

SCRIPT-ed

Volume 2, Issue 3, September 2005

**LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN EN
PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS: UNA MIRADA AL
CASO CHILENO
(Electronic Contracts of Adhesion: A Look at the
Chilean Case)**

*Iñigo de la Maza Gazmuri**

Abstract

The article takes a look at contracts of adhesion from the perspective of Chilean legislation. While this is important from a comparative law perspective, the article has relevance outside of Chile as the legislation in other Latin American countries is similar in this area.

DOI: 10.2966/scrip.020305.283

© Iñigo de la Maza Gazmuri 2005. This work is licensed through [SCRIPT-ed Open Licence \(SOL\)](#).

* Profesor investigador Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

1. Unicornios, Rinocerontes y la ley del caballo

En uno de sus últimos libros, Umberto Eco¹ relata como toda la tradición medieval convenció a Europa de la existencia del unicornio, un animal que asemejaba un delicado y gentil caballo blanco con un cuerno sobre su hocico. Como encontrar unicornios en Europa no resultaba sencillo, la tradición decidió que estos animales debían habitar en países exóticos. Marco Polo, como habitante de la Europa medieval también se empapó de esta tradición, así cuando viajó a China estaba preparado para encontrar unicornios y, de hecho, durante su viaje los buscó afanosamente. Nos cuenta Eco que el encuentro se produjo mientras el viajero volvía a casa, en la isla de Java. Siendo Marco Polo un cronista honesto no pudo dejar de advertir que estos unicornios presentaban algunas diferencias con aquellos que anunciaba la tradición europea. De acuerdo a la relación de Eco:

*ellos no eran blancos sino negros. Su piel asemejaba a la de los búfalos y sus abdómenes eran tan abultados como los de los elefantes. Sus cuernos no eran blancos sino negros, sus lenguas eran erizadas y sus cabezas asemejaban a las de los jabalís salvajes.*²

Durante una conferencia en la Universidad de Chicago sobre “La ley del ciberespacio”³ ante un auditorio abarrotado de devotos de la “ley del ciberespacio” –relata esta vez el profesor Lawrence Lessig⁴– el juez Frank Easterbrook señaló a la asamblea que la ley del ciberespacio no era más que la “Ley del caballo.”⁵ Lo que el juez Easterbrook quería dejar en claro a través de esta comparación era el hecho que:

el esfuerzo de hablar como si existiera algo como esta ley (la del ciberespacio) confundiría las cosas en vez de clarificarlas; y que los académicos del derecho (“diletantes”) deberían dejar a los jueces, abogados y técnicos los problemas cotidianos que estos teléfonos potenciados (souped-up telephone) presentarían. “Váyanse a casa” –concluye Lessig– era la bienvenida del juez Easterbrook.

¹ *Serendipities. Language and Lunacy*. Orion Books. Londres: 1998

² Eco (n. 1) p. 72

³ Entre las múltiples definiciones que existen de ciberespacio dos merecen mención. La primera pertenece al escritor William Gibson quien lo define como una “alucinación colectiva.” La segunda lo describe como “un entorno creado para la comunicación y otras actividades a través de computadoras” (ambas citadas en Schwartz, Paul, *Privacy and Democracy in Cyberspace*, 1609-1617. <http://www.wcbcourses.com/wcb/schools/LEXIS/law08/pschwartz/3/files/VAND-SCHWARTZ.PDF>. Visitado 15/07/2004)

⁴ *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*. <http://cyberlaw.stanford.edu/lessig/content/index.html>. p. 501. Visitado 10/07/2001

⁵ La expresión “Ley del caballo” proviene originalmente de Karl LLEWELLYN quien comparó el *U.C.C* (*Uniform Commercial Code*) con las “reglas de transacciones idiosincrásicas entre amateurs” sugiriendo que el estudio del Derecho debe tratar únicamente la cuestiones transversales a la disciplina que arrojan luz sobre todo el fenómeno jurídico (ver n. 4)

1.1 El problema

En las páginas que siguen me interesa examinar la situación de los contratos por adhesión en plataformas electrónicas en el caso chileno. Al respecto sugeriré que los contratos por adhesión –los unicornios de Eco para estos efectos- presentan ventajas y riesgos que, en el mundo del papel han determinado que el legislador haya puesto especial atención sobre ellos. Las relaciones que en el mundo del papel se regulan a través de contratos por adhesión también se presentan en las plataformas electrónicas. Una primera tentación consiste en sostener que las características de las plataformas electrónicas disuelven algunos de los problemas que aconsejan la intervención del legislador en este tipo de negocios. La práctica –según intento mostrar a través de la remisión a un estudio empírico muestra lo contrario. Los contratos por adhesión en plataformas electrónicas introducen nuevos problemas –se trataría de los rinocerontes de Eco- para las cuales la regulación de los contratos electrónicos no siempre resulta adecuada. De allí entonces que tenga sentido que los juristas pongan atención –como ha sucedido en el derecho comparado y en el nacional- sobre esta forma de contratación cuando tiene lugar en plataformas electrónicas y de allí que el juez Easterbrook se equivoque cuando sugiere que los académicos del derecho no deberían prestar atención a estos problemas. Es sobre esto último que pongo atención a las recientes modificaciones que ha experimentado la ley del consumidor chilena con el objeto de hacerse cargo de los contratos electrónicos.

2. Contratos por adhesión

Sobre los contratos por adhesión existe, en general, consenso en torno a dos cosas. La primera de ellas es que poseen ventajas, la segunda es que son riesgosos⁶. Esto ha llevado en el derecho comparado de una parte a conceder validez a esta forma de contratación y, de otra, a establecer limitaciones que aligeren las posibilidades de que los proveedores abusen de los consumidores. Sobre todo esto me detengo, aunque brevemente, a continuación.

2.1. Ventajas

Una rápida mirada a las ventajas permite diferenciar aquellas que es posible advertir en las relaciones del proveedor con su consumidor de aquellas que se presentan cuando se examina el funcionamiento interno del proveedor. El uso de contratos por adhesión a condiciones generales permite dos cosas. La primera –respecto de la relación entre proveedores y consumidores- es disminuir los costos de negociación del contenido prescriptivo del contrato⁷. La segunda ventaja es que los contratos por

⁶ Ver, por ejemplo: Ballesteros, José. A. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. J.M. Bosch Editor. Barcelona: 1999; de Castro y Bravo, Federico., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas S.A. Madrid: 1985; Kessler, Frederick. “Contracts of Adhesion –Some Thoughts About Freedom of Contract”, 43 *Colum. L.Rev.* 629 (1943); Rakoff, T. “Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction”. 96 *Harv. L. Rev.* 1173; Slawson, David, *Binding Promises The Late 20th-Century Reformation of Contract Law*. Ebook; García Amigo, Manuel. *Condiciones generales de los contratos*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid: 1969; Rezzónico, J. *Contratos con cláusulas predisuestas*. Editorial Astrea. Buenos Aires: 1987, y de la Maza Gazmuri, Iñigo: “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”. En *Revista Chilena de Derecho Privado* Fernando Fueyo Laneri. N° 1, 2003.

⁷ La disminución de los costos de negociación es posible porque las partes no se encuentran en la necesidad de negociar los términos del acuerdo, estos han sido determinados por una sola de ellas.

adhesión pueden operar como mecanismos de promoción de eficiencia al interior de la empresa. Según ha sugerido Rakoff, los contratos por adhesión permiten aligerar los costos de administración y promover la eficiencia en el uso de factores de producción al interior de estructuras organizacionales complejas⁸.

2.2. Riesgos

El principal riesgo de los contratos por adhesión es la incorporación de cláusulas abusivas, esto es aquellas que establecen desequilibrios significativos en perjuicio de la parte que no redactó el contrato⁹. Como he sugerido en otra parte, el riesgo de la incorporación de cláusulas abusivas no se relaciona con la posición monopólica del proveedor, sino más bien con las asimetrías informativas que suelen caracterizar este tipo de negocios¹⁰. Las asimetrías repercuten sobre los consumidores, quienes, en la mayoría de los casos no son capaces de evaluar el contenido del contrato y sobre los proveedores quienes porque el mercado es competitivo y porque otros proveedores incorporan cláusulas abusivas poseen fuertes incentivos para hacer lo mismo. Si eso

⁸ Una extensa cita de RAKOFF contribuirá a explicar esto:

la estandarización de los términos y de las formas que los contienen facilita la coordinación entre departamentos. El costo del entendimiento de comunicaciones especiales sube rápidamente cuando un departamento hace las ventas, otro envía los productos, un tercer departamento administra los cobros, y un cuarto los reclamos. Los términos estándares hacen posible procesar las transacciones como un asunto rutinario. Los contratos por adhesión, con espacios blancos estándares hacen posible llevar a cabo rápidamente cualquier transacción que se haya visto obstaculizada por la necesidad de incorporar algunos términos particulares. Segundo, la estandarización hace posible el uso de costosos talentos administrativos y legales. Los contratos por adhesión facilitan la difusión de las decisiones administrativas subyacentes respecto a los riesgos que la empresa esta preparada para soportar, o hacer completamente innecesaria la necesidad de explicar estos asuntos a los subordinados. Tercero, el uso de contratos por adhesión sirve como un mecanismo de control automático de las consecuencias de los actos del personal excesivamente voluntarioso (*wayward*). La presión por producir puede tentar a los vendedores a realizar negocios en condiciones que la empresa no desea suscribir; el uso de contratos por adhesión que fijan los términos del negocio torna superflua mucha de la necesidad de realizar este control interno y evita los costos de las medidas disciplinarias derivadas de él.

No menos importante, los contratos por adhesión ayudan a solidificar la estructura de poder interno de la empresa. En las organizaciones privadas, como en las burocracias públicas, la discreción es poder –y esto es cierto tanto en la base como en la cima de la estructura jerárquica. En la medida que se les confiere mayor discrecionalidad a los subordinados su disciplina se torna más dificultosa toda vez que los estándares de conducta (*performance*) se vuelven menos claros. Desde el punto de vista de una organización que desea mantener la jerarquía interna, el modelo más deseable de vendedor es uno que sea casi perfectamente intercambiable: que venda productos estándares a un precio estándar bajo condiciones estándares. Cuando el precio es negociable, en cierta forma el *status* del empleado mejora. Si todos los términos fueran negociables, se requeriría un grado de entrenamiento y habilidad mucho mayor –y, consecuentemente el *status* y las remuneraciones aumentarían. En cambio, la rutinización de las transacciones realizadas a través de contratos por adhesión reserva la discrecionalidad para aquellas posiciones que se encuentran en los sectores más elevados de la escala jerárquica de la empresa (n.) pp 1222-1224.

⁹ Para una mirada más detenida sobre la caracterización de las cláusulas abusivas puede verse DE LA MAZA GAZMURI: “El control de las cláusulas abusivas y la letra g”). En Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri N° 3, Diciembre 2004, pp. 35-68.

¹⁰ ver DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo: “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado? En Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri N° 1, Diciembre 2003, pp. 109-148

es correcto, el problema no es únicamente generar mercados competitivos –en presencia de asimetrías informativas el problema podría ser precisamente el carácter competitivo de los mercados- sino proteger a los consumidores de su incapacidad de comprender el contenido prescriptivo de este tipo de contratos. Esto explica que, en general, las respuestas legislativas contengan severas limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes en el sentido que permiten al juez dejar sin efecto cláusulas que, al menos formalmente, habían sido convenidas por las partes.

2.3. Respuestas legislativas

La respuesta de los ordenamientos jurídicos frente al fenómeno de los contratos por adhesión se hace, en general, cargo de sus ventajas y de sus riesgos. Respecto de las ventajas se trata de una forma de contratación ampliamente reconocida por los ordenamientos jurídicos tanto del mundo continental como del *common law*, pero a la vez –especialmente en el mundo continental- severamente restringida ya sea en los códigos civiles o bien en leyes especiales de protección al consumidor¹¹. En general el control de contenido de los contratos por adhesión se realiza utilizando –separada o conjuntamente-dos técnicas diversas: listas negras de cláusulas abusivas y cláusulas abiertas. En el caso de las listas negras simplemente se priva de efectos a ciertas cláusulas identificadas en un catálogo e incorporadas en un contrato por adhesión. En el caso de las cláusulas abiertas se da discreción al juez para que prive de efectos a cláusulas que contra las exigencias de la buena fe generen en desmedro del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que surgen del contrato para las partes¹²

Aceptando que estas limitaciones son deseables en el mundo del papel y que su justificación se encuentra en la presencia de asimetrías informativas, lo que interesa ahora es explorar si las condiciones que justifican la imposición de limitaciones en el mundo del papel se mantienen en entornos electrónicos.

3. La atmósfera contractual en el ciberespacio

Según Hillman y Rachlinski¹³ existen, hasta el momento, ciertas diferencias entre el entorno contractual en el mundo del papel y en el mundo electrónico. Estas pueden agruparse según refieran a los consumidores, a los proveedores y al acceso a la información.

Los consumidores.- En el caso de los primeros, pareciera ser que aquellos consumidores que utilizan Internet son más jóvenes, más ricos y mejor educados que sus pares en el mundo del papel.¹⁴ En el caso chileno existe alguna evidencia que permitiría sostener una afirmación semejante. Un estudio realizado por la Universidad

¹¹ Ver, por ejemplo, la Ley para la regulación de del derecho de las condiciones generales del contrato alemana (*AGBGesetz*) y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE núm. L 095 de 21-4-1993 p. 29-34)

¹² Ver DE LA MAZA GAZMURI (n. 10)

¹³HILLMAN, Robert y RACHLINSKI, Jeffrey: *Standard-Form Contracting in the Electronic Age*. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID287819_code011024510.pdf?abstractid=287819.
Ultima visita 03/04/2005.

¹⁴ HILLMAN y RACHLINSKI (n. 13) p. 40

de Chile durante 1999 mostraba que un 75,5% de los usuarios de Internet en Chile tenían menos de 35 años, de los mayores de 18 años un 64,5% eran hombres, prácticamente un 70% de los usuarios mayores de 18 años tenía acceso a un buen nivel educacional y menos de un tercio de los usuarios mayores de 18 años poseían ingresos familiares inferiores a quinientos mil pesos.¹⁵ Las estimaciones de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS) correspondientes al año 2001 resultan consistentes con las anteriores, aunque advierten una relativa democratización a partir del año 1999.¹⁶

Los proveedores.- Según el Informe sobre comercio electrónico y desarrollo 2001 de las Naciones Unidas la actuación de los proveedores de bienes y servicios a través de la Red se caracterizó por una serie de asunciones erróneas respecto al entorno comercial electrónico.¹⁷ Se trataría, por lo general, de compañías con escasa experiencia en el comercio electrónico y eventualmente, en cualquier entorno comercial, deseosas de conseguir una porción del mercado electrónico y, por lo mismo, más cuidadosos de su reputación que sus pares del mundo del papel.¹⁸ En el caso chileno –y atendiendo al informe de la CCS- es posible advertir similitudes con los hallazgos del informe de Naciones Unidas. Así, por ejemplo, la oferta de bienes y servicios a través de Internet también se caracterizó por la gratuidad¹⁹ y, atendidas las causas que determinaron el cierre de 51 sitios de comercio a marzo del 2001 sugeridas por la CCS, la falta de experiencia.²⁰ No obstante lo anterior, resulta relevante advertir que todo parece indicar que el actual escenario de los proveedores electrónicos ha sufrido transformaciones en su composición, así, la incorporación de empresas tradicionales, aunque tardía, ha superado a la de proyectos enfocados únicamente a plataformas tradicionales.²¹

¹⁵Ver *Demografía y comportamiento de los usuarios chilenos en Internet*. Universidad de Chile. Disponible en <http://www.facea.uchile.cl/uca/estudios/1999/usuarios/texto2.htm>. Visitado 03/04/2000.

¹⁶ Según las estimaciones de la CCS, los usuarios de Internet chilenos se concentrarían básicamente en el décimo decil de mayores ingresos, al que pertenecen el 29% de todos los usuarios a fines del 2000. El 17% de la ciberpoblación chilena tenía menos de 16 años, entre 12 y 18 el 28%, el 24% entre 19 y 29 años, el 19% entre 30 y 44, y el resto (12%) tenía menos de 45. Ver *La economía digital en Chile 2002*. (n. 15) pp. 37-38

¹⁷ Entre ellas, la idea de que los beneficios podían esperar indefinidamente y que lo único relevante resultaba ser la cuota de mercado, la creencia de que el primero en llegar se llevaba todas las ventajas, que en Internet el tamaño de la empresa no importaba o que en Internet todo debía ser gratuito pues bastaba la publicidad para financiar los sitios. Ver Naciones Unidas: Informe sobre comercio electrónico y desarrollo 2001. Tendencia y resumen ejecutivo. Disponible en http://r0.unctad.org/ecommerce/docs/edr01_en.htm.

¹⁸ Sobre las razones de esto puede consultarse FRIEDMAN, David: *Contracts in Cyberspace*. Berkeley Olin Program in Law & Economics, Working Paper Series (University of California, Berkeley). Disponible en http://repositories.cdlib.org/cgi/viewpdf.cgi?article=1019&context=blewp&preview_mode=. Visitado 26/12/02

¹⁹ Ver *La Economía digital en Chile*. (n. 15). p. 60.

²⁰ Según el informe de la CCS correspondiente al año 2001, existieron varias características comunes a estos cierres, entre ellas: los sitios no hicieron publicidad, la experiencia de compras que ofrecía era defectuosa, carecían de convenios de distribución con empresas de transporte, etc. Ver Cámara de Comercio de Santiago: *Economía digital 2001*. Abril 2001, p. 119.

²¹ Ver (n. 20) p. 112

El acceso a la información.- Probablemente una de las características más relevantes de las redes electrónicas sea la simplificación del tratamiento de la información y la reducción de sus costos.²² Esta característica de la Red que suele mortificar a quienes se preocupan de la protección de la privacidad en plataformas electrónicas constituye, sin embargo, una poderosa defensa de los consumidores frente a las asimetrías informativas que suelen determinar la existencia de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. En el mundo del papel la comparación de cláusulas en los contratos por adhesión es costosa, poco confortable y demanda una gran cantidad de tiempo. Las plataformas electrónicas presentan algunas ventajas. Lo anterior por varias razones, en primer lugar resulta más sencillo examinar los términos del contrato frente a la pantalla que frente a un vendedor que insiste acerca de la firma y no nos permite guardar un ejemplar del contrato para luego revisarlo. En segundo lugar, la disponibilidad de una multiplicidad de contratos en línea permite comparar – si es que así lo desease el consumidor- a bajo costo las diferentes condiciones en que se ofrecen bienes o servicios competitivos eligiendo optando por aquellos proveedores que ofrezcan las mejores condiciones. En tercer lugar, la difusión de información acerca de las experiencias de los consumidores respecto de aquellos proveedores que utilizan cláusulas abusivas resulta más sencilla y menos costosa. Ejemplos de esto último son los boletines o publicaciones cuyo objetivo es informar en forma gratuita acerca de un determinado proveedor o bien categorizar a los distintos proveedores según la calidad de sus servicios.²³

Un entorno contractual caracterizado por consumidores más precavidos, proveedores más temerosos de su prestigio e información accesible a menor costo parece constituir una réplica más o menos cercana de un mercado perfecto en el cual las cláusulas abusivas simplemente debiesen desaparecer.²⁴

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

²² En este sentido CASTELLS ha señalado que:

a diferencia de cualquier otra revolución, el *núcleo* de la transformación que estamos experimentando en la revolución [la revolución de la tecnología de la información] remite a *las tecnologías del procesamiento de la información y de la comunicación* (CASTELLS, Manuel: *La era de la información. La sociedad red* (Vol. I). Siglo XXI editores. México: 1999, p. 57 (itálicas en el original, citación interna omitida)

Luego añade:

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

²³ En el caso chileno, puede consultarse, por ejemplo, meenonje.com, un sitio enfocado a las denuncias de particulares contra empresas, con el objetivo de “ayudar a las Empresas y sus Clientes a mejorar el proceso de calidad de servicio y el entendimiento mutuo en un mundo cada vez más complejo.” En el sitio existe un cuadro que rankea a algunas empresas chilenas según el tratamiento que dan a los reclamos de los clientes. Al 18 de noviembre de 2002, la empresa meenonje.com había recibido 22.857 reclamos, 185 de ellos en los últimos siete días (www.meenonje.com visitado 19/11/2002).

²⁴ Ver, por ejemplo, SCHWARTZ, Alan & WILDE, Louis: “Imperfect Information in Markets for Contracts Terms: The Examples of Warranties and Security Interests”. 69 VA. L. REV. 1387. 1414-15; PRIEST, George: “A Theory of the Consumer Product Warranty”. 90 YALE L.J. 1297. 1347

proliferación de contratos por adhesión en el ciberespacio debería constituir una causa de preocupación.

4. ¿Se protegen solos los consumidores en las plataformas electrónicas?: Noticias de una investigación empírica

Entre septiembre de 2002 y marzo de 2003, junto a otro profesor de derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales realizamos un estudio empírico sobre contratos por adhesión ofrecidos en plataformas electrónicas²⁵. La idea de este estudio era examinar bajo qué condiciones se ofrecían los contratos por adhesión en plataformas electrónicas. Con este objetivo nos interesó examinar dos cosas, la primera de ella era la forma de estos contratos, la segunda su contenido. Con respecto a la forma nuestros principales hallazgos fueron los siguientes:

- La gran mayoría de los contratos examinados corresponden a contratos *browse*,²⁶ esto es que vinculan al consumidor a un conjunto de términos y condiciones por el solo hecho de visitar la página. La vinculación contractual únicamente resulta evidente para el usuario una vez que visita los “términos y condiciones” que regulan la prestación del servicio.
- Por regla general la existencia de un contrato *browse* que regula las prestaciones ofrecidas por el sitio web se pone en conocimiento del consumidor a través de un aviso. Este aviso constituye un hipervínculo que conduce al consumidor a otra página en la que se encuentra el contenido prescriptivo del contrato.
- El aviso no suele ser visible al momento de acceder a la primera página del sitio web²⁷
- En la muestra de contratos *browse* examinada un número relevante de ellos posee avisos cuyo tamaño de fuente resulta inferior al que, en general se utiliza en el resto del texto.²⁸

²⁵ Ver DE LA MAZA GAZMURI y CRUZ CRUZ, Sergio: Contratos por adhesión y plataformas electrónicas. Disponible en <http://www.alfa-redi.org/upload/revista/60103--12-53-contratos.pdf>. Última visita 08/11/2004. Se trata de una muestra de contratos electrónicos a través de los cuales se ofrecen bienes y servicios o información sobre ellos a personas ubicadas en Chile. Consideramos que nos encontramos frente a un contrato cada vez que el proveedor sujeta el acceso de bienes o servicios ofrecidos electrónicamente a condiciones que el usuario supuestamente debe aceptar antes de acceder a ellos. Respecto a los proveedores, el criterio que utilizamos para restringir el universo de proveedores fue recoger la muestra entre aquellos cuyos bienes y servicios van orientados explícitamente –aunque no necesariamente solo- a consumidores chilenos. La muestra ha sido recogida aleatoriamente durante los meses de septiembre de 2002 a marzo de 2003, introduciendo en el motor de búsqueda *Google* la expresión “términos y condiciones.” Del resultado de la búsqueda se escogieron 110 contratos a través de los cuales se regula el uso de un sitio web o la adquisición de bienes y servicios ofrecidos a través de este. La selección de los contratos excluyó aquellos que regulaban bienes o servicios ofrecidos por el Estado y aquellos contratos que únicamente regulaban la privacidad del sitio.

²⁶ De la muestra, 103 contratos son contratos *browse*. Sobre esto, cabe advertir que hemos considerado como *browse* aquellos contratos que poseen una estructura dual, esto es ofrecen parte de sus prestaciones (por lo general la información del sitio) regulada por un contrato *browse* y otra a través de contratos *click*. Un contrato clic se caracteriza porque el acceso a las prestaciones que regula el contrato queda supeditado a que el usuario del sitio pulse un icono a través del cual manifiesta su aceptación con los términos y condiciones del contrato, los que le presentan en la pantalla. Un ejemplo de esto es *Hotmail Corp. v. Van \$ Money Pie, Inc.* (1998 WL 388389 (N.D. Cal).

²⁷ Esto es el aviso no es visible en el segmento de la página web que alcanza a ser contenido en una pantalla con un área de 800 x 600 pixeles. Del total de contratos *browse* 70 tenían avisos invisibles

En lo que refiere al contenido prescriptivo del contrato lo que nos interesó fue detectar cláusulas abusivas, esto es cláusulas que a esa fecha contravinieran la regla sobre cláusulas abusivas contenida en la ley de protección al consumidor chilena²⁹. Nuestros principales hallazgos fueron los siguientes:

- Una porción significativa de los contratos examinados presentaba cláusulas eximentes de responsabilidad.³⁰
- La modificación unilateral de los contratos es una cláusula de uso frecuente en los contratos examinados.³¹ En algunos casos el proveedor se obliga a informar dichos cambios si es que afectan sustancialmente los derechos y obligaciones emanados del contrato, en otros casos basta la simple disposición contractual.

Si la metodología que empleamos fue correcta –o no demasiado incorrecta al menos, pueden extraerse al menos tres conclusiones. La primera de ellas es que las plataformas electrónicas se utilizan para celebrar contratos por adhesión. La segunda es que algunas de las formas que asumen estos contratos son peculiares de entornos electrónicos, así sucede con los contratos *click* y *browse*. La tercera es que los consumidores no se protegen solos en plataformas electrónicas, pues, como sucede en el mundo del papel, estos se encuentran plagados de cláusulas abusivas.

El problema a este respecto se relaciona en mi opinión con las formas que asumen los contratos por adhesión en plataformas electrónicas. Las protecciones que establece el legislador para el mundo del papel no siempre se avienen adecuadamente con las peculiaridades de los contratos por adhesión en plataformas electrónicas, especialmente en el caso de los contratos *browse*³².

²⁸ 68 contratos *browse* de un total de 103, poseen avisos con tamaño de fuente inferior al que utiliza la mayoría del texto de la página que los contiene.

²⁹ A esa fecha el artículo 16 de la ley 19.496 sobre protección del consumidor consideraba que eran abusivas –y por lo tanto privaba de efecto- a aquellas cláusulas que:

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

³⁰ Del total de la muestra, 98 contratos incorporaban este tipo de cláusulas.

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

³² Sobre estos problemas puede consultarse *Specht v. Netscape Communications Corp.* 150 F. Supp. 2d (SDNY 2001) y 2001). y *Pollstar v. Gigamania, Ltd.*, 170 F.2d 974 (E.D. Cal. 2000)

Los problemas peculiares de los contratos por adhesión en plataformas electrónicas no se relacionan entonces con el contenido³³, sino principalmente con el acceso al contenido y la manifestación de la voluntad. El problema no es ya si el contenido del contrato es abusivo, sino si el consumidor tuvo al menos la posibilidad de conocer el contenido del contrato y prestó su voluntad en términos que entendiera que se estaba vinculando por un contrato. Si no lo tuvo o no prestó su voluntad, el carácter abusivo de las cláusulas es simplemente irrelevante en la medida que sin acceso no existe consentimiento y sin consentimiento no hay contrato.

A continuación examino –aunque panorámicamente- la respuesta del legislador chileno a este fenómeno.

5. La respuesta del legislador chileno

La respuesta del legislador chileno frente a los contratos por adhesión en plataformas electrónicas ha sido, en primer lugar, reconocerles validez. En segundo, intentar proteger al consumidor de las peculiaridades de esta forma de contratación en entornos electrónicos. En ese orden las examino.

5.1. Equiparando

La ley 19.799 sobre documento electrónico, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma equipara en sede jurídica los efectos de los actos o contratos ejecutados o celebrados a través de medios electrónicos con aquellos ejecutados o celebrados en soporte papel en los siguientes términos:

Art. 3º Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito.

Ahora bien, conviene advertir que la ley sujeta la equiparación a aquellos documentos firmados electrónicamente, sin embargo, dada la amplitud de la definición de firma electrónica es difícil pensar un contrato por adhesión que no esté firmado al menos por el proveedor³⁴. Aún si no fuera así, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad no existirían, en general, problemas para celebrar contratos electrónicos bajo las reglas chilenas. La utilidad de la regla es que disuelve las dudas que se puedan presentar en el caso que la ley exija la escrituración del contrato.

³³ Lo más probable es que contengan un número más o menos similar de cláusulas abusivas que los contratos ofrecidos en papel. Este problema puede enfrentarse perfectamente con los mecanismos de control de cláusulas abusivas ya existentes para el mundo papel.

³⁴ La ley 19.799 define en la letra f) de su artículo 2 la firma electrónica como: “cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar formalmente a su autor”

5.2. Diferenciando

Recientemente la ley 19.955 introdujo una serie de modificaciones a la ley 19.496. Algunas de estas modificaciones –las que interesan a este trabajo– intentaron hacerse cargo de los problemas peculiares de la contratación electrónica y, en un caso, específicamente de los problemas propios de la contratación por adhesión en entornos electrónicos³⁵. Esos problemas se presentan especialmente en el acceso al contenido y la manifestación de la voluntad. Junto con hacer esto, la ley avanzó sobre algunas materias propias de derecho del consumo, específicamente la confirmación, el retracto y una regla de competencia³⁶.

5.2.1 La formación del consentimiento

- El acceso al contenido

El artículo 12 A prescribe las condiciones en que debe ofrecerse el bien o servicio para que se entienda que el consumidor tuvo acceso al contenido del contrato en los siguientes términos:

En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, 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.

En este caso el ámbito de aplicación de la regla son los contratos electrónicos y aquellos celebrados a distancia. Lo que preocupa al legislador no es el contenido del contrato, esto es no se trata, como es frecuente en los controles de cláusulas abusivas, que el contenido sea comprensible o que exista desequilibrio entre las prestaciones de las partes, sino que el consumidor tenga un acceso razonable a dicho contenido, de manera que luego no pueda alegar ignorancia acerca de la existencia del contrato³⁷.

Desde luego qué sea un acceso claro, comprensible e inequívoco es algo que se debe ir considerando caso a caso. Sin embargo, al menos para el caso más problemático – los contratos *browse*, es posible pensar algunas directrices³⁸. La accesibilidad de los

³⁵ Las principales fuentes de estas modificaciones fueron la Directiva 97/7 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 1997. Relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (BOE núm. 144, de 4 junio [LCEur 1997, 1493]) Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). (Diario Oficial núm. L 178, de 17/07/2000) y la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico, española. (BOE núm. 166, de 12-07-2002, pp. 25388-25403; corrección de errores BOE núm. 187, de 06-11-2002, p. 28951).

³⁶ Un problema entonces de la solución chilena es que se ha legislado sobre los contratos electrónicos en general en una ley que solo alcanza a las relaciones de consumo.

³⁷ Esta ignorancia fue precisamente lo que llevó a un tribunal distrital de Nueva York a sostener que en el caso Netscape (n. 32) una cláusula arbitral contenida en un contrato *browse* resultaba inoponible al consumidor.

³⁸ Aquí sigo DE LA MAZA GAZMURI y CRUZ CRUZ (n. 25)

términos y condiciones se encuentra relacionada con cuatro variables: (1) El rótulo de los avisos, (2) su ubicación, (3) el tamaño de la fuente y (4) su color.

(1) Denomino aviso al hiperenlace que entrega noticia de la existencia del contrato *browse* y rótulo a la forma en que es presentado dicho aviso. Para satisfacer los requisitos del artículo 12 A el rótulo debe ser suficientemente elocuente como para que un consumidor advierta sin problema la existencia del contrato y pueda optar por enterarse de sus términos y condiciones. Así, por ejemplo, es exigible que el rótulo consista en una fórmula alfanumérica, no la imagen de un papel escrito³⁹ u otra imagen que no evidencie la existencia del contrato. Por otra parte, aún cuando se trate de una fórmula alfanumérica, ésta debe evocar suficientemente el contrato como sucede con “el uso de este sitio implica la aceptación de sus políticas de uso”⁴⁰ o “Cualquier uso esta sujeto a los términos de uso y la Política de Privacidad”⁴¹, pero no es el caso de “disclaimer”⁴² o “copyright Ediciones Financieras S.A. Todos los derechos reservados”⁴³.

(2) La visibilidad del aviso –y, por lo tanto, el acceso al contenido del contrato- es función de su ubicación. En mi opinión la ubicación del aviso debe ser tal que sea inmediatamente visible para el consumidor una vez que ingresa al sitio web cuyas prestaciones se encuentran reguladas por el contrato *browse*. No es visible en cambio cuando se encuentra ubicado en una posición en que no es inmediatamente evidente al momento de ingresar al sitio o bien en una página diversa a aquella de ingreso del sitio web⁴⁴.

(3) y (4) La idea aquí es sencilla, el tamaño y el color del aviso deben hacer que éste no pase desapercibido para un consumidor común y corriente⁴⁵.

En conjunto con las exigencias anteriores el legislador requiere que el consumidor pueda almacenar o imprimir el contenido del contrato. La exigencia hace sentido pues como ya se ha examinado una de las ventajas de las plataformas electrónicas es que permiten a los consumidores comparar diversos contratos por adhesión a bajo costo.

³⁹ Es el caso de Hotel and Travel Reservations System (<http://www.htreservations.com>. Visitado 24/09/02) y Telefónica Móvil (<http://www.telefonicomovil.cl/index.asp?sec=1>. Visitado 23/09/02) el hipervínculo es un objeto –la imagen de un papel escrito- en la cual, al ubicar el cursor sobre ella, aparece un pequeño texto: información legal.

⁴⁰ Es el caso de Hewlett Packard (www.hp.cl. Visitado 24-09-02

⁴¹ Es el caso de Mc Graw-Hill (www.mcgraw-hill.cl. Visitado 22-09-02

⁴² SQM S.A. www.sqm.cl. Visitado 26-09-02

⁴³ El diario www.eldiario.cl. Visitado 03/10/02

⁴⁴ Salvo, por supuesto, que solo a partir de esa páginas se presten los bienes y servicios que el contrato regula

⁴⁵ De la muestra de contratos *browse* examinada un número relevante de ellos posee avisos cuyo tamaño de fuente resulta inferior al que, en general se utiliza en el resto del texto. 68 contratos de un total de 103, poseen avisos con tamaño de fuente inferior al que utiliza la mayoría del texto de la página que los contiene. Ver, por ejemplo, Clínica Las Condes (www.clc.cl. visitado 03-10-02), Clínica Alemana (www.alemana.cl. Visitado 04-11-02), Las Amarillas de Publiguías (www.amarillas.cl. Visitado 03-10-02), Lan Chile (www.lanchile.cl. Visitado 24-09-02), Mc Graw-Hill (www.mcgraw-hill.cl. Visitado 22-09-02), Planeta Vinos (www.planetavinos.cl. Visitado 04-11-02), Pymarket (www.pymarket.cl. Visitado 25-09.02), Terra (www.terra.cl. Visitado 22-09-02), Tierra Verde (www.tierraverde.cl), Vtr (www.vtr.cl. Visitado 25-09-02)

Esto, solo es posible si el consumidor puede conservar copia del contrato, como documento electrónico o bien impresa.

- La manifestación de la voluntad

Una vez que el consumidor ha tenido acceso al contenido la segunda peculiaridad que presentan las plataformas electrónicas es la forma en que se manifiesta la voluntad de obligarse por el contrato. En general la diferencia entre el mundo papel y el mundo electrónico es que en el primero las personas suelen tener claro cuándo están celebrando un contrato. En el entorno electrónico no sucede lo mismo. No resulta en absoluto evidente que pulsar un icono o navegar por un sitio web constituya una manifestación de voluntad aceptando los términos y condiciones de un contrato. Por lo mismo de lo que se trata aquí es que el consumidor tenga noticia –con anterioridad a su opción de realizarlos o no- acerca de qué actos constituyen su aceptación de los términos del contrato.

Al respecto, es necesario considerar dos reglas: la del inciso segundo del artículo 32 y la del inciso segundo del artículo 12 A, ambos incorporados por la ley 19.955. El primero de ellos prescribe que:

Tratándose de contratos ofrecidos por medios electrónicos o de aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, el proveedor deberá informar, de manera inequívoca y fácilmente accesible, los pasos que deben seguirse para celebrarlos, e informará, cuando corresponda, si el documento electrónico en que se formalice el contrato será archivado y si éste será accesible al consumidor. Indicará, además, su dirección de correo postal o electrónico y los medios técnicos que pone a disposición del consumidor para identificar y corregir errores en el envío o en sus datos.

Una vez más el ámbito de aplicación es el de los contratos electrónicos y aquellos celebrados por otra forma de comunicación a distancia. En lo que interesa a este punto lo relevante del artículo es la siguiente frase “el proveedor deberá informar, de manera inequívoca y fácilmente accesible, los pasos que deben seguirse para celebrarlos”. Es carga del proveedor entonces informar al consumidor qué actos constituyen manifestación de voluntad.

A su turno el inciso segundo del 12 A dispone que:

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

Esta vez se trata de una regla específica para los contratos *browse*⁴⁶ según la cual no puede considerarse –como frecuentemente se hace– que la visita al sitio web constituye una aceptación tácita de los términos y condiciones que regulan su utilización. Para que el consumidor quede obligado por el contrato es necesario que se satisfagan dos condiciones. La primera de ellas es que el consumidor tenga acceso a dichos términos y condiciones, la segunda es que los acepte en forma inequívoca.

5.2.2 La protección de los consumidores

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

- La confirmación escrita

El inciso final del artículo 12 A dispone que:

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

La exigencia resulta aplicable a los contratos celebrados electrónicamente y a aquellos celebrados a distancia. La importancia de la confirmación se encuentra estrechamente vinculada al derecho de retracto que la ley reconoce, aunque como se verá con algunas peculiaridades. La exigencia del retracto se encuentra relacionada con las peculiaridades de la manifestación del consentimiento en plataformas electrónicas y aspira a garantizar el debido conocimiento por parte del consumidor del hecho de haber celebrado el contrato y las condiciones de éste. La confirmación posee dos requisitos que garantizan el cumplimiento de su finalidad. Los requisitos son su carácter escrito y la utilización de un medio de envío adecuado. La finalidad es que la escrituración y el medio que utilice el proveedor permita al consumidor el debido y oportuno conocimiento del hecho de haber celebrado el contrato y el contenido prescriptivo de dicho contrato. Respecto del envío de la copia del contrato, el requisito del artículo 12 A debe complementarse con el del artículo 17 de la misma ley según el cual el proveedor debe entregarle inmediatamente una copia del contrato suscrita por todas las partes. De allí entonces que la copia que se envíe en la confirmación debe ser inmediata y firmada electrónicamente tanto por el proveedor como por el consumidor⁴⁷.

⁴⁶ La regla anterior en cambio posee un ámbito de aplicación más amplio que no se agota en los contratos electrónicos –sean o no por adhesión– sino que se extiende a todos aquellos que involucran comunicación a distancia, con prescindencia de si se utilizan o no medios electrónicos.

⁴⁷ Según lo dispuesto en el artículo 17 esa copia “se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado para todos los efectos legales. De allí entonces que resulte prudente que el contrato sea firmado con firma electrónica avanzada. La ley 19.799 define la firma electrónica avanzada en la letra g) de su artículo 2 como:

aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y

- El derecho de retracto

La letra b) del artículo 3 bis dispone que:

En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos, o cualquier otra forma de comunicación a distancia, a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario. Para ello podrá utilizar los mismos medios que empleó para celebrar el contrato. En este caso, el plazo para ejercer el derecho de retracto se contará desde la fecha de recepción del bien o desde la celebración del contrato en el caso de servicios, siempre que el proveedor haya cumplido con la obligación de remitir la confirmación escrita señalada en el artículo 12 A. De no ser así, el plazo se extenderá a 90 días. No podrá ejercerse el derecho de retracto cuando el bien, materia del contrato, se haya deteriorado por hecho imputable al consumidor.

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

Si el consumidor ejerciera el derecho consagrado en este artículo, el proveedor estará obligado a devolverle las sumas abonadas, sin retención de gastos, a la mayor brevedad posible y, en cualquier caso, antes de cuarenta y cinco días siguientes a la comunicación del retracto. Tratándose de servicios, la devolución sólo comprenderá aquellas sumas abonadas que no correspondan a servicios ya prestados al consumidor a la fecha del retracto. Deberán restituirse en buen estado los elementos originales del embalaje, como las etiquetas, certificados de garantía, manuales de uso, cajas, elementos de protección o su valor respectivo, previamente informado.

El ámbito de aplicación de la regla una vez más se extiende a contratos electrónicos y a aquellos celebrados a distancia. El retracto que consagra este artículo se encuentra tomado del artículo 6 de la Directiva 97/7. La regla, sin embargo –para bien o para mal- incorpora dos innovaciones. La primera refiere a la obligatoriedad del retracto y la segunda a una carga para el consumidor. Respecto de lo primero, el derecho de retracto del consumidor depende del proveedor, en el siguiente sentido. Si nada se informa al consumidor, el proveedor está obligado al retracto⁴⁸. El proveedor, sin

a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.

⁴⁸ Esta extraña fórmula puede explicarse como una solución transaccional entre la intención original de incorporar un derecho de retracto y la resistencia de los gremios de proveedores frente a él.

embargo, puede liberarse de esta obligación informando a sus consumidores que no acepta el retracto. La segunda innovación refiere a que una de las condiciones para que opere el derecho de retracto es que el consumidor debe restituir en buen estado los elementos de embalaje o bien abonar su valor al proveedor⁴⁹.

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

- La competencia

El artículo 50 A fija la competencia de los jueces de policía local para conocer todas las acciones que los consumidores intenten en los siguientes términos:

Artículo 50 A.- Los jueces de policía local conocerán de todas las acciones que emanan de esta ley, siendo competente aquel que corresponda a la comuna en que se hubiera celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor.

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

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

6. Contratos por adhesión y contratos por adhesión electrónicos

Comencé este trabajo hablando sobre unicornios, rinocerontes y la ley del caballo. Ahora es necesario volver sobre ellos. Como sucedía a los medievales nuestra figura

⁴⁹ Esta carga fue incorporada a sugerencia de los gremios de proveedores quienes indicaron que era frecuente que los productos se devolvieran con sus elementos de embalaje en condiciones que impedían ponerlos de nuevo en el comercio y éste era un costo muy significativo para los pequeños comerciantes.

del contrato por adhesión se asemeja en algo a los unicornios. Así como existen los caballos, existen los contratos libremente consentidos. Así como no existen los unicornios, no existen los contratos por adhesión donde el papel de la voluntad del consumidor sea verdaderamente relevante en la configuración de su contenido prescriptivo. No obstante lo anterior, solemos considerarlos como si así fuera.

En una de sus múltiples descripciones es posible pensar en las plataformas electrónicas como espacios donde se reproducen buena parte de las formas de interacción social que caracterizan nuestra convivencia en el “mundo real”. Una de esas formas de interacción es el contrato y, en lo que interesa a este artículo los contratos por adhesión. La pregunta que me ocupó aquí es si se debe tratar a los contratos por adhesión en plataformas electrónicas como tratamos a aquellos que existen en el papel. La respuesta, según parece es que no. Porque las condiciones en que se desarrollan los diferencias en términos jurídicamente relevantes de los contratos en papel, y no conviene tratar rinocerontes como si uno estuviera tratando con unicornios. Desde luego los contratos por adhesión en plataformas electrónicas se asemejan muchísimo a aquellos en papel, pero, como ha sugerido Lessig, un león se parece a un gato, pero Ud. sería particularmente tonto si permitiera a su hijo jugar con un león⁵⁰.

Si lo anterior es correcto entonces existen razones para no apresurarse a sostener que quienes se preocupan del derecho deben olvidarse de una ley del ciberespacio porque las peculiaridades del ciberespacio determinan que, a veces, instituciones jurídicas que funcionan correctamente en el mundo real no logren capturar con precisión estas peculiaridades.

En este trabajo he tratado de mostrar esto a través de un ejemplo: los contratos por adhesión. Para esto he intentado hacer dos cosas. La primera de ellas es mostrar que las peculiaridades del ciberespacio no necesariamente aligeran los problemas de la contratación por adhesión en papel. La segunda es que, lejos de esto, dichas peculiaridades parecen introducir nuevos problemas para los cuales la regulación de los contratos por adhesión en papel no se encontraba diseñada. En tercer lugar me ha interesado intentar ilustrar esos problemas a través de un estudio empírico sobre contratos por adhesión en el ciberespacio. Finalmente, en cuarto lugar, me ha detenido examinar, aunque nada más en forma esquemática, cómo se ha hecho cargo de estos problemas el legislador nacional.

⁵⁰ LESSIG (n. 4) p. 529