se desarrolla ante el mismo tribunal que fue competente para conocer el juicio declarativo. Los interesados pueden comparecer al juicio ejercitando sus derechos con el patrocinio de un abogado o personalmente, dentro del plazo de 90 días corridos, contados desde el último aviso de publicación de la sentencia favorable. Dentro de este mismo plazo los interesados pueden hacer reserva de sus derechos para perseguir la responsabilidad civil derivada de la infracción en un juicio distinto, sin que sea posible discutir la existencia de la responsabilidad ya declarada. En este juicio diverso, la sentencia produce plena prueba respecto de la existencia de la infracción y del derecho del demandante a la indemnización.

10.- Vencidos los 90 días, el tribunal da traslado al demandado, con el único objeto de controvertir la calidad de miembro del grupo. Si el juez estima que hay hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, puede abrir un término probatorio, que se regirá por las reglas de los incidentes.

11.- Dictada la sentencia sobre el incidente, queda irrevocablemente fijado el monto de las indemnizaciones a cargo del demandado, debiendo realizar las reparaciones o consignar en la cuenta corriente del tribunal dentro de 30 días corridos. Si a juicio del tribunal, el monto global de las indemnizaciones pueda producir un detrimento patrimonial significativo al demandado, el juez puede establecer un programa mensual de pago.

12.- En caso que el demandado no cumpla, la ejecución en su contra se sigue por un procurador común, en un procedimiento único, por el monto total o el saldo insoluto.

³³⁰ Frente a esta posibilidad de entablar nuevamente otra acción, el ex Director del SERNAC, don Francisco Fernández Fredes, expuso que “en estos casos hay una excepción al efecto de cosa juzgada. El Código brasileño prescribe que si la acción declarativa o de cesación es desestimada por el Tribunal por falta de mérito de prueba, la acción puede ser renovada por cualquier otro legitimado, no obstante que la sentencia desestimatoria que rechazó la acción haya quedado firme y produzca el principio de cosa juzgada, siempre y cuando el nuevo legitimado aporte las pruebas que faltaban y eso es indispensable en la tutela de intereses supraindividuales”.
Fernández Fredes, Francisco. Sesión 10ª de Julio de 2002, ante la Cámara de Diputados.

7.1.5. Contratos de consumo celebrados por Internet y las Asociaciones de Consumidores.³³¹

Hemos desarrollado todo el tema de las organizaciones de consumidores que se consagran definitivamente con la reforma del 2004 por la ley 19.955, para relacionarlo con el tema de nuestra memoria, que es la protección de estos consumidores en el B2C.

Con la existencia de un procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores creemos que se solucionarán gran parte de los problemas que pudieran suscitarse cada vez que éstos adquieran bienes o servicios con un proveedor que oferta sus productos mediante la red, toda vez que son cientos los consumidores que compran un bien o contratan un servicio a través de Internet con un proveedor, y al tener un problema con el objeto del contrato, no reclaman porque el hecho de dirigirse ante el proveedor implica un gasto mayor frente a una posible devolución del dinero o cambio de producto.

Es por ello que alcanza mayor preponderancia en la materia las Asociaciones de Consumidores, que pueden representar a todos estos consumidores on-line, agrupando a quienes se encuentren bajo las mismas circunstancias de hecho, para encaminar los reclamos hacia el proveedor respectivo, a través del nuevo procedimiento que implantó la ley 19.955. También podrían reclamar un grupo de consumidores, pero en tal caso deben cumplir con un mínimo de a lo menos 50 usuarios, requisito que no se le exige a las Asociaciones para la defensa de los derechos de éstos; ante lo cual es preferible que los consumidores o usuarios se dirijan a este tipo de entidades para que accionen por ellos, ya que la ley no les exige un número mínimo de representados para entablar una acción.

Además la novedad de este nuevo procedimiento es el hecho que la sentencia que acoge la demanda interpuesta basada en una acción colectiva o difusa produce efectos erga omnes.

El problema que se plantea es siempre el mismo: la aterritorialidad de Internet. Es decir, al ser un campo de comercio virtual, se entremezclan los proveedores de diversas nacionalidades, por lo que si un consumidor chileno contrata con un proveedor domiciliado en el extranjero, difícilmente una Asociación de Consumidores chilena podrá representarlo, toda vez que por el principio de la soberanía, no se puede aplicar nuestra legislación en otro Estado, ni viceversa.

³³¹ Consultado el Departamento legal de ODECU, en relación a si han patrocinado acciones colectivas o difusas, posterior a la reforma de la PLC, en materia de comercio electrónico, nos han expresado que no. Sí que han tenido reclamos aislados en la materia por productos defectuosos, y en relación a las condiciones y modalidades de entrega.
www.odecu.cl

Es aquí que la única solución que vislumbramos es la regulación del tema a través de Tratados Internacionales.

7.2. Tratados Internacionales.

Tal como lo enunciamos, la esencia de Internet nos lleva a la disyuntiva que se presenta al momento de determinar cómo solucionamos los conflictos o reclamos que se originan por una relación de consumo celebrada a través de la red, toda vez que se hace inaplicable la legislación interna en este campo virtual si un consumidor chileno contrata con un proveedor extranjero que no tenga domicilio en nuestro país.

Es así que llegamos a la conclusión que deben ser tratados internacionales multilaterales los que regulen el comercio electrónico, proponiendo las bases sobre las cuales éste se llevará a efecto. Así por ejemplo, encontramos a las Directivas comunitarias que regulan a la Unión Europea, y que sientan los lineamientos generales para que cada país que la compone, en su orden interno las adopten y mejoren, siempre sobre la base o denominador común que sea oponible a todos los Estados miembros de la comunidad.

Es justamente este tipo de regulación la que hace falta en el ámbito americano, un bloque que plasme en un cuerpo esta materia y que dé seguridad jurídica a todos los que participan del proceso económico, incluyendo, como elemento final, al consumidor.

Sabemos que nuestro país ha suscrito varios tratados de libre comercio y acuerdos de cooperación, encontrándonos, entre otros, los suscritos con la Unión Europea y con Estados Unidos. Destacamos estos dos cuerpos normativos ya que en sus disposiciones hemos encontrado una serie de artículos en que se hace referencia al tema en cuestión.

Así, en el Acuerdo Marco de Cooperación con la UE, existen artículos que se refieren expresamente a:

- 1.- La cooperación que debe existir entre ambas partes, en el sector de la Sociedad de la Información y de las telecomunicaciones, asumiendo el compromiso de adoptar todas las medidas necesarias para reconocer a las tecnologías de la sociedad de la información como un sector clave de

la sociedad moderna, y por ende, un factor preponderante para el desarrollo de la actividad económica, y ³³²

2.- al acuerdo de perfeccionar los sistemas de protección de los consumidores, y compatibilizar ambas legislaciones para lograr un equilibrio³³³.

Lo anterior sentó las bases para la normativa que posteriormente se suscribió en el Tratado de Libre Comercio entre la UE y nuestro país, en que además de lo anterior, se regula la materia del comercio electrónico, asumiendo las partes que promoverán el desarrollo de éste entre ellos.³³⁴

A su turno, en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, también se hace referencia al comercio on-line, comprometiéndose las partes a derribar los obstáculos necesarios para su desarrollo y a compartir información sobre leyes y otro tipo de regulación del mismo, que digan relación con la privacidad de los datos, la confianza de los consumidores, la firma electrónica, entre otras.³³⁵

A nuestro entender, para lograr una mayor protección para los consumidores en el ámbito del comercio electrónico en Latinoamérica, debieran implementarse acuerdos multilaterales, que sirvan para uniformar las normativas (que son muy deficitarias en algunos países) reguladoras de los derechos que protegen a los usuarios, con lo que se lograría que éstos tuviesen confianza al momento de contratar desde sus países con un proveedor extranjero, toda vez que existirían reglas

³³² El artículo 19 del Acuerdo Marco de Cooperación, entre la UE y Chile, que se refiere a la “Cooperación en el sector de la Sociedad de la Información y de las tecnologías” prescribe en su N° 1 que “Las partes reconocen que las tecnologías de la información y de las comunicaciones avanzadas constituyen un sector clave de la sociedad moderna y que son de vital importancia para el desarrollo económico y social y para la instauración armoniosa de la Sociedad de la Información.”

³³³ El artículo 29, del cuerpo normativo anterior, que se refiere a la “Cooperación en materia de protección al consumidor”, establece en su N° 1 que “Las partes acuerdan que la cooperación en este ámbito debe estar destinado a perfeccionar sus sistemas de protección al consumidor, buscando, en el marco de sus respectivas legislaciones, avanzar en la compatibilización de los mismos”

³³⁴ El artículo 104 del TLC entre la UE y Chile, que se refiere al “Comercio Electrónico”, prescribe que “Las partes reconocen que la utilización de medios electrónicos incrementa las oportunidades comerciales en muchos sectores y acuerdan promover el desarrollo del comercio electrónico entre ello, en particular cooperando en los aspectos de acceso a los mercados y de reglamentación planteados por dicho comercio electrónico”.

³³⁵ El TLC suscrito entre Estados Unidos y Chile, en su Capítulo 15° que se refiere al “Comercio electrónico”, en el artículo 15.1 prescribe que “las partes reconocen el crecimiento económico y las oportunidades que genera el comercio electrónico, como también la importancia de evitar los obstáculos innecesarios a su utilización y desarrollo”.

A su vez, en el artículo 15.5 establece que: “Tomando en consideración la naturaleza global del comercio electrónico, las partes reconocen la importancia de:

(a) trabajar en conjunto para superar los obstáculos que enfrentan las pequeñas y medianas empresas en el uso del comercio electrónico.

(b) compartir información y experiencias sobre leyes, regulaciones y programas en el ámbito del comercio electrónico, incluso aquellas referidas a la privacidad de los datos, confianza de los consumidores, seguridad cibernética, firma electrónica, derecho de propiedad intelectual y formas electrónicas de gobierno.

(c) trabajar para mantener flujos transfronterizos de información como un elemento esencial de un ambiente dinámico para el comercio electrónico.

(d) estimular el desarrollo por parte del sector privado de métodos de autorregulación, que incluyan código de buena conducta, modelos de contratos, directrices y mecanismos de cumplimiento que incentiven al comercio electrónico.

(e) participar activamente en foros internacionales, tanto a nivel hemisférico como multilateral, con el propósito de promover el desarrollo del comercio electrónico”.

comunes que regulen todo el proceso de contratación on-line, más la forma de solución de posibles conflictos que pudieran suscitarse.

Creemos firmemente que la Comunidad Sudamericana de Naciones, creada en la III Cumbre del Cuzco, conformada por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Ecuador, Colombia, Perú, Venezuela, Guayana, Surinam y Chile, es un importante intento de unificación, acorde con la necesaria integración de los mercados modernos ampliamente "globalizados", regulando necesariamente todo lo referente al proceso productivo, con los actores de éste y con las nuevas tecnologías.

Para cumplimentar los acuerdos de los tratados antes señalados y dar vida a los nuevos por venir, éstos debieran contener regulación precisa acerca de la determinación del tribunal y legislación de fondo aplicable para el caso concreto.

Internet pone de cabeza los ordenamientos jurídicos. La imposibilidad de determinar por ejemplo, en qué lugar físico se celebra el contrato, en qué punto del planeta o fuera de él el envío de la aceptación por parte del consumidor forma el consentimiento, obliga a establecer criterios de seguridad o certeza jurídica, y así arbitrariamente precisar qué legislación será la aplicable a las relaciones de consumo; cuál será el tribunal llamado a conocer el asunto controvertido en caso de conflicto entre partes.

Nuestra legislación en el artículo 50 A determina el tribunal competente llamado a resolver las controversias jurídicas entre partes. Prescribe: "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 hubiese celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido una 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 artículo recién expuesto fija el conocimiento de los conflictos jurídicos suscitados en los contratos de consumo celebrados por medios electrónicos al juez de policía local de la comuna donde tenga residencia el consumidor. Pues bien, esta solución a lo menos en principio se condice con lo previsto en el derecho comparado, toda vez que el carácter tutelar propio de la materia

relacionada a los consumidores a hecho plasmar en los ordenamientos extranjeros reglas comunes respecto del tribunal competente que resuelven el conflicto.

Sin embargo, la lectura detenida del artículo 50 A de nuestra legislación nos hace percibir un error legislativo no contenido en los ordenamientos que hemos estudiado. En efecto, el inciso 2° de este artículo, con la voz "*en que no sea posible determinar lo señalado en el inciso anterior*", impone gratuitamente, a nuestro entender, una traba más al ya difícil camino de uniformación de normas. En otras palabras, ¿qué tribunal conocerá y decidirá si es posible determinar lo señalado en el inciso 1° del artículo 50 A? ¿quedará esta determinación entregada a las partes con el consabido efecto de problemas en su interpretación?. Nos parece que nuestro legislador debió lisa y llanamente haber entregado el conocimiento de lo controvertido al tribunal de la comuna en que resida el consumidor.

Como habíamos reseñado, la coincidencia de nuestra normativa con las del derecho comparado se refleja en las normas aplicables en el concierto europeo. Así "los contratos celebrados por los consumidores disfrutan de un régimen especial tuitivo que, como regla, declaran la competencia de los tribunales del domicilio del consumidor como únicos competentes en los casos de acciones entabladas contra el mismo. Para los supuestos de un consumidor demandante éste puede elegir entre los tribunales del domicilio del demandado y los de su propio domicilio".³³⁶

Sin embargo, esta concordancia es sólo de carácter formal ya que las normativas europeas en cuanto a la legislación de fondo aplicable al caso concreto no establecen como regla uniforme la residencia del consumidor; a modo de ejemplo se establecen directrices diferentes respecto de materias como los contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles, sobre materia de crédito al consumo, sobre viajes combinados, vacaciones combinados y circuitos combinados como las de contrato de ventas a distancia, entre otros.

Lo anterior lo expone claramente la autora Carmen Parra Rodríguez, quien plantea que "uno de los mayores problemas de los juzgadores internos (dentro de la Comunidad Europea) es el de resolver los litigios sin tener en cuenta los elementos extranjeros que se encuentran en los mismos, lo cual desvirtúa en numerosas ocasiones la solución dada al caso. Esta situación se agrava en los

³³⁶ Álvarez González, Santiago. "Competencia Judicial Internacional". Comercio Electrónico en Internet. Ed. Marcial Pons. Madrid. (2001) p. 354

casos en que las directivas no contienen normas de conflicto que ayuden al juez a determinar cuál es el ordenamiento aplicable".³³⁷

Pensamos que nuestro legislador fue, a lo menos, ingenuo en pretender hacer oponible nuestra legislación de fondo a todos los contratos celebrados a distancia con proveedores extranjeros .

Luego, también resulta insuficiente el artículo 50 A en la medida que ni siquiera puede resolver situaciones prácticas como aquellas en que las partes de común acuerdo someten los efectos de un contrato a una legislación de un Estado diferente al de ambos contratantes, situación que nuestra legislación ni siquiera prevé.

Al respecto y, a modo de ejemplo, la Directiva 97/13/CEE sobre cláusulas abusivas establece, sólo respecto de su propio ámbito de aplicación, y a objeto de resguardar a los consumidores comunitarios que hubiesen convenido con su co-contratante someterse a la legislación de fondo de un tercer Estado, "una serie de pautas siendo posible plantearse la posibilidad de utilizar diferentes ordenamientos para regular una misma obligación contractual siempre que se respeten los mínimos establecidos por la Directiva".³³⁸

De todo lo anterior ya se puede desprender que la oponibilidad de la legislación sustantiva aún no se asienta firmemente ni siquiera en el derecho comunitario, donde el camino de la armonización de normas sigue su tarea integradora paso a paso.

Es más, el autor español Álvarez González concluye drásticamente que respecto de la contratación electrónica con los consumidores "la nueva realidad pone en tela de juicio tanto la pertinencia de las soluciones judiciales, cuanto, a mayor abundamiento, la concreta normativa que regula la identificación del tribunal competente..." y agrega "en este campo más que en ningún otro se exigen alternativas que ofrezcan el grado de confianza suficiente para que el consumidor, que nunca iría por una bagatela, realice contratos electrónicos por saber que cuenta con la garantía de una simple, rápida, económica y eficaz solución para eventuales problemas; porque se le diera un acceso incondicional a los tribunales de su domicilio y, en hipótesis, contase con una resolución judicial a su favor...¿le interesará hacer valer en Japón, en Estados Unidos de Norteamérica o, simplemente, en Dinamarca?. Como la propia subsistencia y crecimiento del comercio electrónico depende precisamente de ello, no albergo duda alguna de que los próximos tiempos asistiremos a la

³³⁷ Parra Rodríguez, Carmen. El nuevo Derecho Internacional de los Contratos. Universidad Externado de Colombia. J.M.Bosch editor. Barcelona (2001) p.81.

aparición de estos mecanismos de solución extrajudicial y, preferentemente, on-line, de controversias".³³⁹

Así, en definitiva, aparece como extremadamente conveniente la uniformación de normas formales y sustantivas; el potenciamiento de las asociaciones de consumidores como entes eficaces que representen los intereses de los usuarios que celebren contratos a distancia y la adecuación de nuestra normativa a la naturaleza globalizadora del comercio electrónico.

³³⁸ Parra Rodríguez, Carmen. Op. Cit 337 p. 314.

³³⁹ Álvarez González, Santiago. op. cit. p. 448.

Conclusiones.

1.- Como hemos expuesto, nuestra legislación requiere urgente una reformulación de materias sustantivas que son objeto de las relaciones de consumo en contratos celebrados por medio de Internet.

Creemos que, dada la complejidad de situaciones involucradas en los contratos electrónicos, debiera necesariamente desprender su regulación del contenido de la LPC, y adoptar en consecuencia, una normativa específica relativa a los contratos electrónicos.

Así, y en relación con ello, la existencia de abundantes artículos de la legislación estudiada no ensamblables con la naturaleza del comercio electrónico (léase información que debe recibir el consumidor, requisitos formales que han de cumplir los contratos, como por ejemplo, la obligatoriedad del castellano, un tamaño mínimo en la letra del clausulado contractual, la determinación del tribunal competente, entre otros), obliga a la separación de estos campos incompatibles y su tratamiento particularizado para el fenómeno estudiado.

2.- Aparece imprescindible, dada la masiva aplicación en el comercio electrónico de la estandarización contractual, la incorporación de reformas que hagan verdaderamente protectora a la LPC; entre ellas, la modificación del párrafo IV del Título II, en el sentido de hacer aplicable la protección contra cláusulas abusivas a todo contrato predispuesto con condiciones generales de la contratación y no limitarlo, como hasta ahora, sólo a los contratos por adhesión.

Dentro de este mismo razonamiento, se debe instaurar un derecho a retracto efectivo y no uno meramente formal, como el actualmente establecido que lo condiciona a la sola voluntad del proveedor

3.- Asimismo, estimamos importante definir el campo propio de extensión relativo a la intimidad de los usuarios que contraten por medios telemáticos. Consideramos, que si bien una interpretación amplia de lo consagrado sobre esta materia en nuestra Carta Fundamental, la cual permite al consumidor un relativo resguardo, implica, no obstante, un engorroso trabajo jurisprudencial de

precisión en su sentido y alcance, a lo cual se suma la restringida y aparatosa tramitación contemplada para la acción de Hábeas Data o Amparo Digital.

4.- Es menester que las Asociaciones de Consumidores establecidas en nuestro país deban extender su presencia física a todas las zonas geográficas posibles dentro del territorio de la República, potenciándose la constitución de las mismas, evitando con ello una excesiva concentración de estas organizaciones en la capital de nuestro país. La proliferación de aquellas permitirá con mayor eficacia la defensa de los intereses colectivos y/o difusos de los usuarios, los que cobrarán importancia gravitante en las acciones derivadas de los contratos electrónicos en específico.

5.- Por último, creemos conveniente emular las políticas integracionistas del viejo continente, no obstante, tener en cuenta que nuestro país ocupa hoy por hoy una situación privilegiada en materia macroeconómica, y goza de alguna manera de un cierto avance legislativo superior a otras de nuestra región; tal situación no empece a que exista un esfuerzo real y mancomunado en establecer un ordenamiento jurídico común que permita una contratación regional segura, funcionalmente equivalente, y que posibilite agilizar el tráfico comercial y jurídico, completando en cada uno de los Estados integrantes satisfactoriamente la cadena productiva.

Bibliografía.

- 1.- Actas de la Comisión de estudio de la Nueva Constitución de 1980.
- 2.- Amoroso Fernández, Yanira. “Relaciones Comerciales en Internet: aproximación a las nuevas relaciones surgidas como consecuencia del E-commerce”. *Derecho y Tecnologías de la Información*. Fundación Fernando Fueyo Laneri. Santiago (2002).
- 3.- Aimone Gibson, Enrique. *Derecho de Protección del Consumidor*. Editorial Jurídica Consultada. Santiago (1997).
- 4.- Alessandri Rodríguez, Arturo. *De los Contratos*. Editorial Jurídica de Chile.
- 5.- Alessandri Rodríguez, Arturo. *Tratado de las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago (2004).
- 6.- Alfaro Águila-Real, Jesús. “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación”. *Comentarios a la ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Editorial Civitas. Madrid (2002).
- 7.- Álvarez González, Santiago. “Comercio Electrónico: Competencia Judicial Internacional”. *Comercio Electrónico en Internet*. Editorial Marcial Pons. Madrid (2001).
- 8.- Botana García, Gema. *Derecho del Comercio Electrónico. Colección Biblioteca del Derecho de los Negocios*. Editorial La Ley. Madrid (2001).
- 9.- Botana García Gema. “Protección de los consumidores y Comercio Electrónico”. *Revista de la Contratación Electrónica. II Jornadas sobre Derecho Electrónico (y II)*. Nº 18 y 19. Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales. (2001)

- 10.- Barriuso Ruiz, Carlos. *La Formación del Contrato Electrónico*. Editorial Dickinson. Madrid (1998).
- 11.- Baeza Ovalle, Gonzalo. *Derecho Mercantil*. Editorial Marcial Pons. 28ª edición. España. (2002).
- 12.- Cámara de Comercio de Santiago. “La economía digital en Chile”. (2001-2002-2003).
- 13.- Carrasco Blanc, Humberto. *Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*. Editorial La Ley. Santiago (2000).
- 14.- Conferencia de las Naciones unidas sobre Comercio y Desarrollo. “Informe sobre Comercio Electrónico y Desarrollo”. (2001).
- 15.- *Centro de Comercio Internacional UNCTAD/WTO Secretos del Comercio Internacional*. Guía para pequeños y medianos exportadores. (2000).
- 16.- Cerda Silva, Alberto. “Intimidación de los trabajadores y tratamiento de datos personales por los empleados”. *Revista Chilena de Derecho Público*. Centro de Estudios en Derecho Informático. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Mayo N° 3. LOM Ediciones Ltda. (2003).
- 17.- Cerda Silva, Alberto. “Autodeterminación Informativa y leyes sobre Protección de datos”. *Revista Chilena de Derecho Informático*. Centro de Estudios en Derecho Informático. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Diciembre N° 3. LOM Ediciones Ltda. (2003).
- 18.- Clemente Meoro, Mario. “La protección del consumidor en los contratos electrónicos”. *Contratación y Comercio Electrónico*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia (2003).

- 19.- Consumers Internacional. Conferencia ministerial regional preparatoria de América Latina y el Caribe, para la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, en República Dominicana. (2003).
- 20.- Comisión de las Comunidades europeas al Consejo, al parlamento europeo, al Comité económico- social y al Comité de las regiones sobre iniciativa europea de Comercio Electrónico (1997).
- 21.- Corral Talciani, Hernán. “El derecho a la privacidad y los sistemas de tratamiento de datos personales en la Ley N° 19.628 de 1999”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. Año LXVII. Enero- Junio. N° 205. (1997).
- 22.- Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal. (Parte General). Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. (1999).
- 23.- De Roselló Moreno, Rocío. *El Comercio Electrónico y la Protección al Consumidor*. Editorial Cedecs. Barcelona. (2001).
- 24.- Del Águila, Ana Rosa. *Comercio Electrónico y Estrategia Empresarial. Hacia la Economía Digital*. Editorial Alga-Omega. Madrid (2001).
- 25.- De Solminohac Iturra, Jaime. *Firma Electrónica*. Editorial Metropolitana. Santiago (2002).
- 26.- De León Arce, Alicia; Moreno-Luque, Carmen, y Aza Conejo, María Jesús. *Derecho de Consumo*. Editorial Forum. Oviedo (1995).
- 27.- Devoto, Mauricio. “La economía digital: El dinero electrónico y el lavado de dinero”. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático. Internet y Derecho*. 27-28 y 29 *II Jornadas Internacionales sobre el Delito Cibernético*. Editorial Universidad Nacional de Educación a distancia. Centro Regional de Extremadura- Mérida. (1998).

- 28.- Ducci Claro, Carlos. *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. 4ª edición actualizada. Santiago (1995).
- 29.- Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. 2ª edición. Santiago (1999).
- 30.- Fernández Delpech, Horacio. *Internet y su Problemática Jurídica*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires (2001).
- 31.- Fernández Domingo, Jesús. “Algunas notas acerca de la contratación y el comercio electrónico”. *Contratación y Comercio Electrónico*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia (2003).
32. - Fernández Fredes, Francisco. *Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor*. Editoria Lexis Nexis. Santiago. (2003).
- 33.- Fernández-Albor Baltar, Ángel. “Régimen jurídico de la contratación en Internet”. *Comercio Electrónico en Internet*. Editorial Marcial Pons. Madrid (2001).
- 34.- Farré López, Pedro. “El derecho de rectificación y cancelación de datos de carácter personal contenidos en ficheros”. *Informática y Derecho. Universidad Pontificia Comillas, Madrid*. Editorial Aranzadi. Madrid (2000-2001).
- 35.- Framiñán Santas, Javier. “Medios de pago on line a través de Internet”. *Comercio Electrónico en Internet*. Editorial Marcial Pons. Madrid (2001).
- 36.- Gitman-Mc Daniela. *El Futuro de los Negocios*. Editorial Del Milenio. (2001).
- 37.- Herrera Bravo, Rodolfo. “La protección de los usuarios de Internet frente al tratamiento de datos personales en los sistemas de comunicaciones electrónicas”. *Derecho y Tecnologías de la Información*. Fundación Fernando Fueyo Laneri. Santiago (2000).

- 38.- Herrera Bravo, Rodolfo y Nuñez Romero, Alejandra. *Derecho Informático*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago (1999).
- 39.- Illescas Ortiz, Rafael. *Derecho de la Contratación Electrónica*. Editorial Civitas. Madrid (2001).
- 40.- Jervis Ortiz, Paula. “Derechos del titular de datos y Hábeas Data en la ley N° 19.628”. *Revista Chilena de Derecho Informático*. Centro de estudios en Derecho Informático. Facultad de derecho. Universidad de Chile. Mayo N° 2. LOM Ediciones Ltda. (2003).
- 41.- Jijena Leiva, Renato. *Comercio Electrónico, Firma Digital y Derecho. Análisis de la Ley 19.799*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago (2002).
- 42.- Jijena Leiva, Renato. *Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago (1992).
- 43.- Juan Zarina, Helio. *Derecho Constitucional*. Editorial Astrea. 2ª edición. Buenos Aires (1999).
- 44.- Lamb, Hair y Mc. Daniela. *Marketing*. Editorial International Thomson. México. (1998).
- 45.- Lorenzana, Antonio. “Economía y Política del Mundo Contemporáneo”. *Historia sin fronteras*. Editorial Nauta S.A. Barcelona. (1992).
- 46.- López Santa María, Jorge. *Los Contratos. Parte General. Tomo III*. Editorial Jurídica de Chile. 3ª edición. Santiago (2001).
- 47.- López Cabana, Roberto. *Contratos especiales en el siglo XX*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. (1999).

48.- León Hurtado, Avelino. *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago (1991).

49.- Mateu de Ros, Rafael. “El consentimiento y el proceso de contratación electrónica” *Derecho de Internet*. Editorial Aranzadi. Pamplona (2000).

50.- Madrid Parra, Agustín. “Seguridad en el Comercio Electrónico”. *Comercio Electrónico en Internet*. Editorial Marcial Pons. Madrid (2001).

51.- Magliona M., Claudio y López M., Macarena. *Delincuencia y Fraude Informático. Derecho Comparado y Ley 19.233*. Editorial Jurídica de Chile. 1ª edición. Santiago (1999).

52.- Matus Valencia, Juan. “Formación del consentimiento en un mundo global”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Actas del II Congreso Chileno de Derecho Privado*. Tomo XIX. (1998).

53.- Millé, Antonio. “Impacto del Comercio Electrónico sobre la propiedad Intelectual”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XIX*. Valparaíso. (1998).

54.- Miquel, José María. “Modificación de la ley 26/1984 de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”. *Comentarios de a la ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Editorial Civitas. Madrid. (2002).

55.- O'Guinn, Allen y Semenik. *Publicidad*. Editorial Thomson. México (1999).

56.- Orduña Moreno, Francisco Javier. “Derecho de la Contratación y Condiciones Generales”. *Contratación y Comercio Electrónico*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia (2003)

57.- Ovilla Bueno, Rocío. “Algunas reflexiones jurídicas en torno al fenómeno Internet”. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático. Internet y derecho. 27-28 y 29. II Jornadas*

internacionales sobre el delito cibernético. Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia. Centro Regional de Extremadura- Mérida. (1998).

58.- Pagador López, Javier. *La Directiva Comunitaria sobre Cláusulas Contractuales Abusivas*. Monografías Jurídicas Editorial Marcial Pons. Madrid (1998).

59.- Pareras, Luis G. *Internet y Derecho*. Editorial Masson S.A. Barcelona (1998).

60.- Parra Rodríguez, Carmen. *El nuevo Derecho Internacional de los Contratos*. Universidad Externado de Colombia. J.M.Bosch Editor. Barcelona (2001).

61.- Paz-Ares, Cándido. “El comercio electrónico. (Una breve reflexión de política legislativa)”. *Derecho de Internet*. Editorial Aranzadi. Pamplona (2000).

62.- Peñailillo Arévalo, Daniel. “La apreciación de la Buena Fe”. *Revista de Derecho. Universidad Católica de la Santísima Concepción*. Vol. II. Nº 1. (1993).

63.- Pérez Hoyo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Editorial Marcial Pons. 7ª edición. Barcelona (2000).

64.- Pizarro Wilson, Carlos. *La Protección de los Consumidores en materia contractual*. Editorial Jurídica Conosur. Santiago (1999).

65.- Plaza Penadés, Javier. “Los principales aspectos de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico”. *Contratación y Comercio Electrónico*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia (2003).

66.- Plaza Penadés, Javier. “Contratación Electrónica y Pago Electrónico”. *Contratación y Comercio Electrónico*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia (2003).

67.- Quílez Agreda, Ernesto. “Desarrollo normativo del artículo 18.4 de la Constitución Española. Cuestiones de constitucionalidad y legalidad”. *Informática y Derecho. Universidad Pontificia Comillas, Madrid*. Editorial Aranzadi. Madrid (2000-2001).

68.- *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta Jurídica de los Tribunales*. Nº 239, Mayo. (2000).

69.- Ramos S., Fernando. “La seguridad jurídica en el Comercio Electrónico” *Revista de la Contratación Electrónica. II Jornadas sobre Derecho del Comercio Electrónico*. Septiembre. Nº 19. Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales. (2001).

70.- Rico Carrillo, Marilina. “Nuevas alternativas de pago en Internet: el dinero electrónico y los sistemas de micropagos”. *Derecho Informático y Telecomunicaciones. Revista de Derecho Privado*. Diciembre Nº 29. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Editorial Uniandes. Bogotá (2002).

71.- Ríos Labbé, Sebastián. *La Protección Civil de la Intimidad*. Editorial Lexis Nexos. Santiago (2003).

72.- Ribas Alejandro, Javier. “Riesgos legales en Internet. Especial referencia a la protección de datos personales”. *Derecho de Internet*. Editorial Aranzadi. Pamplona (2000).

73.- Ribas Alejandro, Javier. *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*. Editorial Aranzadi. Pamplona. (1999).

74.- Rico Carrillo, Mariliana. “Nuevas alternativas de pago en Internet: el dinero electrónico y los sistemas de micropagos”. *Revista de Derecho Privado. Derecho Informático y Telecomunicaciones*. Diciembre Nº 29. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Editorial Uniandes. Bogotá. (2002).

75.- Ripoll S., María Teresa y Laubrié P., Cristián. *Regulación de los Contratos Internacionales en el MERCOSUR. En particular la Compraventa (Convención de Viena de 1980)*. Ediciones Metropolitana. Santiago (2002).

76.- Rivero Alemán, Santiago. *Crédito, Consumo y Comercio Electrónico*. Editorial Aranzadi. Navarra (2004).

77.- Romero Seguel, Alejandro. “Aspectos Procesales de las Acciones para la Protección de los Consumidores”. *Derecho del Consumo y Protección al Consumidor. Estudio sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Santiago (1999).

78.- Rubido de la Torre, Carlos. *Derecho de Consumo*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. (1999).

79.- Rubí Navarrete, Jesús. “Los principios de protección de datos y el reglamento de medidas de seguridad”. *Internet y derecho*. Editorial Aranzadi. Pamplona (2000).

80.- Salazar Aedo, Misael. “Nociones generales de comercio electrónico y la ley modelo de la comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre comercio electrónico”. *Revista de Derecho Público. XXXI. Jornadas chilenas de derecho Público. Los cambios constitucionales del siglo XX y el futuro de la Constitución en el siglo XXI. Tomo II*. Departamento de derecho Público. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago (2000).

81.- Sánchez Almeida, Carlos y Maestre Rodríguez, Javier. *La Ley de Internet*. Editorial SERVODIC S.L. Barcelona (2002).

82.- Sandoval, López Ricardo. *Derecho del Comercio Electrónico*. Editorial Jurídica de Chile (2003).

- 83.- Sandoval López, Ricardo. *Tarjeta de crédito bancaria*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago (1991).
- 84.- Sandoval López, Ricardo. *Nuevas Operaciones Mercantiles*. Editorial Jurídica Conosur Ltda. 4ª edición. Santiago (1999).
- 85.- Sandoval López, Ricardo. *El Cheque*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago (1991).
- 86.- Sandoval López, Ricardo. *Derecho del Consumidor. Protección del Consumidor en la Ley 19.496 modificada por la Ley N°19.955 de 14 de Julio de 2004, y en la legislación comparada*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago (2004).
- 87.- San Julián Puig, Verónica. *El Objeto*. Editorial Aranzadi. Madrid. (2000).
- 88.- Serra Rodríguez, Adela. *Cláusulas Abusivas en la Contratación, en especial las Cláusulas limitativas de la Responsabilidad*. Editorial Aranzadi Thompson Company. 2ª edición. Navarra. (2002).
- 89.- Silva Barroilhet, Paula. “Autonomía de la voluntad, Contratación Electrónica y Protección del Consumidor”. *Revista Chilena de Derecho Informático*. Universidad de Chile. Centro de estudios de Derecho Informático. Facultad de derecho. N° 3. LOM Ediciones LTDA. (2003).
- 90.- Soriano A, Faustino. “Comercio electrónico y grandes superficies”. *Derecho del Comercio Electrónico. (1ª Jornada celebrada en la Universidad Carlos III de Madrid)*. Editorial La Ley. Madrid. (2001).
- 91.- Stiglitz, Gabriel A. *Protección Jurídica del Consumidor*. Editorial Del Salma. Buenos Aires. (1986).

- 92.- Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel. *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*. Ediciones Desalma. Buenos Aires. (1985).
- 93.- Suárez Crothers, Christian. “La ley chilena sobre Protección a la Vida Privada: un intento de protección de los datos de carácter personal”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*. N° 243. (1999).
- 94.- Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José Miguel. *Contrato por Adhesión. Ley 19.496*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago (1999).
- 95.- Ugarte, José Luis. “El derecho a la intimidad y la relación laboral” *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo. Agosto N° 13*. Santiago (2000).
- 96.- Universidad de Chile. *Internet: Guía práctica para el usuario*. Editorial Universitaria. Santiago (1996).
- 97.- Uría, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. Editorial Marcial Pons. 28ª edición. Madrid. (2002).
- 98.- Vidal Olivares, Álvaro. “Contrato y Consumo. El contrato de consumo en la Ley N° 19.496 sobre protección a los Derechos de los Consumidores”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XXI*. Valparaíso. (2000).
- 99.- Vila Sobrino, José Antonio. “Aspectos técnicos para el desarrollo de aplicaciones de Comercio electrónico”. *Comercio electrónico en Internet*. Editorial Marcial Pons. Madrid (2001).
- 100.- Vásquez Méndez, Guillermo. *Tratado sobre el cheque. Historia, legislación, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago (2002).
- 101.- Verdugo Marinkovich, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto. *Derecho Constitucional*. Tomo I. Editorial jurídica de Chile. Santiago (1994).

102.- Wahl Silva, Jorge. “Aspectos en la formación del consentimiento en los contratos electrónicos. Derecho chileno y tendencias en el derecho comparado”. *Derecho de los Contratos. Estudios sobre temas de actualidad*. Cuadernos de Extensión Jurídica. N° 6. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Santiago (2002).

103.- Weatherford, Jack. “La vida erótica del dinero”. *La historia del dinero. De la piedra arsénico al ciberespacio*. Editorial Andrés Bello. Santiago (1997).

104.- Zavala Ortiz, José Luis. *Manual de Derecho Tributario*. Editorial jurídica Conosur Ltda. Santiago (2001).

105.- Zuburi de Salinas, Mercedes. “La contratación electrónica como contratación a distancia”. *Internet y derecho. Monografías de la Revista Aragonesa de la Administración Pública*. Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales. Zaragoza (2001).

Leyes y otros cuerpos normativos.

1.- Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Chile

2.- Ley N° 19.955 de 14 de junio de 2004, que modifica a la Ley N° 19.496. Chile.

3.- Constitución Política de la República de Chile, de 1980.

4.- Código Civil. Chile.

5.- Código de Comercio. Chile.

6.- Ley N° 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Digital y Servicios de Certificación. Chile.

7.- Ley N° 19.628 sobre Protección a la Vida Privada. Chile

8.- Ley N° 19.233 sobre Delitos Informáticos. Chile.

9.- Decreto Supremo N° 81 del 10 de Junio de 1999 que regula el uso de la firma digital y los documentos electrónicos en la Administración del Estado de Chile.

10.- Resolución Exenta N° 09 del Servicio de Impuestos Internos, que establece normas que regulan el uso de la firma electrónica en el ámbito tributario. Chile.

11.- Decreto 427/98 sobre empleo de la firma digital en la instrumentación de los documentos internos del sector público y la creación de la infraestructura de firma digital para la Administración Pública Nacional. Argentina.

12.- Ley N° 25.326 sobre Protección de Datos Personales. Argentina.

13.- Ley de Condiciones Generales de la Contratación AGB GESETZ, de 1976. Alemania.

14.- Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 199/1984. España.

15.- Ley de Ordenación de Comercio Minorista. España.

16.- Real Decreto 1906/1999 que regula la Contratación Telefónica o Electrónica con condiciones generales de contratación. España.

17.- Real Decreto 14/1999 sobre Firma Electrónica. España.

18.- Ley Orgánica 15/1999, sobre Protección de Datos de carácter Personal. España.

19.- Ley General de Cooperativas de 1987. España.

20.- Ley 34/2002 de 11 de Junio, de Servicios de la Sociedad de la Información. España.

21.- Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. España.

22.- Código Civil. España.

23.- Código de Comercio. España.

24.- Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico.

25.- 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 interno.

26.- Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la Protección de los Consumidores en materia de Contratos a Distancia.

27.- Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de septiembre del 2000 sobre el Acceso a la actividad de las Entidades de Dinero Electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades.

28.- Directiva 97/66/DE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.

29.- Directiva 93/13/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a Cláusulas contractuales abusivas.

30.- Recomendación 87/598/CE Código Europeo sobre Buena Conducta en materia de pago electrónico.

31.- Recomendación 97/489/CE de la Comisión de 30 de Julio de 1997, relativa a transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos

32.- Declaración Universal de Derechos Humanos.

33.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

34.- Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Direcciones electrónicas.

1.- www.soho.com

2.- www.microsoft.com

3.- www.sbif.cl

4.- www.mondex.com

5.- www.alfaredi.cl

6.- www.udem.cl

7.- www.consumersinternational.org

8.- www.sernac.cl

9.- www.odecus.cl