

CONTRATOS DE ADHESIÓN ELECTRÓNICOS.
ANÁLISIS A LOS CONTRATOS DE RETAIL ELECTRÓNICOS
Y CONTRATOS DE SERVICIOS DE SUSCRIPCIÓN EN LÍNEA,
PELÍCULAS, TELEVISIÓN Y OTROS TIPOS DE ENTRETENIMIENTO AUDIOVISUAL
Manuel Arcos Sandoval

FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES
SANTIAGO, CHILE
2012

© FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI. 2012

Registro Propiedad Intelectual
N°

ISBN

Editor
Marcelo Rojas Vásquez

Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri
República 105. Santiago de Chile

PRINTED IN CHILE/IMPRESO EN CHILE

CONTRATOS DE ADHESIÓN ELECTRÓNICOS
ANÁLISIS A LOS CONTRATOS
DE RETAIL ELECTRÓNICOS
Y CONTRATOS DE SERVICIOS DE SUSCRIPCIÓN
EN LÍNEA, PELÍCULAS, TELEVISIÓN
Y OTROS TIPOS DE ENTRETENIMIENTO
AUDIOVISUAL

Manuel Arcos Sandoval



FUNDACIÓN **FERNANDO FUEYO**
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	11
2. CONTRATO POR ADHESIÓN	13
2.1. Contrato por adhesión	13
2.2. Contrato por adhesión en la ley N° 19.496	14
2.3. Contratación electrónica	15
2.4. Contrato por adhesión en plataformas electrónicas	18
3. LEGISLACIÓN NACIONAL	21
4. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	23
4.1. Cláusulas impuestas en la fase precontractual	23
4.1.1. Lista negra	23
4.1.1.1. Desequilibrio en la información entregada	23
i. Cláusulas de aceptación de los términos y condiciones de uso	23
4.2. Cláusulas impuestas en la fase contractual	25
4.2.1 Lista negra	25
4.2.1.1. Cláusulas que generan un desequilibrio en materia de responsabilidad	25
i. Exclusión de responsabilidad por información proporcionada por otros sitios web	25
ii. Exclusión de garantía y errores en la información de tanto de productos como de servicios ofrecidos a través de terceros, o de productos, servicios o ambos “compatibles” o “listos para” un producto o servicio específico	27
iii. Exclusión de responsabilidad por daños o pérdidas provocadas por el proveedor de productos como de servicios	29
iv. Exclusión de responsabilidad por daños producto de información publicada a través del sitio web de un proveedor de productos como de servicios	31

v. Exclusión de responsabilidad respecto del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el proveedor	31
4.2.1.2. Cláusulas que facultan al proveedor para modificar a su propio arbitrio o dejar sin efecto el contrato, o suspender unilateralmente su ejecución	32
i. Formación del consentimiento	32
ii. Resolver (terminar) el contrato	33
iii. Modificar el contrato	34
iv. Suspensión unilateral del contrato	35
4.2.1.3. Cláusulas que obstaculizan el cambio o devolución tanto de los productos como de los servicios	36
i. Exigencia de productos sin uso y sellados además de cargar al consumidor los costos de retiro de los productos	36
4.2.1.4. Cláusulas que permiten al proveedor retener pagos	37
i. Retención de pagos y denegación de reembolsos por períodos no utilizados o utilizados parcialmente	37
4.2.1.5. Cláusulas que eximen al proveedor de responder respecto de la calidad de los productos como de los servicios ofrecidos	38
i. Declaración de no prestar garantía respecto de la calidad del servicio	38
4.2.1.6. Cláusulas que facultan el uso de datos e información de carácter personal	39
i. Utilización de datos personales e información publicada en el sitio web o mediante cualquier otro tipo de comunicación con el proveedor tanto de un producto como de un servicio	39
4.2.1.7. Cláusulas de arbitraje	40
i. Omisión de la indicación al consumidor de la posibilidad de recusación del árbitro y posibilidad de poder dirigirse a tribunales	40
4.2.2 Lista gris	41
4.2.2.1. Cláusulas que supediten el cumplimiento del proveedor a formalidades particulares no exigidas en la ley	41
i. Formación del consentimiento	41
ii. Condición suspensiva	42
4.2.2.2. Cláusulas que permiten la cesión a terceros del contrato sin consentimiento del consumidor	43
i. Cesión del contrato de parte del proveedor de servicios	43
4.2.2.3. Cláusulas que obstaculizan o suprimen el ejercicio de acciones judiciales	44
i. Jurisdicción extranjera a la que se someten los términos y condiciones de uso	44

ii. Impiden el ejercicio de acciones colectivas o representativas	45
4.2.2.4. Cláusulas que imponen al consumidor que incumple sus obligaciones una sanción excesivamente alta (cláusula penal enorme)	46
i. Establece obligación de indemnización y mantener libre de daño a todo evento	46
5. ANEXOS	47
5.1. Definición de <i>streaming</i>	47

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objetivo dar luces sobre la contratación por adhesión en el ámbito electrónico y realizar un estudio práctico de estos contratos para detectar la existencia de posibles cláusulas abusivas. Ello constituye un mecanismo novedoso de disuasión, no facultativo, pero de gran eficacia.

En la actualidad es una realidad innegable que el comercio electrónico o vía internet en nuestro país ha sostenido un crecimiento exponencial en los últimos años. Por su medio los clientes o usuarios adquieren diversos productos y servicios de un modo mucho más cómodo, expedito y eficiente, al realizar todos los procesos de forma directa desde su hogar u oficina. Este fenómeno hace muy interesante el análisis de los contratos que los diversos proveedores poseen y descubrir si en éstos se encuentran contenidas cláusulas abusivas. Y de haberlas, realizar un análisis de las mismas y determinar cómo afectan a los usuarios.

De acuerdo con lo anterior, se desarrollará el tema en un principio desde los contratos por adhesión y su tratamiento con la ley N° 19.496; luego nos acercaremos a la contratación electrónica para comprender en qué consisten los contratos por adhesión en plataformas electrónicas y, posteriormente, comenzar el análisis teórico de las cláusulas abusivas, su tratamiento en la legislación nacional; para, de manera ulterior, comenzar el aspecto más práctico e interesante del presente trabajo: analizar las cláusulas abusivas existentes y clasificarlas en sus distintos tipos acorde con la ley N° 19.496.

2. CONTRATO POR ADHESIÓN

2.1. Contrato por adhesión

Se entiende en que una de las partes contratantes le impone a la otra el contenido del contrato, pudiendo la contraparte sólo aceptar de manera íntegra o abstenerse sin opción de modificar el contenido del mismo. El elemento distintivo de los contratos de adhesión es el desequilibrio de poder entre las partes contratantes; y es por esto que se entiende que la libertad contractual en este tipo de contratos se ve restringida al punto de poder sostenerse que ésta no existe o es nula. Se sostiene doctrinariamente que a pesar de que es poca la libertad contractual, aun existiría y se manifestaría en la opción que tiene la parte contratante para aceptar o rechazar la celebración del contrato.

13

En opinión de Francisco Fernández Fredes, actualmente no se pone en duda la naturaleza de éstos, como acuerdo de voluntades generador de obligaciones para quienes lo celebran, aun así se admite en el ámbito universal que deben ser regulados para evitar que la parte que propone el contenido (por lo general la más fuerte) imponga condiciones inicuas al adherente¹. Es así que el legislador nacional previene la falta de igualdad a través de distintas regulaciones directas e indirectas, encontrándose la más importante en la ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

Conllevan ventajas como el que en todas las regulaciones de Occidente existan normativas especiales. Del mismo modo, el uso de ellos reduce los costos de transacción y de negociación de los contratos, siendo una poderosísima justificación para la existencia de los mismos. Pero así como existen ventajas, se coligen también riesgos asociados a este tipo de contratación como es la producción de cláusulas abusivas o leoninas, es de este modo cómo en opinión de Mauricio Tapia Rodríguez y José Miguel Valdivia Olivares:

¹ FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, *Manual de Derecho Chileno de protección del consumidor*, Santiago, Lexis Nexis, 2003, p. 44.

“Esta norma legitima la contratación por medio de condiciones generales, la facultad del empresario de ofrecerlas e imponerlas y la posición del adherente de aceptarlas pura y simplemente, sin mediar negociación”².

2.2. Contrato por adhesión en la ley N° 19.496

Según Ricardo Sandoval López fue necesario convertir al cliente en consumidor en el momento en que los contratos de adhesión se volvieron en los únicos instrumentos idóneos para la contratación masiva. De esta manera evolucionó de ser simple parte débil en la contratación a sujeto de protección especial en nuestro ordenamiento jurídico³.

En la doctrina se discute respecto del tipo de actos a los cuales es aplicable la normativa de protección al consumidor; en opinión de Mauricio Tapia Rodríguez y José Miguel Valdivia debemos considerar que la normativa contenida en la ley N° 19.496 sólo se aplica a aquellos actos mercantiles que poseen el carácter de mixtos según el artículo 2. Por ende, para el proveedor debe tratarse de un acto mercantil (busca incorporar los bienes o servicios en el giro de sus negocios) y para el consumidor debe ser un acto civil⁴. A pesar de esto en la práctica no se aplica.

Bajo esta misma lógica es que la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores nos otorga el concepto legal de contrato de adhesión en su artículo 1° N° 6:

“es aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”.

Es un concepto que no se encuentra definido en nuestro *Código Civil* ni en el *Código de Comercio*, de manera tal que debiésemos entender que sólo tiene aplicación en los casos regidos por la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores o aquéllos en que ella sea ley supletoria⁵. Pero de la lectura del artículo 2 bis de la ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores podemos deducir que el concepto entregado por esta es supletorio.

Los requisitos de forma de los contratos por adhesión que se someten a la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores son indicados en su artículo 17, colocando especial énfasis en las exigencias de legibilidad, idioma y firmas.

² Mauricio TAPIA y José VALDIVIA, *Contrato por adhesión ley N°19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 50.

³ Ricardo SANDOVAL LÓPEZ, *Derecho Comercial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, tomo I, vol. I, p. 130.

⁴ TAPIA y VALDIVIA, *op. cit.*, p. 53.

⁵ SANDOVAL, *op. cit.*, p. 132.

El requisito del idioma puede renunciarse de parte del consumidor según lo indicado por el artículo 17 inciso 3. La exigencia de la firma se recoge del inciso final del mismo artículo 17, siendo esta última una regla de carácter excepcional, ya que en los actos contraídos por escrito, la rúbrica o firma de todas las partes participantes es el reflejo de la voluntad contractual necesaria para obligarse⁶.

En opinión de Francisco Fernández Fredes los requisitos relativos a la legibilidad e inteligibilidad del convenio miran a garantizar que la voluntad al momento de la aceptación del adquiriente sea expresada en conciencia, la vulneración de éstos acarrearía la nulidad del contrato por vicio del consentimiento o, incluso, la inexistencia por falta de consentimiento⁷.

2.3. Contratación electrónica

Un primer asunto que hay que ver, es que estudiar contratos electrónicos precisa conocer de Derecho de Contratos, porque no existe el Derecho Tecnológico propiamente tal. En esto último no existen sorpresas, pues la mayoría de estas reglas se solucionan con legislación contractual.

Para saber si estamos ante la presencia de un contrato electrónico lo más importante es que se produzca por medios electrónicos, cuya oferta y aceptación se produzca por vía electrónica. De este modo si una oferta se hace vía web y la aceptación se produce por el mismo medio estamos frente a un caso de contratación electrónica⁸. De modo similar opina Ruperto Pinochet Olave al indicarnos que un contrato electrónico se distingue por contar en soporte informático⁹.

Una particularidad es la forma en que se nos presenta la voluntad de obligarse. Por lo general, las personas saben cuando están celebrando un contrato vía papel, no así en un entorno electrónico. Donde no resulta evidente que pulsar un ícono o navegar por la web constituyan una expresión de la voluntad, quedando, de este modo, obligado al aceptar los términos o condiciones de un convenio electrónico. Lo que se busca es que el consumidor tenga de manera clara una advertencia de que este tipo de actos constituyen aceptación, lo cual debe ser advertido con anterioridad a ejercer su uso o no¹⁰.

Las plataformas electrónicas presentan ventajas por sobre la contratación en papel. Algunas razones de esto:

⁶ SANDOVAL, *op. cit.*, pp. 142-143.

⁷ Fernández, *op. cit.*, p. 44.

⁸ Iñigo DE LA MAZA, "Ofertas sujetas a reserva: A propósito de los términos y condiciones en los contratos celebrados por medios electrónicos", 2009, en [/www.scielo.cl/pdf/revider/v22n2/art05.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/revider/v22n2/art05.pdf), consultado el 15 de septiembre de 2011.

⁹ Ruperto PINOCHET, *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001, p.41.

¹⁰ Iñigo De la Maza, "Los contratos por adhesión en plataformas electrónicas: una mirada al caso chileno", (sin año) en: www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/inigo_de_la_maza/contratos%20electronicos.pdf, consultado el 15 de septiembre de 2011.

I. Facilidad para examinar los términos del contrato.

Es mucho más sencillo realizar el examen frente a la pantalla de un computador que con un vendedor presionándonos para contratar un producto o servicio, además, que este último no nos permite el acceso a un ejemplar de manera posterior a la firma del mismo.

II. Comparación.

El acceder a una gran cantidad de contratos vía web nos permite comparar con un bajo costo las distintas condiciones en que se ofrecen productos o servicios idénticos o similares, permitiéndonos el elegir aquel proveedor que ofrezca los mejores términos.

III. Experiencias de los consumidores.

La web nos permite acceder y difundir las distintas experiencias que los usuarios o consumidores tienen respecto de proveedores que hacen uso de cláusulas abusivas¹¹.

AUSENCIA DE ESTATUTO AUTÓNOMO

Cuando hablamos de contratación electrónica nos enfrentamos a la inexistencia en la actualidad de un estatuto autónomo que reglamente la celebración de contratos por medios electrónicos, por lo que tenemos que estudiar dos legislaciones:

- i. Ley N° 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma¹², que establece un principio de equivalencia en materia de negocio jurídico. La regla general es que todo lo que se haga en papel se puede reproducir electrónicamente con las mismas consecuencias.
- ii. Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores de 1977.

16

NUEVAS ADHESIONES AL BESTIARIO JURÍDICO, LOS CONTRATOS BROWSE Y CONTRATOS CLICK

Contrato Browse

Se caracteriza porque se entiende celebrado por el sólo hecho de visitar una página web. De este modo, se entiende que cada vez que se visita un determinado portal o página web se aceptan los términos y condiciones de los mismos.

Contrato Click:

Está regulada la tratativa, se caracteriza porque sólo se entiende celebrado o perfeccionado el contrato al efectuar el clic sobre la opción “acepto los términos y condi-

¹¹ De la Maza, “Los contratos por adhesión en plataformas...”, *op. cit.*

¹² Ley N° 19.799 de 2002, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma. *Diario Oficial*, 12 de abril de 2002.

ciones” o similares, estando desplegados en la misma página web o poder acceder a ellos mediante un vínculo.

El artículo 12 A de la ley N° 19.496 indica el modo en que las condiciones en que se ofrece el bien o servicio deben ser dispuestas para que se comprenda que el consumidor tuvo un acceso al contenido del contrato. Lo que preocupa al legislador no es el contenido contractual, sino que tenga un acceso razonable al mismo, de tal manera de no poder argumentar el desconocimiento acerca de su existencia.

Respecto a la formación del consentimiento por medio de instrumentos electrónicos debemos considerar que la ley N° 19.496 de acuerdo con su artículo 2 posee el carácter de supletoria y aplicable a este tipo de contratación (por plataformas electrónicas) en cuanto contratación de bienes o servicios de parte de los consumidores, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de éstas así como de las indemnizaciones y su procedimiento acorde con la ley N° 19.946.

Tal como tratábamos con anterioridad, del tenor del artículo 12 A de la ley N° 19.496 no se entenderá formado el consentimiento si el consumidor no tuvo acceso (claro, comprensible e inequívoco) a las condiciones generales del contrato electrónico, tampoco existirá consentimiento si no tiene la posibilidad de almacenarlos (mediante un documento en formato .doc o .pdf, por ejemplo) o imprimirlos (respaldo físico en papel). Aún más, el proveedor deberá enviar una confirmación escrita (que podrá ser de manera electrónica) del contrato, una vez perfeccionado, la cual deberá contener una copia clara, íntegra y legible del contrato suscrito por el consumidor. Adicionalmente, conforme con el artículo 14 de la ley N° 19.946 si el proveedor ofrece productos usados, refaccionados o con alguna deficiencia, o si en su uso se usaron partes o piezas usadas, es obligación del proveedor el informar estas situaciones al consumidor.

El artículo 32 inciso segundo de la ley N° 19.496 nos indica que cuando se suscriben contratos por plataformas electrónicas, el proveedor debe indicar clara e inequívocamente los pasos para la suscripción del o los contratos ofrecidos. Lo que resulta fundamental para que el adquiriente esté informado de cuando se generó el consentimiento en este tipo de plataformas.

Ahora, un tema interesante y complejo en cuanto a contratación electrónica es cómo saber el lugar donde se produce la aceptación y qué legislación le es aplicable a un contrato suscrito mediante plataforma electrónica. La importancia de esto radica en que, de este modo, sabremos qué legislación aplicar para interpretar el contrato suscrito. En la actualidad, se sostiene que debe aplicarse la legislación del lugar donde se encontraba el computador o servidor (alojamiento técnico de la página web) que contenía el contrato, de no estar claro lo que disponga las cláusulas de arbitraje (legislación bajo la cual se llevara a cabo). Y en el último caso sino existe estipulación alguna se aplica la ley del domicilio regular del comprador que contrata.

El principal abuso y complicación que se comete al definir el lugar donde se suscribió el contrato es que si nos guiamos por los dos primeros criterios antes mencionados (lugar del servidor o cláusulas arbitrales) estamos dando una clara ventaja al proveedor, toda vez que puede acomodar esto de tal manera, de definir una legislación

que le resulte ventajosa tanto en términos de cumplimiento de las prestaciones, o de delimitación de la jurisdicción competente o derecho aplicable, generando altos costos de defensa para el comprador, trabando de manera excesiva su posible defensa y exigencia de sus derechos, pues, por lo general, desconocerá la legislación del lugar que se defina, a esto, además, hay que sumarle los posibles costos que se generarían en temas de notificación y juicio (por ejemplo, en el caso de suscribir un contrato electrónico en Chile, que estipula que las notificaciones deben realizarse mediante carta certificada a una oficina ubicada en California, Estados Unidos)¹³.

Una solución que nos parece correcta es la que nos da la legislación española en su ley 34/2002, de 11 de julio, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSICE)¹⁴; estipulando en su artículo 29 que los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar que éste tenga su residencia habitual. Optando por este criterio se considera inseguro aquéllos de alojamiento técnico de la página web desde donde se suscribió el contrato¹⁵. Un criterio muy parecido al que se encuentra contenido en el art 50 A inciso segundo de la ley N° 19.496, al establecer que en el caso de los contratos celebrados por medios electrónicos, en que no sea posible determinar el lugar en que se celebró, será juez competente aquél de la comuna en que resida el consumidor. Hacemos énfasis especialmente en esto último toda vez que en los servicios de *streaming*¹⁶ de series o películas por internet puede resultar complicado el definir la jurisdicción aplicable, pero tomando en consideración que son descargadas a la memoria del computador del consumidor será competente el juez de policía local de la comuna donde este se encuentre (siguiendo el planteamiento tanto del artículo 50 A de la ley N° 19.946 como el del artículo 29 de la ley 34/2002 LSSICE).

18

2.4. Contrato por adhesión en plataformas electrónicas

Existe una diferencia entre los contratos por adhesión que se celebran por medio de papel y aquellos suscritos por vía electrónica. En el primero de los casos el problema es que el contenido sea legible (tamaño de la letra) y comprensible (lenguaje). En el segundo caso, en el entorno electrónico se adiciona otra dificultad, que es el conocimiento por parte del consumidor de la existencia del contrato mismo, y si tuvo posibilidad de acceso a los términos y condiciones de modo razonable¹⁷. Sobre

¹³ PINOCHET, *op. cit.*, p. 69.

¹⁴ Ley 34/2002 sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, publicada el 11 de julio de 2002. España,

¹⁵ FRANCISCO ORDUÑA (comp.), *Contratación y comercio electrónico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003., pp. 57-58.

¹⁶ Para una definición de *streaming* dirigirse al anexo.

¹⁷ DE LA MAZA, "Ofertas sujetas...", *op. cit.*

este punto debemos estar a lo ya desarrollado en los párrafos anteriores acerca de contratación electrónica y los artículos 2, 12 A, 14 y 32 de la ley N° 19.496.

En opinión de Iñigo de la Maza Gazmuri existe un problema con las formas que toman los contratos por adhesión vía electrónica. Donde las protecciones que da el legislador para los adquiridos vía papel no siempre se avienen de manera adecuada con las particularidades de los adquiridos por plataformas electrónicas, de manera especial en el caso de los contratos Browse.

De este modo, los problemas particulares de los contratos por adhesión por vías electrónicas no se relacionan con el contenido de los mismos, sino con el acceso al contenido y la forma en que se expresa la voluntad. De manera tal que ya no es el principal problema si el contenido mismo es abusivo, sino si el consumidor tuvo la oportunidad de conocerlo y accedió en términos que se diera a entender que se obligaba. Si no hubo acceso al contenido o no prestó su voluntad, el carácter abusivo de las cláusulas del mismo es irrelevante en la medida que sin acceso no hay consentimiento, y sin consentimiento no existe contrato¹⁸.

PROTECCIÓN:

Distinta a la que da el mercado frente a las cláusulas abusivas y viene del Estado, en Chile se protege haciendo distinción entre consumidor y los que no tienen esa categoría (proveedor), pero no se consideran las relaciones contractuales de proveedores con proveedores y de consumidores con consumidores.

19

I. Controles *ex ante*

Control anterior a la liberación del contrato al mercado y son una condición para que pueda ser liberado al mercado, el control de un órgano público o negociación de los términos de contractuales con alguna asociación de consumidores. Existe el que, de modo extraordinario, en algunas materias la Superintendencia respectiva (SBIF y SVS) deba autorizar. Esto genera beneficios mientras no vuelva más rígido el control de tal manera que pueda afectar al mercado.

II. Control *ex post*:

Aquél que realiza el Poder Judicial a instancias del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) o una asociación de consumidores.

Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

CONTROL FORMAL O DE INCLUSIÓN:

Atiende a problemas de justicia procedimental, según el cual se llega a un acuerdo que garantice que el consumidor sabe (posee información) lo que está contratando.

¹⁸ DE LA MAZA, "Los contratos por adhesión en plataformas...", *op. cit.*

Esto es recogido en las reglas de los artículos 17, 12 A y 16 letra F de la ley N° 19.496; se trata de reglas procedimentales que aspiran a un conocimiento informado del consumidor para que el cliente posea este acceso a esa información.

Control sustantivo

Problema de justicia sustantiva, si los derechos y obligaciones que surgen de un contrato son equilibrados para consumidor y proveedor.

Existen dos técnicas (ambas en el artículo 16 de la ley N° 19.496):

- i; Lista negra: artículo 16 letras A a la F.
- ii. Cláusula abierta (general): artículo 16 letra G.

Establece mayor discrecionalidad para el juez, y no identifica el supuesto sino que le da pistas para que identifique el supuesto.

3. LEGISLACIÓN NACIONAL

*Ley N° 19.946
sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*

Trata las cláusulas abusivas en su artículo 16, ubicado en el párrafo cuarto sobre “Normas de equidad en estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión”. Esta ley, a diferencia de la legislación comparada, no entrega una definición de cláusula abusiva o leonina, se limita a entregar una lista de estipulaciones que cuando se integran en un contrato por adhesión no producen efecto¹⁹. Esta lista puede ser clasificada de la siguiente forma:

- I. Término, modificación o suspensión del contrato (artículo 16 letras A y B).
- II. Alteración de las reglas generales de responsabilidad (artículo 16 letras C y E).
- III. Incidencia en el procedimiento y en la prueba (artículo 16 letra D e inciso final).

Las cláusulas abusivas poseen como sanción la nulidad parcial del contrato, por tener un vicio que impide el normal ejercicio de sus derechos por parte de uno de los contratantes. En esta materia hablamos de nulidad y absoluta, ya que se deja nula sólo la cláusula considerada abusiva (entendiéndose inexistente), quedando el resto del contrato vigente según el artículo 16 A de la ley N° 19.946.

El artículo 16 B de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores señala que para declarar la nulidad de una cláusula, la ley lo sujetara al procedimiento del título cuarto de la misma ley “Del procedimiento a que da lugar la aplicación de esta ley y del procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso”. Los procedimientos de defensa del interés colectivo o difuso son los que se caracterizan por ser largos y dilatorios, al ser vistos en instancias especiales y más específicas.

¹⁹ TAPIA y VALDIVIA, *op. cit.*, p. 89.

4. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Para proceder a su estudio en los contratos analizados se distinguió entre las ubicadas en la fase anterior a contratar o momento previo a la formación del consentimiento y aquéllas en la fase contractual propiamente tal.

De igual modo se clasificó entre las pertenecientes a la lista negra o a la lista gris. Entendiéndose por “lista negra” aquella en que no cabe duda respecto de su abusividad, y por “lista gris” aquellas que resultan sospechosas o nos llaman su atención en cuanto a su redacción, que podrían ser abusivas. Es así como en cada caso se sugiere la eliminación directa de la cláusula analizada o su modificación para salvar la posible abusividad.

Para nuestro objetivo se analizaron los términos y condiciones de las principales tiendas de *retail* del país: Falabella, Ripley y París, que son quienes poseen la mayor cantidad de clientes además del potencial para realizar compras por medios electrónicos. Así, también, se analizaron los términos y condiciones de los sitios netflix.cl y bazuca.com, quienes ofrecen entretenimiento en línea mediante *streaming*. Y, por último, los términos y condiciones del sitiogroupon.cl, que ofrece la compra masiva de bienes y servicios de forma exclusiva mediante internet.

23

4.1. Cláusulas impuestas en la fase precontractual

4.1.1. LISTA NEGRA

4.1.1.1. Desequilibrio en la información entregada.

i. Cláusulas de aceptación de los términos y condiciones de uso

Falabella.com Chile: términos y condiciones

Registro del usuario o cliente:

“Se entenderán conocidos y aceptados estos Términos y Condiciones por el solo hecho del registro. Para comprar productos en el sitio, no es necesario estar registrado. El registro de cada

usuario se verificará completando y suscribiendo el formulario que al efecto se contiene en el sitio y su posterior envío, el cual se realiza automáticamente mediante un 'click' en el elemento respectivo”.

Ripley.cl: términos y condiciones

Términos y condiciones de venta:

“... Cualquier persona que realice una transacción en el sitio www.ripley.cl, wap.ripley.cl, www.ripleychannel.cl o a través del número telefónico que Ripley destine para tal efecto, conoce y acepta todas y cada una de las condiciones descritas a continuación”.

Netflix.cl: términos de uso

Aceptación de los Términos de uso:

“... Al utilizar, visitar o navegar por el servicio de Netflix, acuerda y se compromete a cumplir los presentes Términos de uso. Si no está de acuerdo con estos Términos de uso, no debería utilizar el servicio de Netflix, incluidos el sitio web y las interfaces de usuario”.

24

Groupon.cl: términos y condiciones

Introducción:

“... El acceso al Sitio, en forma directa o indirecta, y su uso y/o descarga de información contenida en él supone que Ud. acepta los presentes términos del servicio en todas sus partes. Por el contrario si Ud. no aceptare los presentes términos del servicio, deberá abstenerse de acceder a este sitio, ya sea directa o indirectamente, y de utilizar cualquier información o servicio provista por el mismo”.

Bazuca.com: cine y DVD, condiciones de uso

Términos y condiciones de uso de suscripción de películas:

“... Antes de contratar el Servicio, el Suscriptor debe leer cuidadosamente estas Condiciones de Uso, ya que para todos los efectos legales, por el mero uso del servicio el Suscriptor acepta y reconoce que ha revisado y que está de acuerdo con las Condiciones de Uso, incluyendo las eximentes de responsabilidad que se mencionan a continuación”.

Norma infringida:

Artículos 3 letra B y 16 letra G.

Comentarios:

Cuando las empresas estipulan cláusulas de este tenor infringen la buena fe contractual (y, de este modo, violar el artículo 16 letra G), que es muy difícil que el consumidor conozca los términos y condiciones de uso, sobre todo en el de la contratación electrónica, que suele disponerse en lugares poco accesibles para el usuario.

Además, se vuelven ilegales por que se invierte la carga respecto a quien debe poner en conocimiento acerca de los términos y condiciones de uso; de esta manera, los proveedores incumplen con el deber de un conocimiento veraz y oportuno de parte de consumidor. Incumpliendo lo estipulado por el artículo 3 letra B respecto del deber de informarse.

Debemos considerar que en el Derecho Comparado la directiva 93/13/CEE²⁰ en su anexo considera como abusivas todas aquellas cláusulas en que se haga constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a términos o condiciones de uso a los cuales no ha tenido real acceso.

Sugerencia:

Debido a que estas cláusulas son abusivas, por imponer un conocimiento y entendimiento previo, deben ser eliminadas.

4.2. Cláusulas impuestas en la fase contractual

25

4.2.1. LISTA NEGRA

4.2.1.1. Cláusulas que generan un desequilibrio en materia de responsabilidad

i. Exclusión de responsabilidad por información proporcionada por otros sitios web

Falabella.com Chile: términos y condiciones.

Otros sitios web:

“Las empresas no tendrán responsabilidad sobre la información proporcionada por otros sitios web y las consecuencias que de ello se deriven. Las empresas no garantizan, avalan ni respaldan de ninguna forma el acceso, información o contenido de cualquier otro sitio web o portal en los casos que dicho acceso se efectúe desde o hacia éste, ya sea que dicho acceso se efectúe mediante link, banner o mediante cualquier dispositivo disponible en la red”.

²⁰ Consejo de Europa, directiva 93/13/CEE sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores, publicada el 5 de abril de 1993.

Ripley.cl: términos y condiciones

Términos y condiciones de venta:

“Ripley Internet no se responsabiliza de información proporcionada por otros sitios web y las consecuencias derivadas de ello, especialmente cuando el acceso al sitio de Ripley Internet se ha efectuado a través de un link o banner en sitios que no dispongan de contratos o alianzas con Ripley Internet”.

Netflix.cl: términos de uso

Vínculos y páginas:

“... Netflix no ha revisado estos sitios web y no es responsable por las ofertas de ninguno de estos sitios o de los contenidos, políticas de privacidad o términos de uso de los sitios web o Aplicaciones. Usted reconoce y acuerda que Netflix no es responsable por los actos de terceros, los productos o contenidos de los sitios web o el funcionamiento de las Aplicaciones o dispositivos y no otorga ninguna garantía en tal sentido”.

Groupon.cl: términos y condiciones

Vínculos:

“La función de los links que se encuentran en este sitio es meramente informativa, y se limita solo a dar a conocer al usuario otras fuentes de información relacionadas a las materias propias del sitio. Groupon en ningún caso es responsable de la información que directa o indirectamente se pueda obtener de los sitios a los que se acceda a través de los hipervínculos contenidos en el sitio”.

Bazuca.com: Música, Condiciones de uso

Conexiones a otros sitios:

“El Portal podrá contener links a otros sitios que no necesariamente cumplen con la legislación nacional o estándares de seguridad adecuados, los cuales son operados por personas distintas. Bazuca no se hace responsable bajo ningún respecto por la información contenida en ellos, ni por las consecuencias de la utilización de los mismos. La conexión a otros sitios es de exclusiva responsabilidad del Usuario”.

Norma infringida:

Artículo 16 letra E.

Comentario:

Nuestra legislación castiga este tipo de cláusulas al establecer que son de carácter ilegal, cada vez que las mismas eximan de la eventual responsabilidad que pueda

recaer sobre el proveedor tanto de bienes como de servicios. En este caso puntual, realizamos un llamado de atención ante los enlaces o *links* que se vinculan de forma directa desde la página web del proveedor hacia portales o contenidos de carácter externo. Es en este caso que son responsables de los eventuales daños que pueda sufrir el comprador como resultado de la visita a los sitios dirigidos por estos enlaces desde sus propios portales. Es deber de los titulares de las páginas web asegurar que tanto la publicidad (incluida aquella que redirige al visitante del portal a otro distinto) como la información ofrecida son certeros, y, mas aún, que no contemplan un riesgo para la seguridad informática de los consumidores (portales libres de virus, por ejemplo).

Sugerencia:

Este tipo de cláusulas son calificadas como negras, por esta razón deben ser eliminadas de los contratos.

ii. Exclusión de garantía y errores en la información tanto de productos como de servicios ofrecidos a través de terceros, o de productos, servicios “compatibles” o ambos, o “listos para” un producto o servicio específico.

Netflix.cl: términos de uso

Membresía y facturación:

“Algunas de estas membresías promocionales son ofrecidas a través de terceros junto con la provisión de sus propios productos y servicios. No somos responsables por los productos y servicios provistos por dichos terceros”.

Aplicaciones:

“(…) (iii) al utilizar una aplicación lo hace libremente y asume todos los riesgos asociados, y mantendrá indemne a Netflix por compartir la información relativa a su cuenta de Netflix que resulte del uso que haga de una Aplicación”.

“... Netflix no asume ninguna responsabilidad por el uso que haga de las aplicaciones”.

Exclusión de garantías y limitaciones de responsabilidad:

“(…) Netflix Manifiesta Expresamente Que No Asume Responsabilidad Alguna Por El Uso De Las Aplicaciones, Los Dispositivos Listos Para Netflix Y El Software De Netflix (Entre Otras Cosas, Respecto De La Compatibilidad Con Nuestro Servicio).

Exclusión de garantías y limitaciones a la responsabilidad:

“Netflix no presta ninguna declaración o garantía respecto de los dispositivos listos para netflix ni la compatibilidad de los dispositivos

con nuestro servicio. Los distintos contratos de licencia para usuario final de software de terceros que haya acordado a fin de acceder a nuestro servicio pueden contener exclusiones adicionales o limitaciones a la responsabilidad”.

Groupon.cl: términos y condiciones.

Términos y condiciones adicionales para todos los productos y servicios ofrecidos a través de Groupon:

“El titular y el emisor de los Groupones es el Comerciante. Como titular y del emisor del Groupon, el Comerciante será plenamente responsable de cualquier y todas las lesiones, enfermedades, daños y perjuicios, demandas, responsabilidades y costos sufridos por o en relación con un cliente, causados en su totalidad o en parte por el Comerciante, así como de cualquier responsabilidad derivada de Groupones no canjeados”.

Información sobre el derecho de revocación:

“(…). El SOCIO respectivo realiza la prestación certificada en el Groupon en nombre propio y por cuenta propia frente al cliente, por lo que Groupon no responde frente al cliente por incumplimiento de obligaciones del SOCIO a la hora de realizar la prestación”.

28

Bazuca.com: música, condiciones de uso.

Limitación de responsabilidades:

“Bazuca no garantiza ni asegura que el uso de los servicios proveídos a través del Portal será libre de errores o ininterrumpido. El Usuario acepta que Bazuca puede interrumpir temporalmente el servicio para efectuar la mantención del sitio, o poner término a los servicios ofrecidos. El Usuario reconoce y acepta que el Contenido Digital ofrecido a través del Portal es licenciado a Bazuca por terceros... En consecuencia, la terminación de la relación comercial entre Bazuca y los proveedores del Contenido Digital conllevará el término de los servicios ofrecidos a través del Portal”.

“... No obstante el hecho que Bazuca haya adoptado todas las medidas necesarias para proveer un servicio seguro, no garantiza que los servicios ofrecidos a través del servicio se encuentren libres de errores interferencias, riesgo de hacking, o cualquier otro componente de carácter dañino... El Usuario acepta los eventuales riesgos que algún virus, hacker, u otro tipo de interferencia que quede fuera del ámbito de control de Bazuca pudiera ocasionar en sus equipos e información, liberando a Bazuca de toda responsabilidad”.

Norma infringida:

Artículos 16 letras D, E y G, 3 letra B.

Comentario:

Como en ocasiones anteriores con este tipo de cláusulas se libera la responsabilidad por la garantía (artículos 19, 20, 40 y 41) al proveedor tanto de productos como de servicios. ilegal al tenor de la ley N° 19.946. Especialmente delicada es la situación en las cláusulas mencionadas, cada vez que son servicios o productos producidos por terceros que el cliente adquiere mediante la web del proveedor; por ello, éste no puede desligarse de la eventual responsabilidad en caso de fallas o daños provocados al consumir o utilizar estos productos de terceros ofrecidos con su intermediación. Además, la garantía por los productos o servicios es irrenunciable para el consumidor de forma anticipada (artículo 4).

A su vez, estamos ante cláusulas que atentan contra la buena fe contractual, el consumidor al ver etiquetas como “compatible” o “lista para” un determinado servicio o producto, presumirá en todos los casos que son compatibles y en caso de falla será el proveedor del servicio o producto quien deberá responder ante una posible incompatibilidad de un producto o servicio que haya certificado como compatible, debiendo compensar al consumidor. Además, de nuevo se viola la seguridad que debe otorgar el proveedor respecto de sus productos, servicios o ambos para el consumidor.

29

Sugerencia:

Debido a que estamos ante cláusulas abusivas, se sugiere que deben ser eliminadas del contrato.

iii. Exclusión de responsabilidad por daños o pérdidas provocadas por el proveedor tanto de productos como de servicios

Netflix.cl: términos de uso

Exclusión de garantías y limitaciones a la responsabilidad:

“En ningún caso Netflix, sus subsidiarias y sus accionistas, directores, ejecutivos, empleados o licenciantes serán responsables (en forma individual o en su conjunto) ante el usuario por los daños personales o por cualquier daño especial, incidental, indirecto o remotos, o cualquier daño que surgiera de la pérdida de uso, datos o ganancias, lucro cesante o cualquier otro daño o pérdida de naturaleza comercial, ya sea que se hubiera advertido o no la posibilidad del daño y cualquier responsabilidad que pudiera surgir con el uso o la prestación del servicio de Netflix, nuestro sitio web e interfaces de usuario, y todo el contenido y el software asociado al sitio web o a las interfaces de usuario o al servicio de Netflix, incluidos los discos ópticos, las carac-

terísticas o funcionalidades del servicio. Nuestra responsabilidad total por cualquier daño o pérdida provocada por el uso o la imposibilidad de utilizar el servicio de Netflix, incluido el sitio web, las interfaces de usuario y todo el contenido y software asociado) no podrá exceder en ningún caso el monto de la cuota mensual de membresía correspondiente al plan del cliente en cuestión (salvo en la medida en que la ley disponible exija lo contrario en casos relativos a lesiones personales). Las limitaciones antedichas se aplicarán incluso si el resarcimiento previsto no cumple su última finalidad”.

Groupon.cl: términos y condiciones

Fallas de sistema:

“Groupon no se responsabiliza por cualquier daño, perjuicio o pérdida al Usuario causados por fallas en el software, en el servidor o en Internet. Groupon tampoco será responsable por cualquier virus que pudiera infectar el equipo del Usuario como consecuencia del acceso, uso o examen del sitio o a raíz de cualquier transferencia de datos, archivos, imágenes, textos, o audio contenidos en el mismo”.

“Los usuarios no podrán imputarle responsabilidad alguna ni exigir pago por lucro cesante, en virtud de perjuicios resultantes de dificultades técnicas o fallas en el software, los sistemas o en Internet. Groupon no garantiza el acceso y uso continuado o ininterrumpido de su sitio. El sistema puede eventualmente no estar disponible debido a dificultades técnicas o fallas de Internet, o por cualquier otra circunstancia ajena a Groupon; en tales casos se procurará restablecerlo con la mayor celeridad posible sin que por ello pueda imputársele algún tipo de responsabilidad. Groupon no será responsable por ningún error u omisión contenidos en el Sitio web”.

Responsabilidad:

“Groupon no es responsable por la pérdida o el daño eventual que puedan sufrir los archivos que le son enviados para la prestación de sus servicios, ya sea por problemas técnicos, hecho suyos o de sus dependientes, razón por la que es responsabilidad del Usuario el respaldo de la información que se envía para la prestación de los servicios”.

Norma infringida:

Artículos 16 letra E, 3 letra E, 19, 21, y 40.

Comentarios:

Estamos ante cláusulas abusivas o leoninas. En ningún caso el proveedor podrá establecer cláusulas eximentes de responsabilidad que impidan obtener un resarcimiento por los daños o perjuicios sufridos por el incumplimiento o fallas tanto de los bienes como de servicios ofrecidos por este.

Sugerencias:

Como estamos ante cláusulas abusivas lo que debe hacerse es eliminarlas del contrato.

iv. Exclusión de responsabilidad por daños producto de información publicada a través del sitio web de un proveedor de productos, servicios o ambos

Netflix.cl: términos de uso

Contenido del entretenimiento y del servicio:

“... Netflix, sus accionistas, directores, ejecutivos, empleados o licenciantes no serán responsables en ningún caso por pérdidas o daños provocados por confiar en la información obtenida a través del servicio de Netflix”.

Norma infringida:

Artículos 16 letra E, 3 letra B y 16 letra G.

Comentarios:

La información que los proveedores publiquen en sus sitios web debe ser veraz (artículo 3 letra B), porque el consumidor no posee posibilidad de comprobar si es cierta o no, mas aun ateniéndose a la buena fe contractual no tiene por qué desconfiar del proveedor. Es por esto que cláusulas de este tipo, en que el proveedor se exima de toda responsabilidad por información publicada en su sitio web son ilegales, e impide al consumidor obtener el adecuado resarcimiento ante los daños sufridos en caso de información de carácter erróneo publicada por el proveedor de productos, servicios o ambos.

31

Sugerencia:

Este tipo de cláusulas debe ser eliminada de los contratos porque que son de carácter abusivo.

v. Exclusión de responsabilidad respecto del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el proveedor

Groupon.cl: términos y condiciones.

Condiciones de venta:

“... El Comerciante, no Groupon, es el vendedor de los bienes y servicios y es el único responsable de entregar el producto o prestar el servicio de cualquier Groupon que usted compra a través del sistema de Groupon”.

Norma infringida:

Artículos 16 letra E y 3 letra E.

Comentarios:

Al igual que en casos anteriores estamos ante una eximente de responsabilidad frente a incumplimientos de un producto, servicio o ambos ofrecido y comprado a través de su web. Aunque estos bienes, servicios o ambos sean ofrecidos por terceros, el proveedor del sitio web no puede desligarse de la responsabilidad que le cabría en caso de que este tercero incumpliera las obligaciones contraídas con el consumidor.

Sugerencia:

Este tipo de cláusulas son clasificadas como abusivas y deben ser eliminadas del contrato.

4.2.1.2. Cláusulas que facultan al proveedor para modificar a su propio arbitrio o dejar sin efecto el contrato, o suspender unilateralmente su ejecución

i. Formación del consentimiento

32

Falabella.com Chile: términos y condiciones

Formación del consentimiento en los contratos celebrados a través de este sitio:

“A través de este sitio web las empresas realizarán ofertas de bienes y servicios, que podrán ser aceptadas a través de la aceptación, por vía electrónica o telefónica, y utilizando los mecanismos que el mismo sitio ofrece para ello. Toda aceptación de oferta quedará sujeta a la condición suspensiva de que la empresa oferente valide la transacción. En consecuencia, para toda operación que se efectúe en este sitio, la confirmación y/o validación o verificación por parte de la empresa oferente, será requisito para la formación del consentimiento”.

Norma infringida:

Artículos 16 letra A, 12 y 13.

Comentarios:

Nuestra legislación considera como ilegales aquellas cláusulas que facultan al proveedor para dejar sin efecto un contrato. En este caso estamos ante la formación del consentimiento y en los contratos electrónicos se produce al momento de la aceptación de parte del consumidor y en ningún caso este consentimiento puede ser sometido a confirmación de parte del proveedor; y menos aún el de estipular

como condición suspensiva para la formación del consentimiento el que el proveedor apruebe o valide la transacción.

Derecho Comparado

En el Derecho Comparado la directiva 93/13/ CEE establece que podrán ser consideradas como abusivas aquellas cláusulas donde se prevé una obligación afirme del consumidor mientras que las del proveedor están sometidas a una condición que depende de su mera voluntad.

Sugerencia:

Debido a que estamos ante una cláusula de carácter abusivo ésta debiese ser eliminada.

ii. Resolver (terminar) el contrato

Ripley.cl: términos y condiciones

Términos y condiciones de venta:

“... Ripley podrá dejar sin efecto las compras en las que los datos entregados por el cliente no coincidan con las bases de datos disponibles de Ripley, o respecto de las cuales no se hubiere efectuado la validación señalada precedentemente dentro de las 72 horas siguientes a la orden de compra. Esto es, si fuese necesario contactar al titular de una cuenta, y pasadas las 72 horas siguientes a la orden de compra no fuese posible, Ripley Internet dejará sin efecto dicha transacción...”.

“En caso que el precio de un producto, por un error involuntario de Ripley, se encuentre publicado a un precio inferior al real valor del mismo, la empresa estará facultada para dejar sin efecto la transacción y anular la venta”.

“Las compras realizadas en el sitio están sujetas a disponibilidad de stock”.

Pasadas 72 hrs. sin conseguir hacer contacto, tu orden de compra será anulada”.

Netflix.cl: términos de uso

Derecho de rescisión:

“Nos reservamos el derecho de rescindir o restringir el uso que haga del servicio, sin aviso, con o sin causa”.

Norma infringida:

Artículo 16 letra A, 3 letras A y B.

Comentarios:

Los proveedores no podrán dejar sin efecto de manera unilateral los contratos contraídos, ya que este tipo de estipulaciones se consideraran como no escritas según lo estipulado por la ley N° 19.946. Para que este tipo de estipulación produjese efecto tendría que haber una rescisión de mutuo acuerdo entre proveedor y consumidor.

Sugerencia:

Este tipo de cláusulas posee un carácter abusivo, por lo cual deben ser eliminadas de los contratos.

iii. Modificar el contrato

Netflix.cl: Términos de uso

Modificación de los términos de uso:

“Netflix se reserva el derecho de modificar, cuandoquiera le parezca, con o sin aviso, los presentes Términos de uso, incluidos la Política de privacidad y el EULA, a su única y total discreción”.

Membresía y facturación:

“... Nos reservamos el derecho a modificar, rescindir o modificar de cualquier otra forma los planes de membresía que ofrecemos”.

Como funciona nuestro servicio de transmisión:

“Nos reservamos el derecho de, a nuestra única y total discreción, modificar la forma en que funciona nuestro servicio cuandoquiera nos parezca y sin aviso. Las explicaciones sobre cómo funciona nuestro servicio no deben considerarse declaraciones u obligaciones respecto de cómo funcionará el servicio en todo momento. Realizamos ajustes al servicio constantemente y algunos de esos ajustes no están reflejados en su totalidad en estos Términos de uso”.

Exclusión de garantías y limitaciones a la responsabilidad:

“...Y usted acuerda que Netflix podrá eliminar o modificar de cualquier otra forma cualquiera o todos los aspectos del servicio de Netflix, incluida la funcionalidad, sin aviso ni indemnización”.

Norma infringida:

Artículo 16 letra A y G, artículo 12.

Comentarios:

El proveedor, acorde con la normativa contenida por la ley N° 19.496, nunca podrá modificar de manera unilateral, y menos sin previo aviso, los términos y condiciones estipuladas en un contrato. Este tipo de cláusulas lesionan en principio de la buena fe contractual toda vez que fue el proveedor quien estipulo los costos de la ejecución del contrato y tratara de modificarlos cada vez que estos costos sean muy altos y no los quiera asumir. Además, este tipo de cláusulas permiten no respetar los términos y condiciones del contrato, lo que está expresamente prohibido por el artículo 12.

Derecho Comparado

En el Derecho Comparado la directiva 93/13/CEE establece que serán de carácter abusivos aquellas cláusulas que autorizan al proveedor para modificar unilateralmente los términos del contrato sin justificación alguna.

Sugerencia:

Dado que estamos ante cláusulas de carácter abusivo estas debiesen ser eliminadas del contrato.

iv. Suspensión unilateral del contrato.

Bazuca.com: música, condiciones de uso.

35

Bloqueo de acceso:

“Bazuca podrá impedir al Usuario el acceso y uso del Servicio cuando razonablemente considere que ha infringido las Condiciones de Uso o algún derecho de propiedad intelectual. Bazuca se reserva el derecho de restringir el uso del servicio a aquellos clientes que mantengan obligaciones pendientes con Bazuca.com”.

Norma infringida:

Artículo 16 letra A.

Comentarios:

De nuevo estamos ante una cláusula abusiva o leonina. En este caso el proveedor no puede suspender la prestación o acceso a un servicio de manera unilateral. Este tipo de cláusulas son contrarias a la normativa de la ley N° 19.946, especialmente son contrarias a la buena fe contractual.

Sugerencia:

Este tipo de cláusulas son clasificadas como abusivas o leoninas y debiesen ser eliminadas del contrato.

4.2.1.3. Cláusulas que obstaculizan el cambio o devolución de los productos, servicios o ambos

i. Exigencia de productos sin uso y sellados además de cargar al consumidor los costos de retiro de los productos

Falabella.com Chile: términos y condiciones.

Procedimiento de cambios y devoluciones:

“... Esto sólo se cumplirá si el producto adquirido a través de este sitio fuera devuelto sin uso, sellado de fábrica, con sus etiquetas, embalaje y accesorios originales, y junto con su boleta respectiva”.

“En este caso, el cliente asumirá el costo de retiro que será equivalente al costo de despacho. Por seguridad, los productos cuya caja tenga un volumen superior al de una caja de un televisor de 21”, deberán ser retirados en el domicilio, siendo el cliente quien pague el costo del retiro”.

“El producto debe estar sin uso, con etiquetas, en perfectas condiciones y debe tener los embalajes originales. Debes entregar todos sus accesorios, manuales y pólizas de garantía”.

“Los gastos de envíos y retiro del producto en caso de devolución, correrán por cuenta del cliente. Por motivos de seguridad, el cliente no podrá hacer este despacho o retiro por sus propios medios”.

36

Norma infringida:

Artículo 16 letra G.

Comentarios:

Este tipo de estipulaciones son contrarias a la buena fe contractual, de seguir las al pie de la letra el consumidor al adquirir tanto un producto como un servicio, no podría llegar a utilizarlo (exigencia de producto sin uso y sellado), y de esta manera saber si cumple sus expectativas o no. El sólo hecho de ocuparlos para prueba implicaría el no poder cambiar, devolver o ambos el producto. Sumado a esto es abusivo el que el cliente deba soportar un cobro por el retiro del producto que ya pagó los costos por el despacho de los mismos.

Cabe hacer la acotación respecto a la determinación del volumen del producto y empaque que puede ser devuelto en local, o viceversa, retirado en domicilio. La cláusula indica como referencia un televisor de 21”, una medida poco clara que los empaques para televisores difieren unos de otros, y más aún, en la actualidad con los televisores LCD y plasma estos empaques redujeron su volumen considerablemente. Debiese indicarse en este tipo de cláusulas el volumen en metros cúbicos para, de esta manera, evitar problemas de interpretación.

Sugerencia:

Este tipo de estipulaciones según la normativa de la ley N° 19.646 es de carácter abusivo debe ser eliminada del contrato.

4.2.1.4. Cláusulas que permiten al proveedor retener pagos

i. Retención de pagos y denegación de reembolsos por periodos no utilizados o utilizados parcialmente

Netflix.cl: términos de uso

Facturación:

“Los pagos no son reembolsables y no se otorgarán reembolsos ni créditos por periodos utilizados parcialmente. En cualquier momento y por cualquier motivo, podremos otorgar un reembolso, descuento u otra contraprestación a algunos de nuestros miembros o a todos ellos (‘créditos’). El monto y la forma de dichos créditos, y la decisión de otorgarlos, quedan sujetos a nuestra única y total decisión. El otorgamiento de créditos en un caso no le da derecho a recibir créditos en el futuro en casos similares, ni nos obliga a otorgarle créditos en el futuro, en ningún caso”.

Baja:

“... No se otorgarán reembolsos ni créditos por los periodos de membresía utilizados parcialmente o por las películas o series no vistas”.

37

Bazuca.com: cine y DVD, condiciones de uso:

Termino de la suscripción:

“... Bazuca.com no reembolsará las cantidades que correspondan a los días que resten del periodo ya pagado por el Suscriptor”.

Norma infringida:

Artículo 16 letra G.

Comentarios:

Atenta de modo directo contra la buena fe el que el consumidor no pueda ser compensado o reembolsado por el valor tanto de los bienes como de los servicios que no fueron utilizados o utilizados de manera parcial (en el caso de una suscripción cinco días en vez del mes); mas aun, que el proveedor sea quien decida de manera unilateral y a su puro arbitrio si entrega al consumidor una compensación económica ante estos casos.

Acorde con la directiva 93/13/CEE son abusivas todas aquellas cláusulas que facultan al proveedor para retener las cantidades abonadas por el consumidor si este renuncia a la celebración o ejecución del contrato.

Sugerencia:

Este tipo de cláusulas es abusivo, por ende, deben ser eliminados del contrato.

4.2.1.5. Cláusulas que exigen al proveedor de responder respecto de la calidad tanto de los productos como de los servicios ofrecidos

i. Declaración de no prestar garantía respecto de la calidad del servicio

Netflix.cl: términos de uso.

Como funciones nuestro servicio:

“... Netflix no presta ninguna declaración ni garantía respecto de la calidad de su experiencia de ver al instante en su pantalla. Usted puede cambiar la calidad de video de su experiencia de ver al instante a través del vínculo ‘Tu cuenta’ en el sitio web”.

Exclusión de garantías y limitaciones a la responsabilidad:

“El servicio de Netflix, incluido nuestro sitio web y las interfaces de usuario, y todos los contenidos y el software asociado o cualquier otra característica o funcionalidad del servicio de Netflix se ofrecen ‘en el estado en que se encuentran’, con todas sus fallas y sin garantías de ningún tipo. Nosotros y nuestros licenciantes no ofrecemos declaraciones ni garantías de ningún tipo respecto del servicio de Netflix, nuestro sitio web e interfaces de usuario, y todos los contenidos y el software asociados. Netflix no manifiesta, declara ni garantiza que podrá utilizar el servicio de Netflix sin interrupciones o sin errores”.

“En la medida en que lo permite la ley, nosotros y nuestros licenciantes excluimos cualquier declaración o garantía, incluida, por ejemplo, la garantía de comerciabilidad, de calidad satisfactoria, de aptitud para cualquier fin en particular o de respeto de los derechos de autor. Tampoco declaramos ni garantizamos que la información a la que se accede a través de nuestro sitio sea precisa, completa o actualizada. No realizamos ninguna manifestación en relación con el contenido de las películas o series del servicio de Netflix o del contenido de las descripciones de las películas o series contenidas en nuestro sitio web o en las interfaces de usuario. No declaramos ni garantizamos que el uso que haga del servicio de Netflix esté libre de interrupción, pérdida, corrupción, ataque, virus, interferencias, piratería informática o cualquier otra intrusión contra la seguridad y no asumimos ninguna responsabilidad en relación con estos hechos. La información que nosotros o nuestros representantes autorizados proveamos en forma oral o escrita no generará ninguna garantía ni declaración que pueda generar responsabilidad para Netflix o para sus partes vinculadas”.

Norma infringida:

Artículos 16 letra G, 3 letras D y E y 23.

Comentarios:

Todo consumidor tiene derecho a la seguridad en el consumo tanto de los bienes como de los servicios contratados (artículo 3 letra D), a su vez, tiene derecho la reparación ante cualquier daño que le produjesen tanto de los bienes como de los servicios contratados (artículo 3 letra E). Considerando, además, que estipulaciones de este tenor atentan contra la buena fe y producen que el proveedor se desentiende de su obligación de garantía respecto de los productos, servicios o ambos, que está ofreciendo. El comprador no tiene por qué asumir los costos de eventuales fallas tanto en los productos como los servicios ofrecidos por el proveedor.

Al respecto, la directiva 93/13/CEE nos indica que cualquier cláusula que excluya o limite de manera inadecuada los derechos legales del consumidor respecto del proveedor, o de cumplimiento defectuoso de cualquiera de sus obligaciones será considerada como abusiva.

Sugerencia:

Este tipo de estipulaciones es abusiva y como tal clasifica como cláusula abusiva y, por ende, debe ser eliminada del contrato.

4.2.1.6. Cláusulas que facultan el uso de datos e información de carácter personal

i. Utilización de datos personales e información publicada en el sitio web o mediante cualquier otro tipo de comunicación con el proveedor de un producto, servicio o ambos

Netflix.cl: términos de uso

Uso de la información presentada:

“Netflix tiene derecho a utilizar cualquier comentario, información, ideas, conceptos, reseñas o técnicas o cualquier otro material contenido en cualquier comunicación que nos envíe (‘Devolución’), incluidas las respuestas a los cuestionarios o publicaciones a través del servicio de Netflix, incluido el servicio de Netflix y las interfaces de usuario, sin contraprestación, reconocimiento o pago de ningún tipo, con cualquier fin, tales como el desarrollo, la fabricación y comercialización de productos y la creación, modificación o mejora del servicio de Netflix. Asimismo, al publicar una Devolución en nuestro sitio web, presentarnos una Devolución o responder a nuestros cuestionarios, nos otorga una licencia a perpetuidad, sin límites territoriales, no exclusiva y libre de regalías, incluido el derecho de otorgar licencias y publicar, utilizar, reproducir o modificar las devoluciones presentadas en cualquier software o tecnología de cualquier tipo que exista ahora o se desarrolle en el futuro”.

39

Norma infringida:

Artículo 16 letra G, artículos 3 y 4 ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada²¹.

Comentarios:

Acá estamos ante una clara violación de la buena fe que se produce cuando el consumidor se registre en un servicio, navegue por una web o haga comentarios, mas aun cuando se comunique con servicio al cliente está disponiendo a favor del empresario de la información. El proveedor podrá hacer uso y manejo de este tipo de información, pero con observación de la Ley sobre Protección de la Vida Privada, pudiendo el consumidor negarse a que los datos e información entregada sean utilizados con fines de mercado (art 3 ley N° 19.628). La persona debe ser debidamente informada que está autorizando la utilización y tratamiento tanto de sus datos como de la información proporcionada a un proveedor, debiendo realizarse por escrito.

Sugerencia:

Este tipo de estipulación viola la normativa tanto de protección de derechos del consumidor como sobre protección de la vida privada y es una cláusula abusiva.

40

4.2.1.7.Cláusulas de arbitraje

i. Omisión de la indicación al consumidor de la posibilidad de recusación del árbitro y posibilidad de poder dirigirse a tribunales

Netflix.cl: términos de uso

Acuerdo de arbitraje:

“El usuario y Netflix acuerdan que cualquier diferencia, reclamo o controversia que surgiera del servicio de Netflix o en relación con tal servicio, las interfaces de usuario, los presentes Términos de uso y el Acuerdo de arbitraje se resolverán por vía de arbitraje vinculante en lugar de recurrir al tribunal competente. El arbitraje es más informal que un juicio ante un tribunal. El arbitraje recurre a un árbitro imparcial en lugar de juez o jurados, permite un período de instrucción más breve que el tribunal y está sujeto a revisión muy limitada por parte del tribunal. Los árbitros pueden ordenar el pago de daños y perjuicios y el mismo resarcimiento que un tribunal”.

Norma infringida:

Artículo 16 letra G, incisos penúltimo y final, artículos 13 y 16 ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada.

²¹ Ley N° 19.628 de 1999, sobre Protección de la Vida Privada, *Diario Oficial*, 28 de agosto de 2009.

Comentarios:

Este tipo de cláusulas facilita la imposición de tribunales y legislaciones favorables a los intereses del proveedor, toda vez que las costas del mismo hagan impracticable para el consumidor el recurrir ante el árbitro. Además de la imparcialidad del árbitro, que por lo general será de la confianza del proveedor. Por lo general este tipo de estipulación desincentiva al comprador, defraudando su expectativas, y que es muy probable que estas estipulaciones. Por esto se produce una violación a la buena fe contractual al elevar los costos de litigación del consumidor, además, de someterlo a legislaciones que desconoce.

No se incluye en la cláusula indicación alguna respecto del derecho del consumidor de recusar al árbitro e, incluso, mas el poder recurrir a tribunales de justicia en vez de arbitraje es un derecho del consumidor.

Sugerencia:

Esta estipulación es una cláusula abusiva o leonina y como tal debe ser eliminada del contrato. En caso de no eliminarla, sí debe ser modificada para incorporar la indicación del derecho a recusación del árbitro de parte del consumidor.

4.2.2. LISTA GRIS

4.2.2.1. Cláusulas que supediten el cumplimiento del proveedor a formalidades particulares no exigidas en la ley

41

i. Formación del consentimiento

Paris.cl: formación del consentimiento en los contratos celebrados a través de este sitio.

“Al ser aceptada una o más de estas ofertas ofrecidas en el sitio web, ésta quedará sujeta a que se valide la transacción. En consecuencia, para toda transacción que se efectúe en este sitio, la confirmación, validación y verificación por parte de Paris S.A o de otras empresas ofertantes en el sitio web, será requisito para la formación del consentimiento. Para validar la transacción se verificará lo siguiente:

- 1) Stock disponible de los productos o servicios ofrecidos al momento en que se acepta la oferta.
- 2) Validación del medio de pago elegido por el cliente.
- 3) Validación de los datos registrados por el cliente. Estos deberán coincidir con los ingresados por el cliente en el sitio web al momento de registrarse o al momento de haber aceptado la oferta.
- 4) Toda transacción que incluya bebidas alcohólicas deberá ser realizada por un mayor de 18”.

Norma infringida:

Artículos 16 letra G y 12 letra A.

Comentarios:

En este caso estamos ante una cláusula que condiciona la aceptación de la oferta del consumidor a una serie de formalidades particulares para que se valide la aceptación. Desde el punto de vista de la normativa de protección al consumidor estaríamos ante una posible cláusula ilegal “gris” toda vez que es el proveedor quien señalara si se cumplen o no los requisitos para la aceptación del consentimiento. Esto puede violar la buena fe que recae en el mero arbitrio del proveedor la verificación o rechazo del consentimiento del comprador.

La directiva 93/13/CEE nos señala que podrá ser considerada como cláusula abusiva si el proveedor supedita sus compromisos al cumplimiento de formalidades específicas.

Sugerencia:

Consideramos que esta estipulación recae dentro de la “lista gris”, ya que la verificación de la formación del consentimiento recaiga en el proveedor puede resultar abusivo. Su contenido debe ser modificado dentro del contrato.

ii. Condición suspensiva

Ripley.cl: términos y condiciones

42

Términos y condiciones de venta:

“Constituye una condición suspensiva para cada compra efectuada en el sitio de Ripley Internet la validación de datos y crédito disponible que efectuará Ripley. Esta validación se realizará en las oficinas de Ripley, y de ser necesario, a través de una comunicación telefónica con el titular de la cuenta o a través del medio de que Ripley disponga en el futuro”.

Norma infringida:

Artículo 16 letra G.

Comentarios:

El hecho que para el consumidor, producto de la contratación resulten obligaciones exigibles y, en cambio, para el empresario estén sometidas a una condición (en este caso suspensiva) a su puro arbitrio puede violar la buena fe contractual toda vez que es el mismo proveedor quien define cuando se cumplen los requisitos de la condición.

La directiva 93/13/CEE establece que se podrá considerar como cláusula abusiva aquella que permita proveer un compromiso en firme de parte del consumidor mientras que la ejecución del proveedor depende de una condición cuya realización depende de su mera voluntad.

Sugerencia:

Consideramos que esta estipulación recae dentro de la “lista gris”. La ejecución del proveedor depende de un compromiso cuya realización recaiga exclusivamente en él, puede resultar abusivo e ir en perjuicio de los consumidores. Su contenido debe ser modificado dentro del contrato.

4.2.2.2. Cláusulas que permitan la cesión a terceros del contrato sin consentimiento del consumidor

i. Cesión del contrato de parte del proveedor de servicios

Netflix.cl: términos de uso

Aceptación de los términos de uso:

“... El servicio de Netflix es brindado por Netflix, Inc. o alguna de sus empresas vinculadas. La empresa Netflix que le está prestando el servicio a usted (denominada ‘Netflix’ en estos Términos de uso) y con la que está celebrando este acuerdo, depende del país desde el que se está registrando al servicio de Netflix. Haga clic aquí para ver la empresa de Netflix correspondiente a su región. Compruebe periódicamente, ya que el proveedor de servicios podría cambiar de tiempo en tiempo”.

Norma infringida:

43

Artículos 16 letra G y artículo 3 letra A.

Comentarios:

En este caso el proveedor da en cesión el contrato puede violar la buena fe contractual toda vez que esto signifique mayores costos para el consumidor, como aumento en las tarifas o disminución en la calidad del servicio prestado. Mas aún, es grave ya que no se menciona que estos cambios deban ser notificados por escrito al consumidor.

La directiva 93/13/CEE establece que se podrá considerar como abusiva aquéllas que permitan prever la posibilidad de la cesión del contrato de parte del proveedor, si ésta puede provocar merma en las garantías del consumidor sin el consentimiento de este.

Sugerencia:

Consideramos que esta estipulación recae dentro de la “lista gris” y su contenido debe ser modificado dentro del contrato, toda vez que una posible cesión del contrato a un tercero podría remitir en mayores costos tanto para el consumidor como una merma en sus garantías frente al proveedor.

4.2.2.3. Cláusulas que obstaculizan o suprimen el ejercicio de acciones judiciales

i. Jurisdicción extranjera a la que se someten los términos y condiciones de uso

Netflix.cl: términos de uso

Ley vigente:

“Estos Términos de uso se regirán e interpretarán de conformidad con las leyes del estado de Delaware, EE. UU, sin perjuicio de cualquier disposición de derecho internacional privado”.

Acuerdo de arbitraje:

“... Al aceptar estos Términos de uso, acuerda que la Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos rige la interpretación y la ejecución de esta cláusula, y, junto con Netflix, renuncian al derecho a un juicio por jurados o a participar de una acción colectiva. La cláusula de arbitraje permanecerá vigente luego de la extinción de este Contrato y de la finalización de su membresía Netflix”.

“... Si vive fuera de los Estados Unidos, toda audiencia de arbitraje se realizará en su país de residencia en un lugar razonablemente conveniente para usted, pero igualmente se realizará sujeto al Reglamento de la AAA, incluidas las normas de la AAA que rigen la designación del árbitro”.

44

Norma infringida:

Artículos 16 letra G y 4, artículos 1461 y 1462 del *Código Civil*²².

Comentarios:

Estas estipulaciones pueden violar la buena fe contractual, ya que indican que el consumidor renuncia a someterse a la legislación nacional, aunque esto en el caso de servicios prestados en territorio nacional no se aplica en virtud de los artículos 4, 50 y 50 A de la ley N° 19.946. Por otro lado, este tipo de estipulación sobrecargan al consumidor con costos litigiosos para someter cualquier disputa ante una legislación extranjera, además de poder ver disminuidos o revocados sus derechos como consumidor también podría provocarse inversión de la carga de la prueba en contra del consumidor. Sumado a esto tenemos normas sobre objeto ilícito contenidas en el *Código Civil* (artículo 1461 y siguientes) en todo lo que contraviene el Derecho Público chileno. Específicamente el artículo 1462 del *Código Civil* nos señala que

²² DFL N° 1 de 2009. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del *Código Civil*; de la ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la ley N° 17.344, que Autoriza Cambio de Nombres y Apellidos, de la ley N° 16.618, Ley de Menores, de la ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, y de la ley N° 16.271, de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, *Diario Oficial*, 30 de mayo de 2000..

la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto.

La directiva 93/13/CEE establece que se podrán considerar como abusivas aquéllas que supriman o obstaculicen el ejercicio de acciones judiciales o recursos por parte del consumidor, en particular cuando lo obligan a someterse exclusivamente a una legislación o jurisdicción en particular no debidamente cubierta por las normas jurídicas.

Sugerencia:

Consideramos que esta estipulación recae dentro de la “lista gris” y su contenido debe ser modificado dentro del contrato para ajustarse a la legislación nacional, si el consumidor es sometido a una jurisdicción o procedimiento arbitral que desconoce, atenta contra sus derechos inherentes como consumidor, además de tener que asumir costos litigiosos indebidos.

ii. Impiden el ejercicio de acciones colectivas o representativas

Netflix.cl: términos de uso.

Acuerdo de arbitraje:

“El usuario y Netflix acuerdan que cada uno de ellos presentará reclamos contra la otra parte sólo en nombre propio, y no como actora o parte de un grupo en una acción colectiva o representativa. Asimismo, salvo que usted y Netflix acuerden lo contrario, el árbitro no podrá acumular las causas de más de una persona con su causa ni podrá entender en ninguna acción representativa o colectiva”-

45

Norma infringida:

Artículos 16 letra G, 4, 8 letra E, 50 y siguientes.

Existe una violación de la buena fe contractual toda vez que los consumidores pueden recurrir ante una asociación colectiva para la defensa de sus intereses colectivos o difusos acorde con el artículo 8 letra D, es más, las asociaciones de consumidores podrán actuar de manera autónoma en la defensa de los derechos colectivos o difusos según el artículo 8 letra E de la ley N° 19.946. Además, está el hecho de que los consumidores no podrán renunciar de manera anticipada a los derechos que la ley N° 19.496 establece.

Sugerencia:

Consideramos que esta estipulación recae dentro de la “lista gris”. El consumidor puede actuar en defensa de sus derechos colectivos o difusos esto es un derecho inherente en nuestra legislación nacional. Por ende, su contenido debe ser modificado dentro del contrato.

4.2.2.4. Cláusulas que imponen al consumidor que incumple sus obligaciones una sanción excesivamente alta (cláusula penal enorme)

i. Establece obligación de indemnización y mantener libre de daño a todo evento

Bazuca.com: música, condiciones de uso.

Incumplimiento de condiciones:

“El Usuario se obliga a indemnizar y mantener libre de todo daño directo, indirecto, previsto e imprevisto, o cualquier otro, a Bazuca, sus ejecutivos, directores o empleados, de cualquier reclamo, acción o demanda, incluyendo sin limitación, los desembolsos en que Bazuca deba incurrir por concepto de asesoría legal y contable, que se deriven directa o indirectamente del uso inapropiado, incorrecto o ilegal que haya dado a los Servicios, al Contenido Digital y el incumplimiento de estos Términos y Condiciones”.

Norma infringida:

Artículo 16 letra G y artículo 1535 y siguientes del *Código Civil*.

Comentarios:

46

Podría existir una violación a la buena fe contractual, ya que se hace responder al consumidor por el posible uso inapropiado o incorrecto del servicio, debiendo responder a todo evento, hasta de daños indirectos imprevistos además de las costas judiciales o administrativas. Esto afecta al consumidor dado que carga los costos de estas situaciones en él de manera previa a que se establezca por tribunales en quien recae la posible culpa por el uso inapropiado o incorrecto del servicio. Además, el artículo 1544 del *Código Civil* establece que en el caso de obligaciones de valor inapreciable o indeterminado (como en este caso) se debe dejar a la prudencia del juez el moderarla cuando pareciere enorme a la luz de las circunstancias del caso específico.

La directiva 93/13/CEE dispone que se consideraran como cláusulas abusivas aquéllas que impongan al consumidor que no cumpla con sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.

Sugerencia:

Consideramos que esta estipulación recae dentro de la “lista gris” y su contenido debe ser modificado en el contrato, ya que el hecho de que el consumidor en caso que incumpla alguna de sus obligaciones de manera tanto voluntaria como involuntaria deba responder a todo evento en sede judicial como administrativa, cargando los costos en su totalidad sobre él.

5. ANEXOS

5.1. Streaming²³

El *streaming* es la distribución de multimedia a través de una red de computadoras de manera que el usuario consume el producto al mismo tiempo que se descarga. La palabra '*streaming*' se refiere a que se trata de una corriente continua (sin interrupción). Este tipo de tecnología funciona mediante un búfer de datos que va almacenando lo que se va descargando para luego mostrarse al usuario. Esto se contrapone al mecanismo de descarga de archivos, que requiere que el usuario descargue los archivos por completo para poder acceder a ellos.

El término se aplica habitualmente a la difusión de audio o video. Requiere una conexión por lo menos de igual ancho de banda que la tasa de transmisión del servicio. El *streaming* de video se popularizó a fines de la década de 2000, cuando el ancho de banda se hizo accesible para gran parte de la población.

Con la tecnología del *streaming* un archivo puede ser descargado y reproducido al mismo tiempo, con lo que el tiempo de espera es mínimo.

47

²³ WIKIPEDIA, *streaming*, 18 de noviembre de 2011, en <http://es.wikipedia.org/wiki/Streaming> consultada el 3 de diciembre de 2011.

