

«La formación del consentimiento en contratos por internet. Términos, condiciones y coronavirus»

David Alejandro Rodríguez Guerra
Abogado – Ayudante de Derecho Comercial
Departamento de Derecho de los Negocios
Facultad de Derecho - UDP

A producto de las cuarentenas, ya sea totales o parciales, que se han decretado en todo el país con la finalidad de combatir el COVID-19 [1], la forma de vida de millones de personas ha sufrido repercusiones. En estas líneas tan solo me referiré a la repercusión que ha sufrido el mercado de productos que pueden venderse por internet.

Con fecha 23 de marzo de 2020, tan solo 20 días luego de la confirmación del primer caso de COVID-19 en Chile [2], el portal de noticias t13 manifestó que “[d]esde el inicio y boom de la pandemia, por ejemplo, en Francia las transacciones online en la categoría de grocery aumentaron un 85%, en Italia un 82%, España un 65% y Australia un 45%...” [3]. Asimismo, de acuerdo a cifras entregadas por el director de Retail de Nielsen [4], citado por t13, Chile no es la excepción a este fenómeno, ya que el mismo portal de noticias indica que “la semana donde se identificó al primer caso en Chile, el especialista agrega que las ventas en este segmento aumentaron 41%, con 2.454 transacciones, comparado con la misma semana de 2019” [5].

Con fecha 17 de junio de 2020, aproximadamente tres meses luego del primer caso confirmado, el Servicio Nacional del Consumidor ya informaba, a través de su página web, que “[d]esde que comenzó la pandemia, en marzo pasado, las compras por internet han aumentado más de un 200% y permitido a miles de consumidores comprar productos y contratar servicios, evitando traslados y disminuyendo riesgos de contagio” [6].

Finalmente cabe señalar que el diario La Tercera, con fecha 01 de abril de 2021 manifestó que “[c]ompras de despacho a domicilio y abonados a internet siguen expandiéndose por efecto de la pandemia” [7]. Cabe afirmar, entonces, que a producto del COVID-19, las compras por internet han tenido un aumento sostenido y continuado en el tiempo.

Si bien es claro que aumentó la cantidad de compras por internet, lo que no es tan claro es que los consumidores sean del todo conscientes de que están celebrando contratos para adquirir los productos que observan en la pantalla. Como se ha dicho “probablemente, no haya ninguna exageración cuando, a propósito de ellos, se afirma que celebramos más contratos en un año que nuestros abuelos en toda su vida” [8].

Los contratos que me interesa profundizar aquí son los contratos de compraventa con tiendas de Retail a través de internet. El uso de términos y condiciones es muy frecuente en contratos celebrados por medios electrónicos [9]. Se ha manifestado que estos son declaraciones con vocación contractual, es decir, declaraciones que el predisponente establece “con el objeto de que se integren como regulación contractual de su relación con el

adherente”, objeto que se concretizará si se cumplen los requisitos propios de los contratos por adhesión celebrados por medios electrónicos” [10].

Se sabe que un contrato es un acto o negocio jurídico bilateral que para perfeccionarse requiere la concurrencia de dos actos sucesivos: la oferta y la aceptación [11]. Sin embargo, cuando nos referimos a contratos celebrados por medios electrónicos, la pregunta desafiante en este punto es: ¿En qué momento confluyen la oferta y la aceptación cuando el contrato se perfecciona por internet? ¿Al clicar el producto? ¿Al agregarlo al “carro de compra”? ¿Al ingresar los números de la tarjeta? ¿Al clicar la opción pagar?

Para descubrirlo, se debe prestar atención a los términos y condiciones de cada página web. Es posible y probable que, en las páginas de cada proveedor, este decida incluir una cláusula de oferta sujeta a reserva. En principio, una oferta debe ser lo suficientemente firme, para que con la sola aceptación el contrato quede perfeccionado. Sin embargo, el proveedor puede quitar la firmeza de su oferta, de manera tal que no se vuelva obligatoria para él, reservándose la libertad de decidir aceptar o no las proposiciones que reciba y, por tanto, de celebrar o no el contrato. Un ejemplo claro son las ofertas que se hacen en internet. El proveedor en su página web en realidad no está haciendo una oferta firme, sino una oferta sujeta a reserva o invitación a hacer ofertas, de manera tal que, el consumidor al realizar el proceso de compra estará realizando realmente la oferta y quedará en manos del proveedor aceptarla o no.

Para ejemplificar, se pueden revisar los términos y condiciones de Jumbo [12] o Paris [13]. En las páginas web de estas tiendas, y en muchas otras, se informa expresamente que la compra debe someterse a un proceso de confirmación o validación de determinada información, proceso que es requisito de la formación del consentimiento. Eso quiere decir que, no es el proveedor el que ofrece el producto a través de la página y el consumidor quien acepta, sino que existe una proposición de celebrar un contrato, por tanto, es el consumidor el que hace la oferta y el proveedor el que la acepta, reservándose para sí el aceptar o no, luego de la confirmación y comprobación. Si el proveedor no confirma la información ingresada por el consumidor, puede rechazar la oferta, y, por ende, jurídicamente no existirá contrato. Por tanto, para dar respuesta a nuestra pregunta, el contrato quedaría perfeccionado una vez exista confirmación y emisión del comprobante de pago por parte del proveedor, lo que coincidiría con su aceptación. Es decir, sin la confirmación por parte de la empresa, no hay consentimiento.

Finalmente, queda por resolver que, para que todo lo anterior tenga algún sentido, el consumidor debió tener, a lo menos, acceso a los términos y condiciones [14]. Respecto de este punto cobra relevancia el artículo 12 A de la Ley 19.496, que indica que si el consumidor no tuvo acceso a las condiciones generales del contrato no se considerará que se haya formado el consentimiento. Es frecuente que los proveedores, por motivos que no profundizaré aquí, intenten ocultar los términos y condiciones en el diseño de sus páginas web. Esto los lleva a señalarlos al final de las respectivas páginas y ubicarlos en sitios pocos visibles para el consumidor, inclusive, en ocasiones, difuminando el color de las letras del hipervínculo correspondiente a los términos, con el color de fondo de la página. Para poder responder si el consumidor tuvo acceso a ellos, debe prestarse atención a si estos son visibles para los clientes, en virtud del diseño de las páginas web. Lo primero que puede manifestarse

es que, si el único acercamiento que tienen los consumidores a los términos y condiciones, son al final de las páginas web, afirmar que tuvieron acceso a los mismos es sumamente dudoso. Con todo, existen tiendas que, durante el proceso de compra, exigen que el cliente acepte los términos junto con incorporar un hipervínculo, claramente definido y visible, que los redirecciona a ellos. Por tanto, si determinada empresa mantiene ocultos sus términos y condiciones y no los hace visibles durante el proceso de compra, es dudoso que pueda afirmarse que satisfaga los requisitos del artículo 12 A de la Ley 19.496. Por el contrario, si los hace visibles en el diseño de su página, o los señala claramente durante el proceso de compra, es más probable concluir que la empresa está dando acceso a los clientes a los términos y condiciones, y cumpliendo, por tanto, con la Ley.

La contratación por medios electrónicos y la formación del consentimiento son un tema relevante en una sociedad moderna que tiene la posibilidad de utilizar la tecnología disponible para comprar por internet, principalmente cuando una pandemia azota al mundo. La contratación electrónica ya es parte de la vida de millones de personas que, es posible, no sean conscientes aún de la cantidad de contratos que celebran cada día. Las noticias señaladas en el primer párrafo de este texto lo prueban. No pretendo agotar aquí todas las particularidades de estos contratos, tan solo dar algunas luces sobre la importancia de identificar cuando ocurre la formación del consentimiento y por tanto desde cuando existe un contrato entre un consumidor y un proveedor que se han vinculado jurídicamente a través de una pantalla, siguiendo los pasos de un formulario, y no frente a frente, lo que cada día es más usual, cotidiano y a veces, como en estos momentos, imprescindible.

[1] Más sobre esto en ANDERSEN G, Kristian et al. (2020). *The proximal origin of SARS-CoV-2*. London: Nature Medicine.

[2] Ver más en <https://www.minsal.cl/ministerio-de-salud-confirma-primer-caso-de-coronavirus-en-chile/>.

[3] Disponible en <https://www.t13.cl/noticia/negocios/ventas-alimentos-e-commerce-superan-fiestas-patrias>.

[4] De acuerdo a su sitio web Nielsen Holdings plc (NYSE: NLSN) es una compañía global de medición y análisis de datos que proporciona una radiografía completa y precisa de los consumidores y los mercados en todo el mundo.

[5] Disponible en <https://www.t13.cl/noticia/negocios/ventas-alimentos-e-commerce-superan-fiestas-patrias>.

[6] Disponible en <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-58609.html>.

[7] Disponible en <https://www.latercera.com/pulso/noticia/compras-por-despacho-a-domicilio-y-abonados-a-internet-sigue-disparandose-por-efecto-de-la-pandemia/7D2FC4Q6DVKJOVYA6RVIIEZUA/>.

[8] DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y MOMBERG URIBE, Rodrigo (2017). “Términos y condiciones: Acerca del supuesto carácter contractual de las autorizaciones para el tratamiento de datos personales en sitios web”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 6, N°2, p. 26.

[9] DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2009). “Ofertas sujetas a reserva: A propósito de los términos y condiciones en los contratos celebrados por medios electrónicos”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXII, N°2 p. 84.

[10] DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2009). “Ofertas sujetas a reserva: A propósito de los términos y condiciones en los contratos celebrados por medios electrónicos”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXII, N°2 p. 93.

[11] VIAL DEL RÍO, Víctor (2003). *Teoría General del Acto Jurídico. Quinta Edición Actualizada*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 63.

[12] Ver en <https://www.jumbo.cl/institucional/terminos-condiciones>.

[13] Ver en <https://ayuda2.paris.cl/ayuda/cencosud/terminos-condiciones>.

[14] DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2009). “Ofertas sujetas a reserva: A propósito de los términos y condiciones en los contratos celebrados por medios electrónicos”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXII, N°2, pp. 88-89.