

**UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**“PROBLEMAS Y CONFLICTOS DEL DERECHO CIVIL CHILENO  
EN LA CONTRATACIÓN EN LÍNEA”**

Doña Alicia Castillo Saldías

Profesor Guía

Don David Hernán Olmos Caballero

Tesista

## AGRADECIMIENTOS

Difícilmente podría estar hoy escribiendo esta serie de líneas si no fuese por la ayuda y cooperación de un sinnúmero de personas que han estado ahí de manera más o menos directa para ayudarme o guiarme cuando lo he necesitado.

Es así como, en primer lugar, quisiera agradecer a la Universidad Andrés Bello y los profesores que han compartido sus conocimientos conmigo, generando entretenidas discusiones y anécdotas que recordaré por y para siempre, con especial atención a la Profesora Alicia Castillo Saldías, quien tuvo la amabilidad de aceptar ser mi profesora guía, ayudándome a darle una nueva mirada y enfoque a este trabajo que, en un principio, jamás imaginé.

Bajo la misma línea de quienes componen la Universidad, no puedo dejar pasar la posibilidad de demostrar mi gratitud hacia la Dirección de Asuntos Estudiantiles (DAE) de la Universidad, en especial a José Luis León y Vicente Cáceres Zúñiga, quienes confiaron en mí desde un principio y me permitieron alcanzar sueños, realmente no existen palabras para expresar tanta gratitud.

Sin duda alguna, son muchísimas las personas a quienes tengo que agradecer, ante lo cual, para no dejar nombres en el tintero, he de mencionarlas de manera genérica, aunque, todas ellas aparecen de manera individual al momento de escribir estas palabras, así, gracias a los amigos de la vida por sacarme sonrisas; a los amigos de la familia que demostraron interés y preocupación, gracias a mis compañeros, en especial a los que se transformaron en mis amigos, enseñándome que la vida no sólo está en las aulas.

Realmente pido disculpas si estoy olvidando a alguien, puesto que muchos han sido los que han intervenido en mi vida y carrera, entre los que se cuentan auxiliares de la

educación, choferes y auxiliares de los buses que durante 5 años me llevaron desde San Antonio a Santiago todos los días, tíos (as) y primos (as), de todo corazón, gracias.

Finalmente y, no menos importante, quisiera agradecer a mi familia, con especial atención a mis padres, David y Lorena, quienes me enseñaron que fracasar, es sólo un paso más hacia el éxito, pues caemos para levantarnos y que en esta vida, nadie podrá jamás decirme “no serás capaz”, asimismo, gracias por incentivar día a día mis ganas de aprender y dejarme ser una persona feliz; a mi hermana, Paola, con quien hemos compartido innumerables locuras y tristezas, apoyándonos mutuamente sin importar cuán fuerte la vida nos golpee; a mi abuelita, Ana, quien es para mí un pilar fundamental, siendo una fuente inagotable de conocimiento, sabiduría y cariño, tal como siempre le he dicho, jamás dejaré de repetir ni contarle al mundo los ricos postres, comidas y muestras de cariño que ha hecho por mí; a mis sobrinos, Nicolás y Maximiliano, con quienes puedo volver a ser niño, al mismo tiempo que soy para ellos un héroe, gracias por enseñarme a vivir y disfrutar de las cosas sencillas, finalmente; a mi hija, Emily, quien día a día es una inspiración para no tan sólo ser el padre que ella merece, sino también, para darle un mundo mejor en el que, por sobre todas las cosas pueda ser feliz.

*“El mundo no es un arcoíris y nubes rosas, es un mundo malo y salvaje, en donde no importa que tan rudo seas, pues te pondrá de rodillas y te dejará así permanentemente si tú lo dejas y, ni tú ni yo ni nadie golpeará tan duro como la vida, pero, no importa qué tan duro lo hagas, lo que importa es lo duro que resistas y sigas avanzando, ya que así es como si gana.*

*Si sabes cuánto vales, ve a buscar lo que mereces, pero, debes ir dispuesto a que te den golpes y no a culpar a otros y decir “no soy lo que quiero por ser él, por ella o por nadie”... Los cobardes lo hacen y tú no eres un cobarde, ¡Tú eres mejor!*

- Sylvester Stallone, Rocky Balboa (2006)

## ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS .....	1
ÍNDICE .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
CAPÍTULO 1: “INTRODUCCIÓN” .....	5
I.    EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA .....	5
II.   ESTADO ACTUAL DE LA PROBLEMÁTICA OFRECIDA .....	5
III.  IMPORTANCIA DE UNA SOLUCIÓN ARMÓNICA.....	7
CAPÍTULO 2: “DERECHO CIVIL Y SU RELACIÓN CON LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS” .....	8
I.    PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y SU VIGENCIA EN LA ACTUALIDAD.....	8
II.   LA VOLUNTAD.....	9
III.  EL CONSENTIMIENTO EN LÍNEA .....	12
A.  LA OFERTA EN LÍNEA .....	14
B.  LA ACEPTACIÓN EN LÍNEA.....	22
C.  MOMENTO DE LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LÍNEA .....	28
D.  LUGAR EN QUE SE FORMA EL CONSENTIMIENTO .....	30
CAPÍTULO 3: “LA CONTRATACIÓN EN SÍ MISMA” .....	32
I.    FUNDAMENTO LEGISLATIVO .....	32
II.   VALIDEZ Y EXISTENCIA DE LOS “ACTOS JURÍDICOS ELECTRÓNICOS” .....	34
A.  REQUISITOS DE EXISTENCIA.....	35
B.  REQUISITOS DE VALIDEZ.....	38
III.  LA CONTRATACIÓN EN LÍNEA PARA CONTRATOS REALES.....	42
IV.   DE LOS CONTRATOS CONSENSUALES, ESPECIALMENTE LA COMPRAVENTA.....	43
CAPÍTULO 4: “RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA CONTRATACIÓN EN LÍNEA” .....	48
I.    NOCIONES PRELIMINARES .....	48
II.   DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.....	50
III.  RESPONSABILIDAD CIVIL INFORMÁTICA.....	52
CAPÍTULO 5: “CONCLUSIONES” .....	55
I.    ¿HAY REALMENTE UN PROBLEMA EN LA CONFRONTACIÓN DEL DERECHO CIVIL CHILENO Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN? .....	55
II.   ¿SON SUFICIENTES LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PARA LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN? .....	56
BIBLIOGRAFIA .....	59

## CAPÍTULO 1: “INTRODUCCIÓN”

### I. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA

*“Sabido es, que el Derecho es parte de la cultura, y como tal ha contribuido significativamente al desarrollo de fenómenos mayores que ha experimentado la historia.”*<sup>1</sup> Así, los contratos, no son ajenos a tal concepción y es que en sus más diversas variedades, han sido durante la historia uno de los principales motores del desarrollo de la humanidad, así, permitiendo un avance tecnológico que, a su vez, ha incidido notoriamente en la forma en que nos relacionamos jurídicamente.

No cabe duda alguna que, al momento de codificar las primeras normas de nuestra República, ni don Andrés Bello ni don Gabriel Ocampo, redactores del Código Civil y Código de Comercio respectivamente, ni ningún otro legislador, pudieron haber previsto las aristas que alcanzaría tal innovación tecnológica, puesto que, a la fecha de su trabajo, la tecnología imperante consistía en el telégrafo y, años después, el teléfono. Es así, como hoy por hoy, las diversas variantes que podemos encontrar, como por ejemplo, la contratación en línea (aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico que permita una materialización real y directa de la voluntad), han hecho cuestionarnos la suficiencia de los principios generales del Derecho clásico para dilucidar los problemas que se presentan en este modo de contratación, considerando que la Ley 19.496 sólo es aplicable a las relaciones entre consumidores y proveedores y no para la generalidad de los casos.

### II. ESTADO ACTUAL DE LA PROBLEMÁTICA OFRECIDA

---

<sup>1</sup>PINOCHET OLAVE, RUPERTO, *Derecho Civil y Nuevas Tecnologías. La Formación del Consentimiento Electrónico*, Editorial Legal Publishing, 2ª edición, Santiago de Chile, p. 3.

La situación actual de la problemática ofrecida es, por sobre todo, una esfera oscura en la que un grupo reducido de autores se han atrevido a entrar, puesto que la dificultad a priori de instaurar parámetros clásicos de la investigación jurídica y de métodos analíticos para emplear los principios generales del Derecho han contribuido a ver las nuevas tecnologías de la información y, más específicamente, la contratación en línea, como un parámetro que hoy por hoy ha sido irradiado hacia todas las esferas del Derecho, así, es preciso considerar el Derecho no sólo en cuanto a su norma, sino también como una realidad social con espacio y tiempo propio, para, luego, lograr conciliar las posturas, asimismo, lograr un balance entre preceptos que pueden datar desde la época romana y ver su aplicación en casos tan particulares e inimaginables para ese entonces, como lo son los contratos en línea.

En esta misma línea, el autor argentino Enrique Falcón sostiene la necesidad de una regulación en el campo informático, puesto que *“esta actividad es generadora de riesgos, de la misma manera que lo son los automotores, las aeronaves y los armamentos nucleares.”*<sup>2</sup>.

Pese a lo antes dicho, hoy por hoy, nadie discute que la contratación es línea es una forma válida de exteriorizar la voluntad conformando el consentimiento, lo que es inclusive recogido de manera acertada por la legislación nacional en la Ley N° 19.799.

Lograr responder esta pregunta, no sólo aclarará el panorama jurídico actual, sino que también incidirá en la certeza jurídica e inclusive en la economía, ya que, cada segundo que pasa se transan más de 2 millones de dólares a través de internet. Asimismo, considerando que el empleo de medios tecnológicos para actos jurídicos se viene desarrollando con una celeridad inimaginable desde el inicio de este siglo, son diversas las legislaciones que han visto un vasto campo que legislar, por ejemplo, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo o la Comisión de las Naciones Unidas

---

<sup>2</sup>FALCÓN, ENRIQUE, *¿Qué es la Informática Jurídica?: Del Ábaco al Derecho Informático*. Editorial AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 138

para el Derecho Mercantil e incluso Chile con algunos atisbos en la Ley 19.496, lo que nos indica que la labor legislativa al respecto no está saldada y, muy por el contrario, son variadas las antítesis que se pueden presentar.

### **III. IMPORTANCIA DE UNA SOLUCIÓN ARMÓNICA**

Pese a que los avances en materia tecnológica ha avanzado a pasos agigantados, la reacción nacional ha sido mayoritariamente lenta, ante esto, existen importantes estudios que emplean diversos parámetros para determinar el promedio de usuarios en Internet, número de habitantes con la posibilidad de conectarse a internet, facilidad de acceso a la información, etc.

La mayor parte de los estudios abocados al análisis antes referido, ubican a Chile dentro de un rango promedio, siendo líderes a nivel latinoamericano, pero, lejos de países desarrollados. Esto implica la necesidad imperiosa de lograr solucionar diversas controversias que nublan la visión de juristas para así lograr entregar certeza jurídica sobre la contratación en línea e incluso, incidir en un aumento sustancial de las diversas convenciones celebradas por este medio.



## CAPÍTULO 2: “DERECHO CIVIL Y SU RELACIÓN CON LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS”

### I. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y SU VIGENCIA EN LA ACTUALIDAD.

Sabido es que nuestro Derecho no sólo se articula de preceptos legales que le sirven de fundamento, sino también de principios generales que durante años ha servido de precedente para la doctrina y jurisprudencia, es así como en la contratación, encontramos por sobre todo, el principio de la autonomía de la voluntad, que Andrés Bello recogió de manera excepcional de Immanuel Kant, así, el Artículo 1545 del Código Civil, tomado del mismo cuerpo legal francés, señala que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, lo que tendrá una incidencia notoria al verlo en relación al Artículo 1560 en donde debe primar la voluntad real de las partes por sobre la declarada, siempre que aquella se haya dado a conocer.

Así es como la voluntad será uno de los principios primordiales sobre los que descansarán todas las teorías y visiones esgrimidas para tratar la contratación en línea, lo que, prima facie, puede sonar bastante simple, sin embargo, su complejidad aparece al realizar lecturas profundas de la misma.

Además de los principios generales, Illescas señala como principios en que debe inspirarse el Derecho del Comercio Electrónico los de *“equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales; neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladores del Comercio Electrónico, inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contrato; exigencia de buena fe; finalmente, reiteración de la libertad de pacto y su ejercicio en el nuevo contexto del Comercio Electrónico”*<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup>ILLESCA ORTIZ, RAFAEL, *Derecho de la Contratación Electrónica*. Civitas Ediciones, Madrid, p. 37.

En esta misma arista, Ricardo Sandoval enuncia como principios que informan el Derecho del Comercio Electrónico<sup>4</sup>, también el principio de equivalencia funcional; neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladores del comercio electrónico; Principio de la actuación de buena fe; Principios de libre prestación de servicios y de libre competencia; Principio de compatibilidad internacional y; Principio de inmutabilidad del Derecho de las obligaciones y los contratos.

Dicho lo anterior, resulta importantísimo detenernos en el “principio de inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos privados”, que será un pilar fundamental en la argumentación de esta obra, puesto que las reglas introducidas para la creación de nuevos estándares que permitan un desarrollo legislativo de la Contratación en Línea no deben implicar, *per se*, una modificación sustancial del Derecho existente en materia de contratos, obligaciones y responsabilidad de los privados, tanto en su faceta nacional como internacional.

## II. LA VOLUNTAD

Primero que todo, cabe preguntarnos, ¿puede darse la voluntad a través de un ordenador, computador y/o dispositivo análogo? Aún cuando para algunos esto no resulta posible, el mismo legislador entendió que ésta podía manifestarse por gestos e inclusive, bajo determinadas circunstancias, por el silencio, ante lo cual, no habría problema alguno en declararla a través del ya citado medio.

En esta línea, es preciso distinguir las formas en que podría darse, a saber:

- A) **Declaración de Voluntad Expresa formulada por Correo Electrónico, Chat o Servicios de Mensajería:** Esta modalidad implica, a priori, una escrituración,

---

<sup>4</sup> Pese a referirse al Comercio Electrónico, la aplicación de estos principios han de ser considerados también para la Contratación en Línea toda vez que se produciría una relación de género a especie, ya que el comercio electrónico se dará solamente en virtud de la Contratación en Línea.

sin embargo, podría darse una oralidad en cuanto es posible mediante las nuevas tecnología de la información adjuntar archivos tales como videos o grabaciones de audio.

Una gran complejidad surge aquí para determinar si la contratación originada es entre presentes o entre ausentes respecto a los tiempos de retractación.

- B) **Declaración de Voluntad Expresa Vía Página Web:** En este respecto, encontramos, tal como anticipábamos anteriormente, un tratamiento legislativo al respecto en el Artículo 12 A inciso 2º de la Ley 19.496.

Por esta modalidad de declaración de voluntad entenderemos aquello que se realiza en algún sitio web alojado en algún servidor, sea nacional o internacional al cual se pueda acceder mediante el protocolo World Wide Web (WWW).

Sin duda alguna es la forma más expresa de manifestación de voluntad que puede originarse en la contratación en línea, sin embargo, al mismo tiempo, refleja una serie de riesgos, ya sea presionar erróneamente teclas como “Enter” o botones como “Acepto”, “Enviar” u otros similares, asimismo, una pulsación impulsiva, lo que deberá tratarse como vicios de la voluntad electrónica.

Por otro lado, su segundo aspecto negativo incide en las condiciones de contratación, particularmente cuando no se encuentran disponibles en el idioma del aceptante.

- C) **Declaración de Voluntad Expresa Formulada por Telefonía IP:** Aquí se pueden apreciar normas similares a las del apartado A), así como las tradicionales que han regido la contratación a través de la telefonía clásica, sin embargo, su innovación viene dada en relación al *Onus Probandi*, puesto que estas declaraciones permiten un registro en discos duros u otros dispositivos de almacenamiento afines.

- D) **Declaración de Voluntad Expresa Formulada por Videoconferencia:** Debido a la amplia gama de posibilidades que admite la videoconferencia, entendiendo que ésta sería prácticamente una contratación entre presentes, resulta difícil establecer a priori si su concreción responde a parámetros expresos o tácitos, sin embargo, para efectos de considerarla expresa. *“deberá emitirse [...] a*

*través de cualquier lenguaje que permita la transmisión de las ideas necesarias para el efecto negocial deseado.”<sup>5</sup>*

- E) **Declaración de Voluntad Tácita:** Al igual que en su concepción clásica del acto jurídico, *“es aquella que se desprende de un comportamiento que revela inequívocamente la proposición de celebrar una convención”<sup>6</sup>.*

El requisito esencial en esta manifestación es la *facta concludentia*, es decir, que la conducta, comportamiento o actividad del sujeto del cual se infiere o deduce la voluntad sea concluyente, inequívoca y, por tanto, no admita diversas interpretaciones que susciten conflicto entre ellas.

- F) **Manifestación de Voluntad a través del silencio:** En principio, entendiendo lo dispuesto por la Ley N° 19.946, podría entenderse que el silencio no podría ser señal de manifestación de voluntad, entendiendo que la mera visita a un sitio web no implica aceptación, sin embargo, como bien anunciábamos anteriormente, uno de los problemas de tal legislación es sólo tener un alcance al *retail*, situación que, por sobre todo, apunta al comercio y la compraventa, excluyendo dentro de sus tratativas a otros actos jurídicos, así, la concepción clásica del silencio y su tratamiento en los cuerpos legales nacionales tendrían absoluta cabida, a saber:

- a. **La Ley puede atribuir al silencio el valor de manifestación de voluntad:** El Código Civil establece diversas convenciones en las que el silencio es interpretado como manifestación de voluntad que, a través de internet, también pueden entenderse comprendidas, como por ejemplo, el relativo al Artículo 2125 del Código Civil que comprende a las personas que, por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, quienes están obligados a declarar a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace y, transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación. Es menester considerar dentro de las potenciales situaciones que la declaración del ausente se haya realizado por medios de información que

---

<sup>5</sup>(Pinochet Olave, Derecho Civil y Nuevas Tecnologías, 2007) Ob. Cit.

<sup>6</sup>(Vial del Río, 2007) Ob. Cit.

utilicen internet, lo que transformaría tal solicitud y/o convención en un contrato electrónico.

- b. **Las partes pueden atribuir al silencio el valor de manifestación de voluntad en un determinado sentido:** Pese a que, a priori podría afectar la certeza jurídica, tiene plena cabida y eficacia respecto a contratos y convenciones que, por su naturaleza, el silencio resulta ventajoso, por ejemplo, el contrato de arrendamiento que puede ser configurado absoluta y eficazmente a través de internet, se vería beneficiado en el supuesto que, al vencimiento del plazo nada se diga, se entenderá renovado.
- c. **Silencio circunstanciado:** Resulta, *prima facie*, el más difícil de justificar dentro de la categoría del silencio como manifestación de voluntad debido a que éste responde mayoritariamente a un aspecto procesal más que de Derecho sustantivo, sin embargo, podría el juez a la luz de ciertas circunstancias atribuir el silencio como una manifestación de voluntad.

### III. EL CONSENTIMIENTO EN LÍNEA

Antes que todo, desde hace más de 15 años diversos autores reflejan su interés en la materia, aduciendo que “*Un contrato celebrado por Internet, es, ante todo, un contrato.*”<sup>7</sup>

En esta misma línea, el profesor Puelma agrega que, “*en virtud de la libertad contractual que el Código Civil consagra, son válidos y tienen plena eficacia los actos y contratos atípicos; o sea, aquellos no reglamentados por el legislador.*”<sup>8</sup>

Así, entendiendo la contratación a través de internet como acto jurídico plenamente eficaz y válido, resulta evidente contar con los mismos requisitos aplicables a cualquier

---

<sup>7</sup>HANCE, OLIVIER, *Leyes y Negocios en Internet*. Editorial MC Graw-Hill, Ciudad de México, p. 151.

<sup>8</sup>PUELMA ACCORSI, ÁLVARO. *Contratación Comercial Moderna*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 13.

acto de su misma índole, es decir, resulta primordial, por sobre todo, la existencia de voluntad y consiguientemente, el consentimiento, ya sea de manera expresa o tácita.

La importancia del consentimiento consiste, básicamente, en que sin el acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones, no hay contrato. *“Todo contrato, cualquiera que sea el número de obligaciones que engendre, impóngalas ambas partes o sólo a una, supone necesariamente ese acuerdo. De ahí que sean partes en el contrato quienes concurran a él con su voluntad: sólo a ellos obliga y aprovecha”*<sup>9</sup>

Sabido es que el consentimiento no cuenta a nivel nacional con una definición en cuerpo legal y, de hecho, su tratamiento se encuentra en el Código de Comercio, así, considerando el Artículo 4º del Código Civil, *“las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código”*, tal premisa hace que nos involucremos inmediatamente con la Ley N° 19.496 que *“Establece Normas de Protección de los Derechos de los Consumidores”* que, en su Artículo 12 A, consagra:

*En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos 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.*

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

*Una vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo.*

---

<sup>9</sup>ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De los Contratos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 6.

*Ésta podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato.*

Lamentablemente, para un tratamiento sistemático de la problemática, esta normativa no soluciona la totalidad de la misma, puesto que, tal como indica su Título I en cuanto al “Ámbito de aplicación y definiciones básicas”, sólo se aplica a consumidores y proveedores, entendiendo por este último a “las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa”, es decir, sólo se aplicaría al “*retail*”<sup>10</sup> y dejaría en un limbo legislativo la contratación entre particulares.

Así, es debido a la complejidad que registra el consentimiento en base a su amplio tratamiento doctrinario a lo largo de las décadas que resulta primordial analizar las aristas del mismo para lograr ver la compatibilidad de los principios generales del Derecho con la contratación a través de internet.

#### **A. LA OFERTA EN LÍNEA**

En esta línea, el Artículo 3 de la Ley N° 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación, señala que “*Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel*”, de esta manera, “*parece evidente –nada lo impide- que a través de internet o con virtualización se puede hablar de todo tipo de negocios y de contratos. Si tales conversaciones generan acuerdos, éstos terminarán*

---

<sup>10</sup> Posteriormente, se desarrollará en un apartado especial el análisis de la Ley N° 19.496.

*convirtiéndose en transacciones electrónicas todo en un proceso natural derivado de las libertades fundamentales de expresión, comunicación y contratación.*<sup>11</sup>.

Uno de los puntos fundamentales de la oferta realizada a través de medios electrónicos dice relación con determinar si ésta se desarrolla entre ausentes o presentes, puesto que esto incidirá posteriormente en lo que respecta a los efectos, retractación y momento de formación del consentimiento.

Así, lograr una opinión uniforme resulta, como en la mayor parte de las discusiones doctrinarias en el ámbito del Derecho, imposible, puesto que diversos profesores han vertido sus posturas en la discusión, las cuales han sido diametralmente distintas.

Un claro ejemplo de lo antes mencionado se refleja entre los profesores Ruperto Pinochet Olave y Ricardo Sandoval, puesto que el primero establece que, “*No importando la distancia física entre las partes, la contratación electrónica, debe ser considerada una especie o modalidad de contratación entre presentes.*”<sup>12</sup>, mientras que, el otro, “*En el Derecho de Chile no cabe duda que un contrato perfeccionado por medios electrónicos es un contrato entre ausentes.*”<sup>13</sup>.

Alessandri, señala que “*contratos entre presentes son aquellos en que la aceptación puede ser conocida por la otra parte al tiempo o inmediatamente de ser emitida; y contratos entre ausentes aquellos en que la aceptación puede ser conocida por el oferente sólo después de cierto tiempo, más o menos largo, de ser formulada.*”<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup>MARTÍN BERNAL, JOSÉ MANUEL, “*Internet y Virtualización del Derecho en General y del Derecho Civil en Particular*” en *Actualidad Civil*, Editorial Aranzadi, Madrid, p. 449.

<sup>12</sup>(Pinochet Olave, Derecho Civil y Nuevas Tecnologías, 2007) Ob. Cit. p. 226.

<sup>13</sup>(Sandoval López, Derecho del Comercio Electrónico, 2003) OB. CIT. P. 67.

<sup>14</sup> ALESSANDRI ARTURO, SOMARRIVA MANUEL Y ANTONIO VODANOVIC, *Tratado de Derecho Civil Séptima Edición Reimpresa*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 202



Avelino León Hurtado, por su lado, afirma que *“es contrato entre presentes aquel en que no media un espacio de tiempo entre la aceptación y el conocimiento que de ella adquiriera el oferente<sup>15</sup>”*.

Ante esto último, es preciso establecer dos situaciones en las que las características iniciales de la oferta no incidirán completamente en la determinación de los intervinientes, a saber, por ejemplo, si se realiza una oferta a una persona ausente, fijándole un plazo para responder y ésta comparece personalmente o a través de mandatario para la aceptación, se reputará el contrato entre presentes, *a contrario sensu*, si se hace una oferta a una persona o parte presente, dándoles un plazo para responder y ésta acepta por la concepción clásica de correspondencia, es decir, carta postal o telegrama, se entenderá el contrato entre ausentes.

La oferta, al igual que la voluntad, como veíamos anteriormente, también admite clasificaciones, así, encontramos:

A) **Oferta expresa:** *“El proponente, en términos explícitos y directos revela su intención de celebrar una determinada convención”<sup>16</sup>*

Sin duda alguna, deviene en la regla general y, la mayor complejidad que nos presenta es determinar si ésta se entenderá posteriormente entre ausentes o entre presentes.

B) **Oferta tácita:** Se desprende de un comportamiento que revela inequívocamente la proposición de celebrar una convención.

En base a la complejidad que aún nos reflejan los contratos electrónicos, debemos adelantar que, esta modalidad no es la regla general, aplicando los mismos preceptos necesarios para que la manifestación de voluntad sea declarada como válida y/o plena, es decir, que exista un comportamiento inequívoco que, al final del día, será de competencia judicial distinguir.

---

<sup>15</sup> HURTADO AVELINO, LEÓN, *“La Voluntad y Capacidad en los Actos Jurídicos”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 84.

<sup>16</sup>(Vial del Río, 2007) *Ob. Cit.*

C) **Oferta hecha a persona determinada:** Se dirige a un destinatario que se encuentra individualizado.

Esta modalidad nos refleja la mayor certeza al momento de determinar la contratación, mas no responde la pregunta inicial o refleja un criterio definitivo sobre la ausencia o presencia de los intervinientes.

D) **Oferta hecha a persona indeterminada:** No se dirige a persona en especial, sino, a un público generalizado.

La implicancia de esta oferta rescinde, principalmente en que *“toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”*<sup>17</sup>, esto refleja la exigencia de una clara determinación del carácter de oferta de contrato que la declaración de voluntad debe contener.

Entre las modalidades del punto C) y D), encontramos normas de aplicación general y especial relativas a la retractación que es menester analizar, de esta manera, en virtud de lo expuesto por el Artículo 105 del Código de Comercio, la oferta contenida en anuncios impresos que van dirigidos a personas determinadas, siempre conllevan la condición implícita de que, al tiempo de la aceptación, no haya sido enajenado el objeto de la convención o que su concreción no se haya visto imposibilitada, asimismo, que no se haya visto alterado su precio y que exista el objeto en el domicilio del oferente. Por otro lado, *“[l]as 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”*.

Lo anterior debe ser concordado con los Artículos 12 y 12 A)<sup>18</sup> de la Ley 19.496 que Establece Normas Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, a saber:

*Artículo 12.- Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio.*

---

<sup>17</sup> Convención de Viena sobre compraventa Internacional de Mercaderías en su Artículo 14.2.

<sup>18</sup> Ver página 10

En esta misma línea, el Artículo 28 de la misma Ley señala disposiciones especiales relativas a la publicidad e información.

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, el tratamiento sistemático de los requisitos de la oferta no ha sido desarrollado cabalmente, a diferencia de lo que sí refleja el Derecho comparado, de esta manera, es fundamental definir tales parámetros para así, posteriormente, entender su aplicación en la concepción de contratación en línea, de esta manera, encontramos:

- 1) **Debe ser seria:** Se debe realizar con el propósito serio de que el oferente busque vincularse contractualmente con carácter definitivo, en esta misma línea, el Artículo 14 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de 1980, ratificada por Chile y con reservas realizadas en aras de la libertad contractual que hoy permiten un desarrollo amplio de convenciones innominadas, señala 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.

La existencia de este requisito justifica, tanto en las tratativas entre presentes y ausentes la separación de los contratos o convenciones con obligaciones claramente formadas con las pretensiones sociales o meramente morales.

- 2) **Debe ser inequívoca:** Es decir, no debe dar lugar a interpretaciones diversas, esto tiene plena armonía con lo señalado en la clasificación relativa a la oferta tácita. En la misma línea, la Convención de Viena exige una precisión meticulosa de la oferta, señalando que *“Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos”*, asimismo, *“la declaración consiste, [...], en resumen, en una doble dosis de voluntad: voluntad como contenido del comportamiento (declaración de voluntad) y voluntad como causa del comportamiento (voluntad de declarar). O sea, el querer que se declara y el querer declararlo”*<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup>ALBALADEJO, MANUEL. *“Derecho Civil: Introducción y Parte General”* 15ª Edición, Editorial Colex, Barcelona, p. 588

- 3) **La oferta debe ser completa o determinada:** *“Debe contener todos los elementos esenciales del futuro negocio de modo que con la simple aceptación el contrato sea perfecto.”*<sup>20</sup>
- 4) **La forma de la oferta en principio es libre:** Al igual que los principios que sustentan la contratación, la oferta permite libertad de formas, ya sea de manera escrita u oral por ejemplo.

Una vez que ya hemos logrado definir los parámetros esenciales de la oferta que serán aplicables por analogía a la contratación en línea, surge la siguiente duda: ¿Es necesario que la oferta se realice por algún medio en línea para considerarlo como un contrato de aquella índole? Como bien se podrá apreciar al tratar la aceptación y, como anticipábamos anteriormente, lo importante en la contratación en línea es el momento en el cual se conforma el consentimiento, por lo que, si la oferta fue realizada presencialmente, sin la intervención de Internet en su realización, mientras la aceptación se realice en alguna de las formas ya analizadas como manifestación de voluntad, estaremos frente a un contrato o convención en línea.

Es menester señalar que no toda concepción de oferta realizada en línea implica que es la concepción clásica que se le atribuye a la oferta, puesto que podemos encontrarnos frente a una oferta comercial, que tendrá el carácter de publicidad o naturaleza jurídica de “invitar a ofrecer”, ante esto, la doctrina no es pacífica, puesto que algunos autores incluso consideran que no se trataría de una real oferta, sino, de un anuncio constitutivo de “invitación a ofrecer”, como se señaló recientemente, mientras que, otro sector de quienes se han visto inmersos en el estudio del comercio electrónico y la contratación en línea estiman que son verdaderas ofertas.

La muestra de un producto o servicio a través de Internet, sería asimilable a la muestra de productos y/o servicios en alguna estantería, vitrina o feria, situación que en algunos países del Derecho Continental se denomina propuesta, en donde, *“así, por*

---

<sup>20</sup>(Pinochet Olave, Derecho Civil y Nuevas Tecnologías, 2007)Ob cit.

*ejemplo, en Francia y Suiza, el propio legislador ha dirimido las dudas al respecto estableciendo en el Artículo 7º párrafo 3º del Código de las Obligaciones que, “en general, vale como oferta la exposición de mercaderías con indicación de los precios.” Lo contrario sucede en el ámbito del Derecho alemán e italiano, donde esa exposición no constituye sino invitación a proponer*<sup>21</sup>

Si analizamos lo dicho anteriormente a la luz de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y, entendemos que lo aplicable a la compraventa también podría serlo en primera instancia respecto de otras convenciones, encontramos que hay una serie de requisitos que pueden ser considerados como una oferta tal, más aún, nuestro ordenamiento jurídico no hace una distinción entre oferta y publicidad apuntando a un mismo fin, sino que reconoce la diferencia entre ambas, situación que se aprecia en la Ley 19.946. Es decir, se asimila que la mera publicación realizada por cualquier persona o actor de algún producto o servicio, de manera seria, inequívoca y determinada, comprenderá una oferta en su concepción del Código de Comercio, lo que permitiría, según la postura que adoptemos posteriormente, la posibilidad de retractación o configuración de responsabilidad civil, ya sea precontractual, contractual o extracontractual.

Lo anteriormente señalado sólo tiene aplicación cuando nos basamos en el Derecho Común para resolver alguna controversia o fijar las bases de cualquier convención o contratación en línea, puesto que, como señalábamos previamente, la Ley 19.946 en el largamente reiterado Artículo 12, 12 A) y asimismo el 13, la oferta adquiere casi un rango de responsabilidad objetiva en donde se entiende que la mera publicación fue, en todo momento, una oferta que, tras la aceptación por parte de otra persona o actor, devendrá en un contrato plenamente válido y eficaz.

---

<sup>21</sup>FERRARI, FRANCO, “La Formación del Contrato” en “Atlante de Diritto Privato Comparato”, Fundación Cultural del Notariado, p. 143.

Lamentablemente, esta objetivación de la oferta en el campo del *retail* no ha sido comprendida cabalmente bajo la opinión de los primeros fallos al respecto. Es menester recordar que, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 50 A) de la Ley 19.946, los problemas que se susciten, serán de competencia de los Juzgados de Policía Local, siendo competente aquel en que se hubiera celebrado el acto respectivo. Es así como, Don Sergio Villalobos Ríos, Juez Titular del Juzgado de Policía Local de Vitacura y, posteriormente, Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora María Soledad Melo Labra e integrada por el Ministro Señor Joaquín Billard Acuña y el Abogado Integrante señor Bernardo Lara Berríos, ROL 4870-2010 en Querrela por infracción a la Ley Sobre Protección de los Derechos del Consumidor, en donde el demandante compró 3 computadores a DELL S.A por un precio ofertado de \$31.889 pesos cada uno, la demandada no entregó los computadores por haber aducido falta de ratificación por el acto en cuestión, aún en circunstancias que todo apuntaba a creer que sí. Finalmente, el caso sublite terminó siendo analizado en aspectos que no inciden en la Contratación en Línea *per se*, como fue la sana crítica.

Finalmente, cabe destacar para un completo entendimiento de los puntos a tratar posteriormente que, en el caso de las ofertas y en aras de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional –aún cuando no se trate de compraventas-, en virtud de que éstas deban, estar determinadas de tal manera que se entiendan inequívocas, no será suficiente para su determinación incluir un hiperenlace o advertencias legales (conocidos también como *disclaimers*) para la inclusión de toda la información necesaria, sin embargo, de llegar a conformarse el consentimiento, el oferente no podrá alegar la falta de determinación en circunstancias que la contraparte actuó de buena fe, principio fundamental que reviste el Derecho y que, de todos modos, admitirá prueba en contra.

## B. LA ACEPTACIÓN EN LÍNEA

A diferencia de la oferta, la aceptación, para que sea considerada realizada en línea, necesitará como requisito *sine qua non* que sea realizada mediante alguna de las maneras estudiadas a propósito de la manifestación de voluntad.

Como bien anticipábamos también en la oferta en línea, ésta no cuenta con un tratamiento uniforme en lo que a Derecho Nacional respecta, lo que nos insta a remitirnos al Derecho comparado, primordialmente el europeo para observar parámetros que nos sirvan de base para el desarrollo de este trabajo, así, la ya reiterada y citada Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de 1980, en su Artículo 18.1, prescribe que *“toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación”*.

En esta misma línea, el profesor Albaladejo, define la aceptación como *“la declaración de voluntad por la que aquel a quien se ofreció la celebración del contrato, da a conocer su conformidad con ésta”*<sup>22</sup>

Siguiendo a la doctrina clásica en cuanto a los requisitos establecidos y prefijados para la aceptación, estableceremos como requisitos de la aceptación en línea los siguientes:

1. **Debe ser pura y simple:** Este requisito apunta al hecho que no sea condicionada y, al mismo tiempo, coincidente.

Se dice que no debe ser condicionada, puesto que, de lo contrario, nos encontraríamos frente a una contraoferta, la que dará origen a una nueva

---

<sup>22</sup>ALBALADEJO, MANUEL, *“Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. La Obligación y el Contrato en General”* Tomo II, Vol. 1, Décima Edición. Editorial Colex, Barcelona, p.394

tratativa y, ante lo cual, no necesariamente estaríamos frente a un acto jurídico conformado en línea.

Reafirmando nuestra postura, se encuentra la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional que, en su Artículo 19.1, prescribe que *la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como oferta rechazada y constituirá una contraoferta*”, pese a esto, la misma Convención en base a criterios modernos, ha dispuesto en su apartado 2° del ya citado Artículo que *“la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente a los expresados en la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido”*<sup>2324</sup>

Pese a que, como bien se ha hecho referencia en páginas anteriores, la Convención sólo es aplicable respecto a Compraventas Internacionales, nada obstaría aplicar la misma lógica en cuanto a relaciones jurídicas que se susciten entre particulares dentro de un mismo territorio, puesto que, adelantándonos a una potencial conclusión, el Derecho Común no encuentra respuestas sólidas, *prima facie*, para lograr dar respuestas satisfactorias a controversias jurídicas que incidan en la aceptación.

2. **Debe ser seria o definitiva:** Al igual que en la oferta en línea, la voluntad de obligarse debe ser ante todo, seria.

Esto conlleva a preguntarse, anticipadamente, sobre la existencia de vicios de la voluntad en cuanto a la posibilidad de que un incapaz relativo realice convenciones o contratos a través de Internet, ante lo cual, cabe remitirnos a principios generales del Derecho, a saber, teoría de las apariencias, inclusive, el *pacta sunt servanda*, lo que, sin embargo, será al final del día, una cuestión probatoria.

---

<sup>23</sup>(Pinochet Olave, Derecho Civil y Nuevas Tecnologías, 2007) Ob. Cit. P. 171

<sup>24</sup> La Convención se ocupa, en definitiva, mediante una adecuada técnica legislativa que, los elementos que pueden considerar para alterar sustancialmente la oferta, son los ubicados en el Artículo 19.3 del mismo cuerpo legal, en donde se ubican los elementos adicionales o diferentes con relación al precio, calidad y cantidad del objeto, pago, lugar y fecha de la entrega, grado de responsabilidad o culpa e inclusive, resolución de conflictos ante eventual discrepancia.



Bajo este mismo precepto, no pueden ser consideradas como manifestaciones de voluntad los meros acuses de recibos de la oferta, alguna expresión de interés ocasionado respecto a la oferta ni ninguna otra manifestación, hecho o expresión que mantenga en pie la oferta, entendiéndose que la aceptación es, antes que todo, un acto jurídico unilateral que busca confeccionar un título como puede ser una compraventa, un arrendamiento, etc.

3. **Debe ser exteriorizada a través de algún medio que admita Internet:** A diferencia de lo que apreciábamos respecto a la oferta en cuanto podía ser libre, en el ámbito de estudio de este trabajo, resulta primordial que el consentimiento quede conformado a través de internet o en medio en línea, ya sea correo electrónico, sitio web (haciendo hincapié en que la mera visita de un sitio no reporta aceptación), videoconferencia, telefonía IP, etc.

La aceptación, para ser considerada en línea, no necesariamente debe seguir todo un camino de tratativas realizadas en línea, puesto que podría darse que la o las ofertas y la o las contraofertas se hayan realizado de manera sin emplear Internet como medio único o exclusivo.

Respecto a la aceptación tácita, si bien nuestro ordenamiento la acepta, siempre que se cumplan los requisitos que se han aducido y articulado respecto a cualquier manifestación tácita, sin embargo, cuando intervienen medios electrónicos y más aún, cuando los intervinientes no son capaces de ver sus rostros y/o lograr comprender todas sus expresiones a cabalidad, resulta difícil lograr alguna conclusión inequívoca, sin embargo, aplicando nuevamente por analogía la Convención de Viena sobre Compraventas Internacionales de 1980, encontramos que se refiere a la aceptación tácita señalando que *“en virtud de la oferta, de prácticas o de usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente”*. Un claro ejemplo de lo antes señalado puede darse entre intervinientes que han contratado reiteradamente e, incluso, podemos encontrar y aplicar un caso objetivo en nuestro ordenamiento como es el Artículo 2125 del Código Civil, a saber, *“las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligados a*

*declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; y transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación”*

4. **Debe ser tempestiva:** Esto implica que debe *“producirse mientras la oferta esté vigente, esto es, antes de que haya sido revocada o haya caducado por cumplimiento del plazo o condición establecida para su vigencia”*<sup>25</sup>.

Lo antes señalado tiene extrema importancia en cuanto a la retractación, esto será diferente según las distintas teorías o doctrinas que se consideren, sin embargo, preliminarmente, hemos de señalar que, sin oferta, no hay aceptación, *ergo*, no hay acto jurídico, contrato o convención.

Podría darse la eventualidad de que el oferente siga interesado en la celebración de la convención, acto jurídico o contrato cuando la aceptación sea intempestiva, ante lo cual, la doctrina ha considerado dos posibles soluciones que divergen la una con la otra, así, se puede *“considerar la eventual “aceptación” eficaz a pesar del retraso, o estimar que es una contraoferta que precisa de una nueva aceptación”*<sup>26</sup>

*“En tal sentido, en un intento de armonizar los intereses de ambos contratantes en aras del principio de la buena fe que ha de presidir toda relación, propugna una solución tomando como paradigma el criterio alemán. DE un lado, proteger el eventual aceptante que emitió su declaración en condiciones de llegar al oferente en plazo y que creyó perfecto el contrato, y, de otro al oferente que, en virtud de igual principio y ante la tardanza en responder, consideró que su oferta no fue tomada en cuenta y ha concluido el contrato con un tercero. Como excepción al principio de que toda aceptación emitida una vez caducada la oferta no tiene eficacia alguna, salvo su consideración como contraoferta, se admite que si esa declaración de alguna, salvo su consideración como contraoferta, se admite que si esa declaración de aceptación fue emitida y enviada a través de un medio por el que normalmente habría llegado en plazo, y que, sin embargo, llega tardíamente al oferente, es válida. Ello salvo que el oferente comunique sin demora el retraso en la llegada de la aceptación y su consiguiente ineptitud para formar un contrato.*

---

<sup>25</sup>(Pinochet Olave, Derecho Civil y Nuevas Tecnologías, 2007) Ob. Cit. P. 173

<sup>26</sup>MARTÍNEZ GALLEGO, EVA MARÍA. “La Formación del Contrato a Través de la Oferta y la Aceptación”. Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 105.

*El problema se reduce a la prueba de que el retraso sea o no imputable al aceptante o al medio de comunicación elegido.*<sup>27</sup>

Lo anteriormente señalado viene a reafirmar uno de los principales fundamentos del Derecho Civil, a saber, la autonomía de la voluntad, ya tratada anteriormente, la que permite que las partes puedan regular sus actuaciones en el mundo del Derecho mientras no contravengan el ordenamiento jurídico ni lesionen derechos de terceros.

En relación a la tempestividad de la oferta, la doctrina se ha cuestionado respecto a la situación de haberse fijado plazo alguno, lo que tiene relevancia en el campo de la contratación en línea toda vez que esto tiende a ser la regla general entre particulares, así, en líneas generales, se ha entendido que la aceptación debe ser emitida y conocida por el oferente en un “plazo razonable”

5. ***“Debe llegar a conocimiento del oferente como declaración de voluntad que es”***<sup>28</sup>: Aquí es cuando podría pensarse en una especie de dualidad puesto que no basta con la mera declaración, sino también se requiere la intervención del oferente, más aún si entendemos que tal manifestación puede, eventualmente, reuniendo los anteriores requisitos, obligarlo.

#### ***NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN EN LÍNEA REFERENTE A LA ACEPTACIÓN***

Sin duda alguna, el mayor desarrollo jurídico en la materia lo ha alcanzado la “Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de Junio de 2000 Relativa a Determinados Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en el Mercado Interior” que, *“se basa en las orientaciones de la Comunicación de la Comisión [COM(97) 157 final], relativa al comercio electrónico, cuyo objetivo era la creación de un marco jurídico coherente a escala europea en este sector. La estrategia empleada consiste, en particular, en evitar un exceso de reglamentación, y para ello se inspira en las libertades del mercado interior, teniendo en cuenta las*

---

<sup>27</sup>(Martínez Gallego, 2000). Ob. Cit. P. 105

<sup>28</sup>ÍDEM. P. 576.

*realidades comerciales, y se propone dar una protección eficaz a los objetivos de interés general. La presente directiva se caracteriza también por la voluntad de eliminar disparidades en la jurisprudencia de los Estados miembros, creando una situación de seguridad que favorezca la confianza de consumidores y empresas*<sup>29</sup>

En la ya citada Directiva, se dispone en el Artículo 11 que:

*“El prestador de servicios deberá acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica.*

*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”*

Lo anterior fue recogido en completa armonía por la Ley 19.946 que, hemos revisado anteriormente en un Artículo que ocupa casi la misma numeración que el de la Unión Europea, a saber, 12 A, sin embargo, ambos sólo hacen referencia a los prestadores de servicios y/o proveedores, ante lo cual, por analogía de lo dispuesto en el Código de Comercio, no podemos imponerle a las partes una cualidad dentro de las cuales no se encuentran, por ejemplo, respecto a un mandato, compraventa o cualquier contrato consensual en donde los intervinientes no sean proveedores ni tampoco puedan ser considerados como tales aún en virtud de la teoría de la accesoriedad. Ahora bien, si las partes disponen libremente obligarse a lo dispuesto en aquellas normativas, no habría problema.

En el campo nacional, sólo encontramos como referente especial la Ley 19.946, la que contempla una serie de exigencias de información precontractuales, *“como los de tener por parte del consumidor un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del contrato así como la posibilidad de almacenar o imprimir tal información”*<sup>30</sup>. La ya mencionada legislación, ante la omisión de tales requisitos, entenderá que el consentimiento no se habrá formado, ante lo cual, podemos presumir que tales requisitos han de ser

---

<sup>29</sup>“Aspectos Jurídicos de la relación del comercio electrónico”, sitio web “EUROPA: SÍNTESIS DE LA LEGISLACIÓN DE LA UE”, consultado el 22 de Noviembre de 2012.

URL:[http://europa.eu/legislation\\_summaries/information\\_society/other\\_policies/124204\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/other_policies/124204_es.htm)

<sup>30</sup>(Pinochet Olave, Derecho Civil y Nuevas Tecnologías, 2007). Ob. Cit. P. 185

considerados como esenciales dentro del ámbito de aplicación de la contratación en línea del campo *retail*, sin embargo, la constante tónica que hemos desarrollado en este trabajo nuevamente se repite, ¿podemos considerarlos para el resto de los contratos? Adelantándonos al análisis posterior de los diversos contratos, podemos resumir que tales exigencias no hacen más que conformar la buena fe que, en el caso sublite, se refleja con exigencias más específicas pero que, sin embargo, apuntan hacia un mismo fin.

También se ha preocupado el legislador nacional respecto a la manifestación de voluntad por parte del consumidor quien, en el ámbito del *retail*, es el aceptante, allí se establece que la mera visita del sitio de internet no impone al consumidor obligación alguna, agregando que, salvo que haya aceptado de manera inequívoca tales condiciones ofrecidas por el proveedor, lo que confirma el ámbito de la autonomía de la voluntad imperante.

### **C. MOMENTO DE LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LÍNEA**

El momento en el que se perfecciona el consentimiento tiene una vital importancia en el mundo del Derecho, toda vez que las partes deben ser capaces al momento de contratar; Respecto al objeto, éste debe ser lícito al momento; determinará las Leyes aplicables al acto jurídico; Los efectos comenzarán a producirse desde el momento en que se perfeccione y; Una vez formado, el oferente no puede retractarse válidamente, por lo que está obligado a cumplir el contrato.

Para determinar el momento de conformación del consentimiento, la doctrina ha entendido y creado diversas teorías, destacando entre ellas:

- **Teoría de la declaración de voluntad o de la aprobación:** En virtud de esta teoría, el consentimiento se reputa perfecto desde el momento en que la

aceptación de la oferta se declara mediante cualquier medio, sin ser necesario el conocimiento del oferente.

- **Teoría de la expedición:** El consentimiento se formará cuando el destinatario de la oferta, mediante correspondencia, envía su aceptación.

En este supuesto, no es necesario que el oferente la reciba.

- **Teoría de la recepción:** *“El consentimiento se forma en el momento en que la aceptación, contenida en una carta o telegrama, llega al domicilio del oferente”*<sup>31</sup>

- **Teoría del conocimiento o de la información:** El consentimiento se formará en el momento en que el oferente tome conocimiento de la aceptación.

Es sin duda alguna la que requiere de una mayor precisión, puesto que la declaración debe ser conocida por el oferente, por lo que, en el intervalo de tiempo que media entre la declaración y el conocimiento, podría existir el retracto puesto que el consentimiento aún no se reputa perfecto.

Nuestro Código de Comercio se ha inclinado por la teoría de la declaración, lo que se desprende de los Artículos 99 y 101. *“En el primero de ellos se dice que el proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación, y no entre el envío de la propuesta y el envío de la aceptación, o la recepción o conocimiento de ésta. Y el segundo dice que “dada la contestación [...] el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales”*<sup>32</sup>. Como única excepción a lo anteriormente dicho, encontramos las donaciones entre vivos.

En cuanto al tratamiento legislativo de la Ley 19.946, ésta no se refiere al momento exacto en que se conforma el consentimiento, pero sí alude a que éste no se entenderá como tal si no cuenta con los principios de buena fe anteriormente mencionados, asimismo, impone la obligación de emitir una confirmación escrita. Ante tal situación, entra nuevamente la duda en juego respecto a si nos encontramos frente a

---

<sup>31</sup>(Vial del Río, 2007)Ob. Cit. P. 74.

<sup>32</sup>ÍDEM. P, 75

un contrato entre presentes o entre ausentes, ante lo cual, reviste vital importancia analizar la forma en la cual se estará perfeccionando el consentimiento.

Resulta imposible emitir una respuesta unívoca al respecto debido a que, por ejemplo, en medios como la voluntad manifestada mediante videoconferencia asemeja absolutamente un acto entre presentes, mientras que otros, nos instan a pensar que podrían ser casi mixtos, como por ejemplo, el desarrollado por un sitio web o correo electrónico en donde puede originarse la situación de que ambos intervinientes estén presentes al momento de la conformación o uno se entere posteriormente, sin embargo, siguiendo la línea recogida por el Código de Ocampo, me inclino hacia la postura de entenderlos como actos entre presentes *sui generis*, debido a no responder a la concepción clásica de dos personas que pueden verse y oírse (como exigía por ejemplo la *stipulatio* del Derecho romano), sin embargo, las diferencias en cuanto a la información recibida no pueden ser consideradas en la actualidad, como por ejemplo, no tendría aplicación la “vuelta de correo” a la que se refiere el Código Civil. Sin embargo, será materia casuística corroborar en cada contrato su perfeccionamiento, por ejemplo, para los contratos celebrados bajo sitios web o similares que permitan la selección de medios como “Enviar”, “Enter”, “Comprar”, etc, sin embargo, no debemos olvidar que la libertad contractual junto a la autonomía de la voluntad deben ser siempre los pilares angulares de las relaciones jurídicas, ante lo cual deviene en fundamental las bases de cada oferente que, dicho sea de paso, aplicando analógicamente la Ley 19.946 deberán ser siempre de buena fe y la mera alusión no se debe considerar como suficiente.

#### **D. LUGAR EN QUE SE FORMA EL CONSENTIMIENTO**

La importancia de esto rescinde primordialmente que, entre otras cosas, fija el tribunal competente, asimismo, puede incluso remitirse a la costumbre que se aplica en ciertos contratos, como por ejemplo, el Contrato de Arrendamiento en virtud de los Artículos 1940 y 1944.

De esta manera, encontramos que el Código de Comercio, entenderá que, residiendo los interesados en distintos lugares, *“se entenderá celebrado el contrato, para todos los efectos legales, en el de la residencia del que hubiera aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada”*<sup>33</sup>

Pese a lo anterior, el Artículo 50 A de la Ley 19.946 establece una regla particular sobre los contratos celebrados por medios electrónicos, en donde las acciones del Artículo 2° Bis Letra b), serán conocidas por el Juzgado de Policía Local de la comuna en que resida el consumidor, lo que invierte la regla general del Código de Procedimiento Civil que establece que será competente, en subsidio de lo que determinen las partes, el tribunal con competencia en la comuna que resida el demandado, no obstante, la aplicación de la ya citada Ley sólo sería extensible para las partes que contempla, es decir, consumidor y proveedor.

---

<sup>33</sup>(Vial del Rio, 2007) Ob. Cit. P. 75



## CAPÍTULO 3: “LA CONTRATACIÓN EN SÍ MISMA”

### I. FUNDAMENTO LEGISLATIVO

En base a la fuerte influencia *ius positivista* con que cuenta nuestra legislación, es menester analizar a la luz de los fundamentos legales la validez o justificación de tales actos jurídicos, sin adentrarnos –aún- a aquella distinción que realiza la doctrina entre requisitos de existencia y validez.

Es así como, en el área del Derecho Civil, encontramos que, tal como anticipábamos anteriormente, los principios sobre los que erige tal área del Derecho contemplan la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación.

Por consiguiente, a los ojos del legislador, los individuos son libres para poder determinar sus propias relaciones jurídicas sin mediar intervención del legislador, con la única limitación de que tales relaciones no pueden ir contra la Ley, tanto imperativa como prohibitiva, el orden público y las buenas costumbres.

El Principio antes señalado, es incluso extensivo a los medios o instrumentos, toda vez que *“las partes pueden utilizar cualquier instrumento que le permita satisfacer sus necesidades y, en el caso de la contratación electrónica, los instrumentos utilizados son medios de comunicación y/o medios informáticos”*<sup>34</sup>

No obstante lo anterior, en nuestra legislación no sólo encuentra una consagración a nivel de Ley (Código Civil), sino también, a nivel constitucional, ya que la Constitución Política de la República, en su Artículo 19 N° 21 y 23 respectivamente, a saber:

---

<sup>34</sup>CARRASCO BLANC, HUMBERTO, *Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*. Editorial La Ley, Santiago de Chile, p. 92.

*“La Constitución asegura a todas las personas:*

*Nº 21.- El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen*

*Nº 23.- La Libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deben pertenecer a la Nación toda y la Ley lo declare así”*

Ahora bien, al buscar específicamente dentro del Código Civil como cuerpo normativo, encontramos que el legislador, desde un principio, le daba preponderancia a tales preceptos, primordialmente en el Artículo 1545, relativo a la fuerza de Ley de los contratos; En el Artículo 12, que permite la renuncia a los derechos que han sido conferidos, siempre que ésta no esté prohibida y; el Artículo 1560 respecto a la interpretación de los contratos en relación a la primacía de la voluntad de las partes.

El legislador nacional, ya se había remitido anteriormente a la validez de los contratos electrónicos, todo esto en atención a la Ley 19.799 sobre *“Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma”* y, posteriormente, ratificaba aquello con la modificación realizada por la Ley 20.217. En tales cuerpos se les brinda de total validez a los contratos electrónicos, aduciendo incluso que tienen el mismo valor que los otorgados en *“soporte papel”*, en la medida que hayan sido suscritos mediante firma electrónica<sup>35</sup>. Esta Ley, en su Artículo 1º, establece que *“las*

---

<sup>35</sup> Para efectos de la Ley 19.799, se entiende por *“firma electrónica”*, cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico, identificar, al menos formalmente a su autor.

Asimismo, introdujo una distinción en cuanto a la firma electrónica avanzada, en donde se entenderá por aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creado usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule única al mismo y a los datos a los que se refiere,

*actividades reguladas [...] 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.”*. Posteriormente, en su Artículo 3º, señala de manera expresa que:

*“Los actos y contratos otorgados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos(énfasis puesto por mí, no incluido en la Ley) que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la Ley exija que los mismos consten de ese modo y, en todos aquellos casos en que la Ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito.”*

Asimismo, como adelantábamos en líneas anteriores, la Ley 19.496 ya establece que se puede realizar una oferta (acto unilateral que es parte del acto jurídico) a través de medios digitales, ante lo cual, no cabe duda alguna que la contratación en línea es una realidad.

## **II. VALIDEZ Y EXISTENCIA DE LOS “ACTOS JURÍDICOS ELECTRÓNICOS”**

Una vez que ya hemos esgrimido sobre el marco legal vigente de los contratos en línea, será menester para lograr un efectivo entendimiento de la materia en cuestión analizar los requisitos que envuelven a los contratos clásicos, entendiendo por aquellos los que se ajustaban en la mente del legislador a mediados del siglo XIX sumado al desarrollo doctrinario de autores considerados también clásicos en el estudio del Derecho Civil.

Así, es sabido que la doctrina distingue entre los requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos. Bajo esta línea, *“la ausencia de ciertos requisitos determinaría la inexistencia del acto jurídico. Este no nacería a la vida del derecho. Tales requisitos serían las condiciones de existencia del acto jurídico.*

---

permitiendo la detección posterior de cualquier modificación verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.

*La falta de otros requisitos no produciría la inexistencia del acto; éste nacería ante el Derecho, pero, adolecería de un vicio d nulidad. Tales requisitos serían las condiciones de validez del acto jurídico”<sup>36</sup>*

Ante esto, resulta imperioso identificar los factores que incidirán en cada una de las clasificaciones antes aducidas para poder realizar un análisis acabado en relación a los contratos en línea, así, encontramos que, como requisitos de existencia, la doctrina ha entendido la voluntad; el objeto; la causa y; las solemnidades.<sup>37</sup> Mientras que, por el lado de la validez, el Artículo 1445 del Código Civil distingue entre la capacidad de las partes, la voluntad exenta de vicios; el objeto lícito y; la causa lícita.

#### **A. REQUISITOS DE EXISTENCIA**

En relación a la voluntad, nos remitimos a lo ya dicho anteriormente en el Capítulo 2, toda vez que la manifestación de la voluntad a través de medios electrónicos no resulta de manera alguna incompatible.

En relación al objeto, el Artículo 1460 dispone *“toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”*, ante esto, es recomendable inclinarse por las directrices de Planiol que indica que, más que hablar del objeto del contrato, es más preciso referirnos al objeto de la obligación, ya que, a diferencia del Código francés, lo que se pretende realizar difiere de las prestaciones contenidas en la obligación.

---

<sup>36</sup> DUCCI CLARO, CARLOS, *Derecho Civil Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, Santiago de Chile, p. 242.

<sup>37</sup> Pese a que una parte importante de la doctrina nacional ha entendido que la solemnidad no sería un requisito de la existencia, toda vez que no es requisito general y, más aún, es una manifestación más de la voluntad, para efectos de este trabajo, es primordial analizarla para posteriormente vincularla con los contratos solemnes y su estudio.

Es en virtud de lo antes señalado que podemos, para efectos de este trabajo, identificar dos objetos dentro de un mismo acto jurídico o contratación, por un lado, el de la obligación y, por el otro, el contrato.

En relación al objeto de la obligación, nada obsta a que éste sea realizado o, siendo incluso más precios, a que nazca la obligación a través de un medio, pudiendo, eventualmente realizar aquella prestación de manera digital, ya sea en cuanto a una obligación de dar (como podría ser una que vincule dinero, entendiendo que ésta responde a tal obligación por excelencia) o una obligación de hacer en circunstancias que podría involucrar la ejecución de actos virtuales, como la confección de un sitio web.

Al referirnos al objeto del contrato mismo, es menester que éste cumpla con los requisitos generales del objeto, los que, de acuerdo al Artículo 1461 del Código Civil, si el objeto recae sobre una cosa, debe ser:

- **Real:** Esto implica que exista en la naturaleza actualmente o en el futuro. Si sacamos el objeto del medio “digital”, aplicamos las mismas reglas clásicas, asimismo, al versar sobre un medio digital, *“el ordenador o <<computer>> que constituya el bien, cosa u objeto contractual, está compuesto físicamente por diversas unidades o elementos: la parte material o mecánica (hardware) con instrucciones u órdenes lógicas llamadas programas y la parte intelectual (software) o soporte lógico de tales instrucciones y órdenes.”*<sup>38</sup>
- **Comerciable:** Como bien mencionamos anteriormente, la autonomía de la voluntad y los preceptos constitucionales permiten absolutamente este requisito.
- **Determinado o determinable:** Nuevamente es necesario remitirnos a la distinción entre el objeto en cuanto a si versa sobre algo digital o material. En lo tocante a lo material, nos remitimos a Ducci, toda vez que *“debe consistir en*

---

<sup>38</sup>BENITO-BRUTÓN OCHOA, JUAN “Contrato de Arrendamiento sobre Bienes Informáticos” en “Revista Iberoamericana de Derecho Informático”, Instituto Chileno de Derecho y Tecnologías, Volumen 4. p. 402.

*un hecho o una abstención precisa*<sup>39</sup>, *“pero, la prestación, al igual que el objeto cosa, puede no estar determinada de inmediato, pero ser determinable”*<sup>40</sup>. Por ejemplo, el Artículo 1808 inciso 2º del Código Civil permite que la determinación del precio pueda ser realizada por cualquier medio o indicación que lo fijen, incluso, en el 1809, se podría dejar al arbitrio de un tercero.

En materia digital, podría pensarse que, debido a su inmaterialidad, el objeto no estaría determinado, sin embargo, si siguiéramos tal proposición, no tendría tampoco cabida el derecho de propiedad, ante lo cual, la determinación se encuentra en el conjunto de códigos, lenguajes o incluso, su sustento (como sería el caso del dinero).

Así, a falta de una definición legal expresa, es necesario remitirse a la Real Academia de la Lengua española, que, define el software (para estos efectos puede ser aplicado por analogía al objeto digital) como el conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora.

- **Físicamente posible:** En el área digital, las fuerzas de la naturaleza no juegan un papel tan marcado como lo es en el campo material, toda vez que, por ejemplo, diversos programas podrían, para efectos de su desarrollo, alterar la fuerza de la gravedad o la velocidad del sonido, sin embargo, el eje de la discusión no se centraría en esto, toda vez que el desarrollo del software u objeto sobre el cual verse el contrato ha de satisfacer tal requisito.
- **Moralmente posible:** Tanto material como digital, si contraviene el orden público o leyes prohibitivas.
- **Lícito:** Pese a que el Código Civil no define de manera expresa qué se entiende por objeto ilícito y sólo se limita a dar ejemplos, no cabe duda alguna que la contratación en línea no supone en caso alguna una contravención al ordenamiento jurídico, toda vez que, sin importar la teoría adoptada sobre el lugar del perfeccionamiento del contrato, el interviniente que realice el acto jurídico que contravenga el Derecho en territorio nacional,

---

<sup>39</sup>(Ducci Claro, 2005) ob. Cit. P. 291.

<sup>40</sup>Idem.

sufrirá la sanción sobre el acto, en este caso, la inexistencia o nulidad absoluta del mismo.

## **B. REQUISITOS DE VALIDEZ**

Como bien veíamos anteriormente, comprende la voluntad exenta de vicios, el objeto lícito y la causa. Siguiendo la línea anterior, la importancia de esto cobra mayor protagonismo desde una arista probatoria, toda vez que tienen una enorme y estrecha relación con los requisitos de existencia con leves matices, sin embargo, es primordial detenernos en la voluntad exenta de vicios y, por consiguiente, la capacidad.

*“El problema de utilizar medios electrónicos en la contratación, es la calidad del diálogo, imprescindible en la celebración de un contrato. Es cierto que la utilización de estos medios agiliza los trámites contractuales, pero, esta “rapidez”, puede llevar a determinar la formación de la voluntad de una de las partes.”<sup>41</sup>*

Teniendo en cuenta que existe una libre voluntad por parte de los contratantes para utilizar estos medios, por consiguiente, conocen la “desventaja” de esta contratación, ante lo cual, el problema sólo se reduciría a garantizar la identidad de los contratantes por un lado y la seguridad de los datos recibidos por otro.

En la legislación nacional, se ha optado por una concepción negativa de la capacidad, es decir, “*son capaces todos aquellos que la Ley diga lo contrario*”, asimilando en reiteradas ocasiones la capacidad de goce con la capacidad de ejercicio. Por lo tanto, la incapacidad es una piedra angular de toda la discusión de la contratación en línea toda

---

<sup>41</sup>CARRASCOSA LÓPEZ, VALENTÍN; POZO ARRANS, ASUNCIÓN Y; RODRÍGUEZ DE CASTRO, EDUARDO. “*El consentimiento y sus vicios en los contratos perfeccionados a través de medios electrónicos*” en “*Revista Iberoamericana de Derecho Informático*”, Instituto Chileno de Derecho y Tecnologías, Volumen 09, 10 y 11. p. 1022.

vez que el incapaz puede prestar una voluntad viciada, dándole vida a un acto jurídico viciado, pudiendo, no obstante, ser ratificada por su representante legal.

A diferencia de la visión de algunos autores, como la de Eduardo Rodríguez Castro, Asunción Pozo Arrans y Valentín Carrascosa López, la contratación electrónica no se circunscribe casi en su totalidad al ámbito empresarial, toda vez que, así como los contratos son producto de las más diversas relaciones naturales, éstos también se originan de manera similar en medios digitales.

Podemos adelantar y despejar desde ya, respecto a la falta de representación que, la obligación que contrae una persona a través de un contrato sin la representación necesaria, es decir, actuando a nombre de otra sin tener poder para ello, será un acto jurídico perfecto, en donde sólo se obligará la persona que contrajo dicha obligación.

Sin duda alguna, una de las interrogantes evidentes que surgen en la discusión es una situación fáctica en donde incapaces han contraído obligaciones a través de medios digitales, siendo un caso famoso el de Dawn Matthews, madre de Brendan Jordan, quien en el año 2011, compró más de 1.200 libras esterlinas (un valor cercano al millón de pesos chilenos), en donde, como respuesta a tal situación, Microsoft desarrolló una serie de plataformas de supervisión para niños entre las que la empresa norteamericana destacó *“el cierre de actividades en línea para niños registrados de manera automática y, podrán ser reactivadas por los padres en la sección de configuración familiar.”*<sup>4243</sup>

Es importante no confundir las incapacidades con la serie de prohibiciones que establece el Código Civil para contratar, puesto que *“las incapacidades se fundamentan en*

---

<sup>42</sup> Traducción propia.

<sup>43</sup>DAILY MAIL UK. “Boy, 11, racks up £1.000 billion mother’s debit card playing Xbox online” sitio web: Daily Mail UK, entrada el 07 de Febrero de 2011, consultado en Mayo de 2013. URL: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1354490/Boy-11-racks-1-000-mothers-debit-card-playing-XBox-online.html>”



*cuestiones subjetivas, mientras que las prohibiciones obedecen a razones de moralidad.”<sup>44</sup>*, asimismo, las consecuencias son diametralmente diferentes, ya que, mientras que un contrato que es celebrado por un incapaz es anulable, cuando se tiene una prohibición, estamos frente a la inexistencia o nulidad absoluta del acto, careciendo absolutamente de efectos.

En relación al error, en la materia que analizamos, existe una mayor probabilidad de que éste se encuentre, ya sea en la conformación del consentimiento o, posteriormente, en la ejecución de la obligación sobre la que versa el contrato, así, la doctrina ha categorizado los errores como aquel en la formación de la voluntad, que deviene en el vicio del consentimiento y el error en la declaración o error obstativo, que, implica una diferencia entre la voluntad real y la declarada.

Para referirnos al error, sin duda alguna, es requisito esencial referirnos a los elementos que lo confectionan, entre los que se cuentan con que debe *“ser esencial; no imputable al que lo padece; reconocible para la otra parte y; debe existir un nexo causal entre el error sufrido y la celebración del contrato.”<sup>45</sup>*

Si bien, el error no puede ser alegado por quien pudiendo evitarlo con una diligencia normal, lo padece, en materia de contratación digital, amerita ciertos matices, toda vez que el conocimiento técnico no es igualitario en todos los usuarios, en donde, fácilmente podría una parte con mayor preparación o conocimiento ocultar información necesaria con tal de llevar a efecto el contrato. Ante tal situación, nos abanderamos por la postura que hemos adquirido a lo largo de los pasados párrafos, derivándole tal labor a los tribunales de Justicia, toda vez que pasa netamente por un tema probatorio.

---

<sup>44</sup>(Carrascosa Lóez, Pozo Arrans, & Rodríguez de Castro, 2012). Ob cit. P.1025

<sup>45</sup>Idem.

Si bien los errores que se pueden apreciar en la contratación en línea no difieren de los que podrían apreciarse en la contratación “clásica”, hay diferencias que ya pudimos adelantar anteriormente, ya que, por ejemplo, la automatización de los procedimientos, ya sean términos de servicios (TOS) o contratos de adhesión, pueden dificultar la determinación de los factores que inciden en el objeto del contrato, inclusive, los contratos de adhesión responden a una alta proporción de actos celebrados, en donde el usuario promedio se remite sólo a aceptar sin realizar una lectura acabada.

En lo tocante a la fuerza, toda vez que los medios digitales son un medio válido para la manifestación de la voluntad, no habría problema en que la fuerza estuviese presente en alguna manifestación, acorde a la concepción y requisitos clásicos que ha entendido la doctrina, asumiendo también, para efectos de este trabajo, la distinción entre los efectos de la fuerza física como la psicológica.

Un punto importante en este desarrollo recae en el dolo, ya sea por el vasto tratamiento y catalogación con la cuenta, como por la dificultad de poder determinar a priori para efectos de este análisis, sin embargo, no cabe duda alguna que puede ser vinculado con la mala fe y producirá la nulidad del contrato, siempre que sea grave, determinante y no haya sido parte del obrar de ambas partes.

Si el dolo es ocasionado a propósito de un programa digital o a través de una oferta digital por un proveedor, la situación se vería resuelta tanto por lo dispuesto en el Código Civil como por la Ley 19.496, sin embargo, la complejidad aparece en lo tocante al dolo ejercido por un tercero ajeno a la relación contractual, pues, por ejemplo, alguna de las partes podría contar con un técnico en la materia para que manipulase los medios, tanto *ex ante* como *ex post*, en esta situación, pese a que una interpretación restrictiva de nuestro Código Civil indicaría que esta situación no adolecería de dolo por haber sido provocado por un tercero, un entendimiento más amplio vincularía que una de las partes se aprovechó por parte de tal conducta, lo que implicaría la existencia de dolo.

### III. LA CONTRATACIÓN EN LÍNEA PARA CONTRATOS REALES

Para un total entendimiento de los contratos reales y sus implicancias en materia de contratación en línea, no es posible desarrollar un análisis de manera generalizada, tampoco podríamos, en base al tiempo o espacio enfocarnos en los contratos innominados, ante lo cual, sólo nos resta referirnos a grandes rasgos de los contratos nominados que la doctrina ha entendido que son clásicos, es decir, el comodato, el mutuo y el depósito.

Así, en lo tocante al comodato, en base a su definición del Artículo 2174, a saber *“El comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo a restituir la misma especie después de terminado su uso.”*, podemos extraer que uno de los requisitos está en que, por regla general, sólo los bienes no fungibles pueden ser objeto de un comodato. Así, debido a las dificultades que se aprecian en las nuevas tecnologías de la información, sería, al menos de momento, poder configurar un contrato de este tipo en circunstancias que el comodante tenga en su poder la cosa objeto del contrato, ante lo cual, todo acuerdo entre las partes tendiente hacia un contrato de comodato, no tendría efectos, pues no habría entrega de la cosa, limitándose a ser consideradas sólo como tratativas previas.

No obstante lo antes señalado, sí cabría la posibilidad de que se configure un comodato, bajo la circunstancia que la cosa sobre la cual versa el contrato esté en poder del futuro comodatario, como podría ser el paso de un precario a un comodato.

Siguiendo en la línea de los contratos reales, el mutuo, definido en el Artículo 2196 como *“un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”*, podemos sumarnos a lo dicho previamente por el mutuo en cuanto a la absoluta posibilidad de que éste se perfeccione cuando la cosa está en poder del mutuario, sin embargo, existe un matiz en lo que

respecta a la posibilidad de perfeccionar el mutuo en lo que relativo al bien fungible por excelencia, es decir, el dinero, puesto que, en base a la digitalización del dinero y la posibilidad de realizar transferencias electrónicas, nada impediría que se realice un mutuo en tal contexto.

Es en relación al dinero en donde cobra vital importancia la determinación de la Ley N° 18.010, ya que tal contrato se enmarcaría dentro de las operaciones de crédito de dinero, en donde, las sumas de dinero (en moneda nacional) adeudadas devengarán reajustes, asimismo, en aquellos mutuos en los que una parte no sea alguna empresa bancaria, sociedad financiera o cooperativa de ahorro y crédito, podrá convenirse libremente cualquier forma de reajuste.

Finalmente, dentro de la categoría de contratos reales, encontramos el depósito y el secuestro, en donde nos remitiremos a lo dicho anteriormente debido a sus similitudes, sin embargo, en lo relativo al depósito, el Artículo 2213 inc. 2° del Código Civil consagra expresamente la teoría antes propuesta para los contratos reales, es decir, *“podrán también convenir las partes en que una de ellas retenga como depósito lo que estaba en su poder por otra causa”*. La misma posibilidad se apreciaría sobre el secuestro, especialmente el convencional que permite a las partes constituirlo.

#### **IV. DE LOS CONTRATOS CONSENSUALES, ESPECIALMENTE LA COMPRAVENTA**

No cabe duda que todo lo dicho y reproducido con anterioridad, tiene su mayor aplicación en el contrato consensual por excelencia, es decir, la compraventa, el que, como denominamos anteriormente parafraseando a Pothier, la compraventa es uno de los motores del mercado, ante lo cual, resulta imperioso abocarnos a ella por sobre los demás contratos consensuales, evidentemente, sin dejar de lado otros como el arrendamiento.

Es así como la compraventa encuentra su total y absoluta validez en el contexto de la contratación en línea, toda vez que sólo es necesario para su perfeccionamiento el

concierto de voluntades entre ambas partes, en donde, la posterior ejecución de la obligación de dar no es un elemento de la esencia, por lo que las posibilidades del error o dolo que anteriormente mencionábamos no cobran total relevancia por ser intervinientes a posteriori en la relación jurídica.

Pese a que nos hemos referido en extenso a los factores que inciden, es menester recordar que “*“un animus contrahendi” “in ídem placitum consensus” expresado por medios y sobre soportes electrónicos o realizado con ayuda de programas o elaboradores electrónicos, perfeccionará el contrato electrónico, siempre que concurren las condiciones esenciales para la validez de los mismos [...] y respeten las limitaciones y restricciones legales.”*<sup>46</sup>

En España, para fijar el momento del perfeccionamiento del contrato, se ha indicado que, “*la oferta instrumentada electrónicamente, aunque sea “ad incerta, personam” es válida y el contrato se perfeccionará con la sola aceptación, cuyos “factaconcludentia”, serían, siguiendo la teoría civilista de la “recepción” y no la mercantilista de la “emisión”, cuando el oferente reciba el correo electrónico o el signo electrónico en su buzón o dispositivo electrónico, ya que se da un conocimiento efecto potencial, desde ese momento nacería la obligación del ofertante de proceder a la venta y al cumplimiento”*<sup>47</sup>

En este sentido, ya mencionamos que nuestro Código de Comercio se inclina por la teoría de la declaración, lo que viene a confirmar la posibilidad absoluta de perfeccionar la compraventa a través de medios digitales, toda vez que sólo sería necesaria el acuerdo de voluntades. El mismo Código Civil confirma tal precepto en su Artículo 1801 inc. 1º al disponer que “*la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio[...]”*.”

Al respecto, es preciso señalar que, considerando que el consentimiento debe recaer sobre la cosa objeto del contrato, no habrá acuerdo cuando la cosa vendida padezca de error, ya sea sobre la identidad de la cosa específica (situación contemplada en el Artículo 1453) o sobre la sustancia o calidad esencial de la misma (Artículo 1544).

---

<sup>46</sup>BARRUISO RUIZ, CARLOS “*Contratación Electrónica*” en “*Revista Iberoamericana de Derecho Informático*”, Instituto Chileno de Derecho y Tecnologías, Volumen 19. p. 125.

<sup>47</sup>Ídem

Al referirnos a las ventas forzadas, también podríamos encontrar que ésta se lleve a cabo a través de medios digitales, toda vez que el martillero público podría aceptar tal modalidad dentro del procedimiento, en donde, al tenor del Artículo 671 inc. 3° *“en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, el juez inviste la representación legal del deudor”*

A propósito de la compraventa, resulta conveniente referirnos a las solemnidades, toda vez que adquieren una altísima relevancia en virtud del Artículo 1801, en donde no será suficiente que las partes convengan sobre la cosa y el precio, sino también, que cumplan solemnidades para que se repunte perfecto. Así, en las solemnidades, distinguimos entre las legales y las voluntarias, a su vez, dentro de las legales, las ordinarias y especiales.

Las solemnidades legales ordinarias, son aquellas que la Ley exige para cierta clase de bienes, como por ejemplo, los bienes raíces, ante esto, el único obstáculo se encuentra en el Artículo 1701 del Código Civil en relación al Artículo 403 del Código Orgánico de Tribunales respecto a las escrituras públicas, ya que el primero de los artículos mencionados previene que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos que la Ley requiere dicha solemnidad, asimismo, su omisión hará que los actos se miren como no ejecutados o celebrados, mientras que el segundo de ellos, junto al 404, establecen una serie de requisitos que, actualmente, no se condicen con la realidad notarial, sin embargo, de existir voluntad legislativa, podría crearse una plataforma única nacional que permita, por ejemplo, generar un repertorio en línea, sin embargo, al momento de desarrollar esta tesina, no existen proyectos legislativos relacionados al tema.

En esta misma línea, las solemnidades legales especiales reflejan una dificultad similar, por ejemplo, en lo que respecta a las ventas forzadas ante la justicia, podemos encontrar que el consentimiento puede ser desarrollado a través de medios electrónicos, sin embargo, la solemnidad posterior en cuanto al acta que requiere el Artículo 495 del Código de Procedimiento Civil sería posterior al consentimiento, lo que haría mediar un tiempo razonable entre el consentimiento y la solemnidad, situación que podría acarrear el efecto del Artículo 1701, es decir, tenerla por no ejecutada, respecto a las solemnidades que se requieren respecto de la venta de bienes pertenecientes a personas incapaces, considerando que se amerita una autorización judicial, descartamos la posibilidad de que ésta se lleve plenamente a través de medios digitales.

Las solemnidades voluntarias, son aquellas estipuladas por las partes que, básicamente, consistirá en el otorgamiento de escritura pública o privada, cuando la compraventa sea meramente consensual, aquí, nos remitimos a lo dicho anteriormente en caso de querer realizarla por escritura pública, sin embargo, nada impediría realizar un instrumento privado de manera digital, contando con diversos programas y medios para poder realizar aquello. Sin embargo, pese a que las partes estipulen alguna solemnidad que impida que el contrato celebrado en línea se repunte perfecto por el mero consentimiento, las partes podrían retractarse, ya sea porque haya principado la entrega, considerándose una derogación tácita o porque, de común acuerdo, desistan las partes en ellas.

Pese al casi desuso de las arras en la contratación actual, éstas también tendrían cabida en una compraventa celebrada en línea, ya que el dinero es un bien que puede ser transferido sin problema alguna a través de diversas plataformas bancarias o servicios denominados *webpay*, ya sea para dar en garantía de la celebración del contrato o bien como parte del precio en señal de quedar convenidos.

Considerando que el Artículo 1826 inc. 1° del Código Civil establece que *“el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él”* encontramos que la contratación en línea presenta un matiz, toda vez que, salvo la cosa sea un objeto digital, su entrega no puede ser inmediata y no necesariamente estará por defecto prefijada en ella. La experiencia señala que las compraventas celebradas por personas naturales como los proveedores definidos en la Ley del Consumidor, utilizan servicios de terceros para la entrega, ya sean *couriers* o encomiendas.

Asimismo, el derecho a retención que consagra el Artículo 1826 tendría plena aplicación en torno a lo señalado anteriormente, especialmente en lo relativo a que el comprador no haya pagado o no esté dispuesto a pagar el precio.

En lo relativo a la obligación de saneamiento de evicción y vicios redhibitorias, las reglas generales se repiten en lo tocante a la contratación en línea, ante lo cual, no es necesario un mayor abundamiento al respecto. Aquello se hace extensivo a las obligaciones del comprador en cuanto a pagar el precio que, en este caso, puede realizarse de manera digital y a recibir la cosa.

Considerando que la compraventa es el contrato consensual por excelencia, no habría problema en hacer extensivas sus propiedades al resto de contratos consensuales que difieren levemente de ella, como por ejemplo, el arrendamiento, en circunstancias que el tracto sucesivo de la obligación en nada impide que ésta pueda ser perfeccionada a través de medios digitales.



## CAPÍTULO 4: “RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA CONTRATACIÓN EN LÍNEA”

### I. NOCIONES PRELIMINARES

Todos los ordenamientos jurídicos contemplan la Institución de la Responsabilidad para que los intervinientes que interactúan en el marco del Estado de Derecho ajusten sus conductas de manera tal que se evite ocasionar perjuicios a terceros con nuestro accionar, asimismo, no cabe duda alguna que tales preceptos no han sido lineales ni unívocos en toda la historia del Derecho, una clara muestra nacional nos refleja que hasta hace poco, el daño moral no tenía cabida en la responsabilidad contractual.

Revista vital importancia recordar que, al momento de celebrar el contrato, ambos contratantes deben ser diligentes y colaborar para determinar el contenido de la prestación, puesto que, al momento de su ejecución, los intervinientes no sólo estarán obligados a lo que esté expresamente previsto, sino también, a todas aquellas diligencias que nazcan como consecuencia de la naturaleza del contrato derivadas de la buena fe.

En lo que nos interesa, *“el sector de la responsabilidad civil viene experimentando una evolución muy marcada a lo largo de los últimos treinta años, [...], podemos decir que se manifiesta en dos grandes rubros: 1) la diversificación de intereses protegidos y 2) la pluralidad de criterios de imputación asumidos junto al clásico criterio de la culpa, utilizando para ello nociones de muy diverso origen –incluso exorbitando el propio reducto de la responsabilidad civil- en aras de ofrecer tutela jurídica allí donde aparece un daño a reparar.”*<sup>48</sup>

La doctrina francesa ha realizado una distinción en lo que a responsabilidad respecta entre “guardián de la estructura” y “guardián del comportamiento”, lo que, en definitiva, permite considerar al fabricante de un producto (que en materia de contratación en línea

---

<sup>48</sup>BAUZA REILLY, MARCELO “Responsabilidad Civil en Materia Informática” en “Revista Iberoamericana de Derecho Informático”, Instituto Chileno de Derecho y Tecnologías, Volumen 09. p. 321.

no siempre se produce una duplicidad con el comerciante o aquel que tiene interés en ejecutar un acto jurídico en línea) como un sujeto cuya responsabilidad es sólo relativa a lo primero, puesto que la comercialización (o la ejecución del contrato en línea) es la encargada del control del mismo.

En relación a una contratación que pueda ampararse en la Ley 19.496, la relación se fundamenta en la confianza del cliente hacia la publicidad que otorga el comerciante o proveedor, en donde, ésta es controlada en su totalidad<sup>49</sup>, al menos, en el sitio o forma en que se busca ofrecer, es por eso que la defensa se ha centrado en la parte “débil” del potencial conflicto, estableciendo mecanismos de defensa en aras del consumidor.

La Ley antes aludida que, podemos entender nos indica un marco sobre el cual ceñirnos, erró al desconocer los avances del Derecho comparado en la materia, en donde ya se distingue la responsabilidad por *“falta de idoneidad de los productos que, tradicionalmente se llama responsabilidad redhibitoria o por vicios del sistema de responsabilidad por productos defectuosos”*<sup>50</sup>

Aquí, es menester poder señalar que el producto defectuoso *“no es sólo el que tiene una falla que le impide servir para el uso al que se le destina”*<sup>51</sup>, sino, es aquella cosa que ofrece la seguridad necesaria al consumidor para la protección de su vida, salud o su patrimonio, ante lo cual, no es un computador que no funcione, sino, uno que pueda explotar y ocasionar daños en el rostro del usuario. Bajo la misma línea, tampoco encuentra sintonía con el producto peligroso, ya que éste, por sí mismo, presenta riesgos en su

---

<sup>49</sup> Podría darse la eventualidad de que el sitio admita comentarios o *reviews* de usuarios, sin embargo, tal situación no representa la regla general de las tratativas previas, considerando incluso la cantidad de maneras en que se puede realizar la oferta como explicábamos en capítulos anteriores.

<sup>50</sup>CORRAL TALCIANI, HERNÁN *“La Responsabilidad por Incumplimiento y por Productos Peligrosos en la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor”* en *“La protección de los derechos de los consumidores en Chile”*, Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes, p. 96.

<sup>51</sup>Ídem.

utilización, pero, con las debidas advertencias, puede ser manipulado de manera segura, como por ejemplo, sustancias tóxicas o pesticidas.

La discusión en algunos países se ha centrado, inclusive en determinar si la contratación en línea puede ser considerada como una actividad peligrosa debido a los riesgos que origina, sin embargo, a juicio de este trabajo, aquello no será compartido toda vez que en el día a día, realizamos en cada momentos actividades de riesgo, cuya salvedad es ser aceptadas por la sociedad, como por ejemplo, conducir un vehículo, sin embargo, lograr una postura unitaria al respecto resulta imposible toda vez que hay quienes atribuyen que en las relaciones humanas junto a las informáticas podrían operar riesgos adicionales en atención a la automaticidad que propugnan tales actos.

## **II. DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD**

Como hemos anticipado a lo largo de este trabajo, la contratación en línea es una manera eficaz y válida de realizar actos jurídicos, entendiendo por tal que las obligaciones quedarán fijadas para todas las partes y el contrato tendrá efecto de Ley, siempre que se configuren los requisitos de cada acto, ante lo cual, el régimen al cual nos referiríamos, por excelencia, deviene en el régimen de la responsabilidad contractual.

El porqué de tal determinación se encuentra en lo que mencionábamos anteriormente, sumado al Artículo 1545 del Código Civil, en donde se establece que *“todo contrato legalmente celebrado es una Ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, no obstante, no descartamos la posibilidad de incurrir en responsabilidad precontractual en lo relativo a contratos reales o en aquellas situaciones en las que las tratativas originen tal responsabilidad y, pese a que tal régimen responde a un modelo *aequiliano*, no se configuraría, para efectos de la contratación en línea, la responsabilidad extracontractual, deviene en situaciones que escapan de la orbe

de este trabajo, sin embargo, desde ya clarificamos que nada impediría que ésta se configure.

Sin embargo, es menester señalar que, en caso de encontrarse los supuestos de la Ley 19.496 envueltos en una relación contractual en línea, nada obstaría la posibilidad de aplicar, por analogía, la responsabilidad civil objetiva que tal Ley contempla a la situación acaecida, sin embargo, en aras de la longitud del trabajo, la responsabilidad objetiva de tal Ley merece un análisis exhaustivo en un nuevo trabajo.

Así, enfocándonos en el régimen contractual, es menester analizar sus elementos para un acabado entendimiento en la contratación en línea, así, anticipamos desde ya que sus requisitos son: incumplimiento de un contrato; mora; incumplimiento imputable al deudor; existencia de perjuicios y; nexo de causalidad entre los perjuicios y el incumplimiento.

En relación al incumplimiento, la doctrina lo ha entendido como la inobservancia de la prestación debida, situación que, a priori, se aleja de cualquier factor a considerar dentro de la contratación en línea, pues su verificación es ex post, no obstante, podría ser contingente si el objeto de la obligación se centrara en alguna prestación digital, situación que será abordada posteriormente al tratar la responsabilidad civil informática.

Situación similar ocurre en lo tocante a la mora, sin embargo, hacemos una salvedad en lo relativo a la interpelación del acreedor establecida en el Artículo 1551 del Código Civil, toda vez que, si bien ésta deviene de un contratado celebrado a través de medios electrónicos, no será requisito de la misma celebrarla a través de medios informáticos o digitales, pudiendo hacerlo de manera clásica o, incluso, entendiéndose que habrá mora en el plazo estipulado por las partes bajo los términos contractuales (interpelación

contractual expresa), no obstante lo anterior, como bien señalábamos anteriormente, no podría ser realizada a través de medios digitales si fuese una interpelación judicial.

En lo que a la imputabilidad del incumplimiento, nos remitimos a las reglas contempladas en el Artículo 44 del Código Civil en circunstancias que la culpa será verificada, en primer término, a lo que determinen las partes y, si nada dicen, por aplicación de los beneficios del contrato, entendiéndose, por ejemplo, que en una compraventa, por defecto, se responderá de culpa leve.

El daño no reviste complejidad alguna, puesto que se seguirán las reglas clásicas e, incluso, si del contrato se derivase un daño digital, como podría ser la corrupción de archivos o de software, corresponderá al juez, en base al *onus probandi* del Artículo 1698 con las excepciones contempladas en el Artículo 1542 y 1559 N° 2 del Código Civil.

Al igual que en la contratación “clásica”, el nexo causal deberá contar, tanto con el elemento naturalístico como el normativo, en donde se exige una relación directa de ambos factores.

### **III. RESPONSABILIDAD CIVIL INFORMÁTICA**

En vista y consideración que la contratación en línea es un paralelo de la contratación “clásica”, no es necesario una mayor profundización en el tema, todo en aras de ver una situación que sí puede generar una serie de conflictos en sede judicial y también en su interpretación doctrina, es decir, lo relativo a la contratación informática, en donde aparecen bienes inmateriales como el software.

En lo tocante a comercio electrónico, Chile lidera el gasto per cápita a través del comercio electrónico en Latinoamérica<sup>5253</sup>, situación que no escapa a la compraventa de bienes “digitales”, en los que el adquirente no sólo busca que se vea compensando su interés de que tales objetos cumplan las tareas esperadas, sino también, *“espera que éstas sean originales y no se traten de copias ilegalmente obtenidas sobre los que quepan una vindicación de terceros”*<sup>54</sup>

*“En el software no cabe una plena adaptación de las reglas sobre vicios ocultos pues, por su naturaleza de bien inmaterial, no es admisible la calificación de vicio oculto a los fallos, errores o carencias que puedan presentar”*<sup>55</sup>

Siguiendo lo anteriormente descrito, nos inclinamos por optar ante la postura de que estamos frente a una obligación de medios, ya que, al celebrar contratos sobre software o programas digitales, el objeto del contrato son las funciones del mismo y no necesariamente los resultados que dependerán, entre otras cosas, del manejo y desempeño del usuario ulterior. Sin embargo, cuando la falla en el programa incida en el adecuado cumplimiento de las funciones, sí se originaría la obligación secundaria de responder por los daños y perjuicios ocasionados.

Existen situaciones en las que el software se desarrolla con especial atención al hardware, ante lo que se exige compatibilidad e idoneidad, sin embargo, la regla general apunta a que los programas se adquieren para la aplicación en diversos equipos y legislaciones, ante esto último, cada usuario deberá utilizarlo acorde a las reglas de propiedad industrial e intelectual que su respectiva legislación imponga.

---

<sup>52</sup> Chile es el país con el mayor gasto per cápita al año en transacciones a través de Internet en Latinoamérica con US\$181, mientras que en el promedio de la región es de US\$64, según índice ISI,

<sup>53</sup>NÚÑEZ LÓPEZ, PAULA. *“El Comercio Electrónico Crece 30% al año en Chile”* sitio web: Pulso, entrada el 11 de Abril de 2012, consultado en Junio de 2013. URL: <http://www.pulso.cl/noticia/empresa-mercado/empresa/2012/04/11-5239-9-el-comercio-electronico-crece-30-al-ano-en-chile.shtml>

<sup>54</sup>OROZCO PARDO, GUILLERMO. *“Responsabilidad Civil en Materia Informática”* en *“Revista Iberoamericana de Derecho Informático”*, Instituto Chileno de Derecho y Tecnologías, Volumen 20. p. 179.

<sup>55</sup>Ídem.

En base a la activa participación de distintos intervinientes, resulta difícil poder atribuir *a priori* la responsabilidad que recaería, toda vez que los factores a considerar pueden ser variados, sin embargo, si atendemos a los requisitos tratados en el punto anterior, será necesario un perjuicio o daño, situación que podría verse en práctica, por ejemplo, con la intromisión de virus o la corrupción de información o hardware, ante lo cual, como bien adelantamos anteriormente, el fabricante se distingue del comerciante, en donde, tal responsabilidad, primariamente, recae sobre este último.

No obstante haber realizado la salvedad de considerar la implementación del software (que no necesariamente puede derivar de la compraventa) como una obligación de medios y que incluso, algunos autores discuten si éste sería un objeto o un servicio, encontramos que el objeto de la prueba, en caso de responsabilidad, recae sobre la debida diligencia, sin embargo, en caso que el oferente no haya otorgado toda la información necesaria para el buen funcionamiento de la plataforma digital, proponemos una inversión de la carga de la prueba, obligándolo a probar que actuó con la debida diligencia y que tal falencia no le es imputable.

## CAPÍTULO 5: “CONCLUSIONES”

### I. ¿HAY REALMENTE UN PROBLEMA EN LA CONFRONTACIÓN DEL DERECHO CIVIL CHILENO Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN?

Para lograr aclarar si efectivamente existe un problema al momento de confrontar el Derecho Civil chileno con las nuevas tecnologías de la información, es menester tener en cuenta, en primer término, qué podemos entender por problema. Allí, la R.A.E lo define como el “conjunto de hechos o circunstancias que dificultan la consecución de algún fin”.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos evidenciar que la contratación en línea es una práctica que se ha desarrollado progresivamente en el territorio nacional sin mediar provocación alguna por parte del Poder Legislativo y, sólo recientemente se ha necesitado la intervención de Tribunales de Justicia para lograr darle solución a problemas que nuestra legislación está comenzando a conocer, como es el caso que mencionábamos al comienzo de este trabajo<sup>56</sup>.

Una de las prácticas fundamentales que han permitido el desarrollo de estas prácticas, además de la inserción de los medios tecnológicos en nuestras vidas diarias, es la autonomía de la voluntad que el legislador consagró al momento de la redacción del Código Civil, toda vez que -casi- no ha sido necesaria la intervención de un ente estatal para poder brindar de eficacia a tales actos.

Asimismo, como se ha podido observar en todas las líneas que preceden estas conclusiones, hemos apreciado que los factores de la contratación en línea, no son muy

---

<sup>56</sup> Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora María Soledad Melo Labra e integrada por el Ministro Señor Joaquín Billard Acuña y el Abogado Integrante señor Bernardo Lara Berríos, ROL 4870-2010 en Querrela por infracción a la Ley Sobre Protección de los Derechos del Consumidor



distintos de los que se ven involucrados en la “contratación clásica”, salvo mínimas diferencias que, mayormente, apuntan a situaciones digitales cuya comprensión resulta compleja sin parámetros técnicos y claros *a priori*.

## II. ¿SON SUFICIENTES LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PARA LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN?

Los principios, como su nombre lo indica, sólo responden a parámetros iniciales para la determinación o sustento de todo un marco jurídico que se erige en torno a ellos, ante lo cual, pese a que algunos de ellos nos han sido legados desde el Derecho Romano, nada impide que hoy por hoy sean aplicados sin un mayor problema a las relaciones de la actualidad, lo que incluso nos serviría como vaticinio para sustentar que, quizás, en las tecnologías del futuro, éstos también tengan relevancia o utilidad.

Sin embargo, como anticipaba Benito-Brutón, *“las relaciones comerciales en auge y el cambio incesante de las tecnologías informáticas denotan un nuevo escenario jurídico-informático al que deben adaptarse los ordenamientos y regulaciones en general”*<sup>57</sup>

En base a tal tendencia, el legislador nacional no ha querido quedar ajeno, allí su respuesta fue la ya mencionada Ley 19.946 que, lamentablemente, desde un punto de vista crítico-legislativo, sólo vino a afirmar los principios generales y, al mismo tiempo, reafirmar la legislación imperante, introduciendo, como única novedad, un procedimiento de querrela, sin embargo, no se hizo cargo de las distinciones que Hernán Corral Talciani vaticinaba ni tampoco recogió la doctrina que se ha desarrollado intensamente en España especialmente.

---

<sup>57</sup>(BENITO-BRUTÓN OCHOA, 2012). Ob Cit. P. 404

Es cierto que las relaciones que sobrevienen de los contratos en línea no difiere de la ordinaria o clásica, pero, no podemos desconocer que los factores de especialización, especialidad, tecnicismo y demanda requieren de legislaciones contingentes y responsables que permitan conjugar un mercado libre, seguro y que brinde garantías para los consumidores quienes, comúnmente, son los débiles de la relación contractual.

“Los caracteres de los bienes y servicios informáticos en el contrato de arrendamiento (como en cualquiera de los tipos contractuales) hacen que las interpretaciones principales y reglas pensadas en un primer momento para casos o bienes más tangibles (el inmueble es el bien por antonomasia de nuestro Código Civil), no se acomoden o adapten a la realidad del tráfico informático actual.”

Es desde esta arista que diversos agentes ven una regulación específica como una necesidad, ya que, al parecer, una vez más las prácticas cotidianas han avanzado levemente por delante del Derecho y éste, al menos en lo que respecta a nivel nacional, aún no está del todo capacitado para brindarnos respuestas precisas, dejando su libre determinación en Jueces de Policía Local (en materia de querellas por infracción a los derechos del consumidor) o a jueces ordinarias (por acciones que se desprenden de los conceptos generales) sin contar con especialización ni conocimientos afianzadas para poder fallar con arreglo a las Leyes.

Dentro de los parámetros legislativos que se deben trabajar, se encuadran, por ejemplo, los relativos a la información necesaria, en donde, proponemos, asemejando la situación a la española, una solución similar a la que impuso la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo o la “Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil”, en donde se establecieron preceptos mínimos para poder ofertar algún producto a través de medios digitales en la Unión Europea, situación que, a juicio de este escritor, se repetirá a través de Tratados de Libre Comercio entre distintos países

intervinientes siempre en aras de brindarle resguardo a los agentes que estén dispuestos a contratar.

Por otro lado, pese a la dificultad *a priori* que podría presentar, sería esencial contar con una definición legal de los preceptos que intervienen en la contratación en línea, así como logró realizarlo la Ley 19.799 logrando una definición precisa de elementos que intervienen en la contratación en línea, sólo de esa manera podremos sobrepasar los principios y lograr una especialidad en la materia. Lo anterior, incidiría incluso en las relaciones que tienen los particulares con órganos del Estado toda vez que, por ejemplo, el mismo Registro Civil ya cuenta con emisión electrónica de certificados, en donde acepta el webpay o pago en línea.

*“Si apreciamos el principio romano <<ubi homo ibi societas, ubi societas ibi ius<sup>58</sup>>>, tenemos que dentro del contexto social, ha aparecido un fenómeno impensable, tan sólo hace unos diez años, se trata de la irrupción de la informática dentro del mundo moderno y su omnipresencia en todos y cada uno de los diversos aspectos de la vida cotidiana. Es evidente que dicho fenómeno social requiera una regulación jurídica, dado que su aplicación indiscriminada provoca la colisión con los derechos de los particulares y con los propios bienes jurídicos considerados fundamentales por la sociedad misma”<sup>59</sup>*

Finalmente, no cabe duda que los mercados apuntan hacia los medios electrónicos y, como tal, el Derecho no puede ser un fantasma en aquella realidad, teniendo en cuenta que no tan sólo tiene como misión corregir situaciones que generen problemas, sino también, poder evitarlos y, es en esta última faceta en donde los medios electrónicos más solicitan su ayuda.

---

<sup>58</sup> “Donde hay sociedad, hay Derecho, donde hay Derecho, hay sociedad.”

<sup>59</sup> GUERRA BAILIC, JAIME TOMÁS. “La Conclusión de Contratos por Medios Informáticos” en “Revista Iberoamericana de Derecho Informático”, Instituto Chileno de Derecho y Tecnologías, Volumen 08. p. 63.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACCORSI, Á. P. (2002). *Contratación Comercial Moderna*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALBALADEJO, M. (1994). *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. La Obligación y el Contrato en General* (Décima Edición ed., Vol. 1). (J. M. Bosch, Ed.) Barcelona: Colex.
- ALBALADEJO, M. (2001). *Derecho Civil: Introducción y Parte General* (Decimoquinta ed.). (J. M. Bosch, Ed.) Barcelona: Editorial Colex.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. (2010). *De los Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., & VODANOVIC, A. (2011). *Tratado de Derecho Civil* (7<sup>o</sup> Edición reimpresa ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALPA, G. (1987). *Responsabilità extracontrattuale ed elaboratore elettronico* (Vol. 7). Milan: Diritto dell'informatica.
- ALTAMARK, D. R. (1987). *La Etapa Precontractual en los Contratos Informáticos, Informática y Derecho, aportes de Doctrina Internacional*. (Vol. I). Buenos Aires: Editorial Depalma.
- ÁLVAREZ RICO, M. (1998). Informática y Derecho en España. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, 1033-1044.
- ÁLVAREZ, P. (6 de Mayo de 1997). Comprar en la era de Internet. *Suplemento de Informática*, 6 y 7.
- BARRIUSO RUIZ, C. (1998). *La Contratación Electrónica*. Madrid: Editorial Dykinson.
- BARRIUSO RUIZ, C. (1998). Contratación Electrónica. *Revista Informática y Derecho*, 125-141.
- BAUZA REILLY, M. (1996). Responsabilidad Civil en Materia Informática. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, 321-342.
- BENITO-BRUTÓN OCHOA, J. (2012). Contrato de Arrendamiento sobre Bienes Informáticos. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, 400-420.

- BERGEL, S. D. (1998). Notas sobre la Contratación Informática. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*(N° 3).
- BOLÁS ALFONSO, J. (1999). Seguridad en la Contratación por Internet: Firma Electrónica y Fe pública. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, 89-106.
- CARRASCO BLANC, H. (2000). *Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*. Santiago de Chile: Editorial La Ley.
- CARRASCO BLANC, H. R. (2000). *Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*. Santiago: La Ley.
- CARRASCOSA LÓEZ, V., POZO ARRANS, A., & RODRÍGUEZ DE CASTRO, E. (2012). El Consentimiento y sus vicios en los Contratos Perfeccionados a Través de Medios Electrónicos. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, 1022-1053.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V. P. (1999). *La Contratación Informática: El Nuevo Horizonte Contractual* (2 ed.). Granada, España: Editorial Comares.
- CARRASCOSA, V. (2000). *Contratación Informática*. Madrid: EDICIP.
- CLEMENTE MEORO, M. (2000). Algunas Consideraciones sobre la Contratación Electrónica. *Revista de Derecho Patrimonial*.
- CORRAL TALCIANI, H. (2006). La Responsabilidad por Incumplimiento y por Productos Peligrosos en la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor. *La protección de los derechos de los consumidores en Chile*, 95-110.
- CRESPO PARRA, G. (2002). Comercio Electrónico. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, 169-176.
- CUENA BOY, A. (2002). Internet: Perspectivas de futuro. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, 177-186.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2002). *Derecho Privado en Internet*. Madrid: Editorial Civitas.
- DIEZ, D. R. (1988). *La Compraventa en el Código Civil Chileno*. Santiago: Imprenta Orozco.
- DUCCI CLARO, C. (2005). *Derecho Civil Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Europa: Síntesis de la Legislación de la UE.* (s.f.). Recuperado el 22 de 11 de 2012, de [http://europa.eu/legislation\\_summaries/information\\_society/other\\_policies/124204\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/other_policies/124204_es.htm)
- FALCÓN, E. (1992). *¿Qué es la informática jurídica?* Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- FERNANDEZ, A. (2002). Relaciones Comerciales en Internet: Aproximación a las nuevas relaciones surgidas como consecuencia del e-commerce. (F. Fueyo, Ed.) *Derecho y Tecnologías de la Información*, 117-148.
- FERNÁNDEZ, R. (2001). *Contratación Electrónica; La Presentación del Consentimiento en Internet.* Barcelona: Editorial Bosch.
- FERRARI, F. (1992). La Formación del Contrato. *Atlante de Diritto Privato Comparato*, 143.
- FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI. (2002). *Derecho y Tecnologías de la Información.* Santiago de Chile: Editorial Alfabeta Artes Gráficas.
- Guerra Bailic, J. T. (1998). La Conclusión de Contratos por Medios Informáticos. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, 60-75.
- GUISADO MORENO, A. (2004). *Formación y Perfeccionamiento del Contrato en Internet.* Madrid: Editorial Marcial Pons.
- HANCE, O. (1996). *Leyes y Negocios en Internet.* Ciudad de México: Editorial MC Graw-Hill.
- HERRERA BRAVO, R., & NÚÑEZ ROMERO, A. (1999). *Derecho Informático.* Santiago: Ediciones Jurídicas La Ley.
- HURTADO AVELINO, L. (1990). *La Voluntad y Capacidad en los Actos Jurídicos.* Santiago: Editorial Jurídica.
- INFORMÁTICA Y DERECHO. (s.f.). Obtenido de <http://www.informaticayderecho.org/index.html>
- JIJENA LEIVA, R. (2002). *Comercio Electrónico, Firma Digital y Derecho. Análisis de la Ley N° 19.799.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- JIJENA LEIVA, R. (2005). *Comercio Electrónico, Firma Digital y Derecho* (Segunda Edición Actualizada ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MARTÍN BERNAL, J. (2001). Internet y Virtualización del Derecho en General y del Derecho Civil en Particular. *Actualidad Civil*, 449.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E. (2000). *La Formación del Contrato a Través de la Oferta y la Aceptación*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- MESSINEO, F. (1986). *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires: Editorial Jurídica Europa-América.
- NÚÑEZ LÓPEZ, P. (11 de 04 de 2012). *Pulso*. Obtenido de <http://www.pulso.cl/noticia/empresa-mercado/empresa/2012/04/11-5239-9-el-comercio-electronico-crece-30-al-ano-en-chile.shtml>
- OROZCO PARDO, G. (1996). La Teoría General de la Responsabilidad Civil aplicada al Campo de la Informática como Actividad de Riesgo. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, 343-406.
- OROZCO PARDO, G. (1998). Responsabilidad Civil en Materia Informática. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, 143-198.
- ORTIZ, R. I. (2001). *Derecho de la Contratación Electrónica*. Madrid: Civitas Ediciones.
- PEGUERA POCH, M. (2005). *Derecho y Nuevas Tecnologías*. Barcelona: Editorial UOC.
- PINOCHET OLAVE, R. (2007). *Derecho Civil y Nuevas Tecnologías*. Santiago: Legal Publishing.
- PINOCHET OLAVE, R. (2007). *Derecho Civil y Nuevas Tecnologías: La Formación del Consentimiento Electrónico* (2 ed.). Santiago: Editorial LexisNexus.
- PUELMA ACCORSI, Á. (2002). *Contratación Comercial Moderna*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RECALDE CASTELLS, A. (1999). Comercio y Contratación Electrónica. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, 39-88.

- RIBAS ALEJANDRO, J. (2003). *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- ROSSETT, A. (2000). *La Regulación Legislativa del Comercio Electrónico: Una Perspectiva Americana* (Rafael Illescas Ortiz ed.). Madrid: Editorial La Ley.
- SANDOVAL LÓPEZ, R. (2003). *Derecho del Comercio Electrónico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- UK, D. M. (07 de 02 de 2011). *Daily Mail UK*. Obtenido de <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1354490/Boy-11-racks-1-000-mothers-debit-card-playing-XBox-online.html>
- VIAL DEL RIO, V. (2007). *Teoría General del Acto Jurídico* (Quinta Edición Actualizada y Aumentada ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ZENO-ZENCOVIC, V. (2000). *La Protección del Consumidor en el Comercio Electrónico*. Madrid: La Ley.