



Facultad de Derecho U. de Chile
Derecho Privado
Primer semestre 2021

Servicios de “Delivery”: Un análisis de sus cláusulas y regulación.

Lucas Pereira Garin.

Dedicada a mi madre, María Teresa Garín,

Mi hermano, Franco Pereira Garín,

Mi pareja, Qareen Hania Syed

Y Zubek, quienes fueron un apoyo en este arduo proceso.

INDICE.

INTRODUCCIÓN.....	5
1 ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS APLICACIONES Y SÚS TÉRMINOS.....	6
1.1 Eligiendo las aplicaciones.....	6
1.2 La naturaleza de las aplicaciones.....	7
1.3“La posibilidad de un mandato.....	10
1.4 La responsabilidad en los “Términos y Condiciones.....	12
1.5 El factor “Precio”.....	16
<hr/>	
2 DILUCIDANDO EL TIPO DE CONTRATO.....	21
2.1 Características del contrato.....	21
2.2 Contrato de mandato.....	24
2.3 Contrato de adhesión de prestación de servicios.....	30
3 LEY 19.496: ¿ES APLICABLE AL CASO CONCRETO?.....	37
4. CLAUSULAS ABUSIVAS. IEAS DOCTRINALES Y ANALISIS	41
4.1 ¿Qué entendemos por cláusulas abusivas?.....	41
4.2 El control de las cláusulas abusivas en el sistema chileno.....	45

5. LOS CONTRATOS DE SERVICIO DE DELIVERY: ANÁLISIS DE POSIBLES CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	53
5.1 -Inducción al Engaño.....	53
- 5.2 Exención de responsabilidad.....	60
5.3 Determinación del precio.....	65
6. CONCLUSIONES.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	70

INTRODUCCIÓN

A lo largo que se desarrolla el siglo XXI hemos visto avances impresionantes en cuanto a nuevas tecnologías se refiere y al impacto que estas han tenido en nuestras vidas cotidianas. Basta con intentar comparar la sociedad de inicios de los 2.000 hasta el momento actual para maravillarnos con los avances logrados: imágenes fotorrealistas en nuestros computadores, teléfonos que carecen prácticamente de botones, entre millones de maravillas tecnológicas que resultan aparentes con una simple mirada por nuestras ventanas.

Si bien estos cambios tienen tanto detractores como adaladores, un punto innegable es la rapidez con que han llegado, logrando adaptarse algunas personas rápidamente a ellos e incorporándolos en su vida con facilidad, mientras que para otros representan un verdadero dolor de cabeza.

Dentro de este último grupo no tan solo es posible identificar personas, sino que como consecuencia de la celeridad con que emergen más y más innovaciones junto con nuevas formas de interactuar mediante la tecnología, nuestra regulación y legislación han tendido a quedarse perplejas ante el nuevo horizonte que despliega el siglo XXI: tan solo nos basta recordar la situación laboral de los conductores de “Uber” y la disputa acerca de si estos eran taxis o no¹, o discusiones relativas a cómo el uso de drones podría afectar la privacidad de la población².

En el contexto de estos avances, uno de los desarrollos más significativos ha sido la proliferación de aplicaciones de “delivery” que conectan a consumidores con una amplia gama de proveedores de productos y servicios. Estas herramientas han transformado la forma en que los usuarios acceden a bienes como alimentos, medicinas y otros productos. Estas plataformas han tenido un impacto profundo en nuestra vida cotidiana, especialmente durante la pandemia del COVID-19, donde pasaron de ser un lujo a una necesidad, y que, aún superada esta crisis, no han abandonado la vida de las personas alrededor del mundo.

No obstante, y como se adelantó con anterioridad, este gran logro trajo consigo una serie de desafíos y cuestionamientos legales que han recibido poca atención en comparación con otros aspectos de la

¹ En este caso me refiero al conflicto entre UBER y el negocio del taxi tradicional. Si bien este conflicto se vio replicado en casi todos los países donde llegó la aplicación, alcanzando escala global, un argumento que se repitió en todos lados fue que UBER estaría generando competencia desleal contra los taxis, al ser un servicio poco regulado y que no está afecto a las mismas restricciones que los taxistas (la cuales varían de legislación en legislación). Esta situación aún no se encuentra zanjada del todo, y ha derivado inclusive en manifestaciones violentas por parte de los involucrados.

² A este efecto, podemos mencionar la discusión en las comunas de Lo Barnechea y Las Condes acerca de la instalación de globos de televigilancia para ayudar a detener la delincuencia, y que mucha gente argumentaba que constituiría una violación a la privacidad de los individuos. Se interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones (ROL 82.289-2015) señalando que dicha medida atentaba contra la privacidad de vecinos, pero la Corte Suprema en fallo ROL 35.389-2016 revocó dicha decisión, estableciendo que los Globos podían mantenerse cumpliendo un estricto régimen de autorización.

economía digital. Lo que motivó la interrogante que guiará el resto de la presente memoria de investigación, la que es, **¿Cómo se entienden estas nuevas aplicaciones de delivery a la vista de las normas del derecho civil y de consumidor vigentes actualmente en nuestro país?**

Para guiar este proceso, se dejará de lado las reflexiones generales sobre tecnología y su impacto social para analizar en primer lugar: los “términos y condiciones” de estas aplicaciones, luego la naturaleza contractual de estos a la vista de la legislación chilena, para luego proseguir con cómo se sostienen estos ante un análisis efectuado con la ley que establece normas sobre la protección a los consumidores (19.496) y por último, analizando posibles cláusulas abusivas en virtud de los temas antes tratados y las conclusiones a las que hayamos arribado.

Es menester recalcar que, debido a la delimitación realizada, nos centraremos en un análisis enfocado entre las relaciones **consumidor-repartidor, por un lado, y entre consumidor-aplicación** de delivery por el otro. Esto debido a que analizar la situación en que se encontraría la persona a cargo del reparto con la aplicación a estudiar sería un tema más abocado al derecho laboral, materia que escapa del propósito y fin buscado en esta memoria, y preferimos centrarnos en las interacciones más propias del derecho civil y de consumidor.

1. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS APLICACIONES Y SUS TERMINOS

1.1 Eligiendo las aplicaciones.

Como se soslayó en la introducción de esta memoria, el interés por analizar las aplicaciones de delivery y su análisis jurídico nace debido al gran auge que estos servicios han tenido en los últimos cinco años. Esto no es solo una impresión del autor de esta memoria, ya que en un análisis realizado por la empresa de tecnología y telecomunicaciones “ENTEL” efectuado durante el año 2022, donde se estudiaba el consumo de datos móviles y fijos en los dispositivos celulares de su compañía, se reveló además el cómo han ido variando las **aplicaciones** en que se utilizaban estos datos, la evidencia mostró lo siguiente

“(…) Se pudo evidenciar que las categorías de aplicaciones que más crecieron el 2021 -en comparación a 2020- son las de Delivery (alza de un 245%) y las Redes Sociales (alza de un 192%); en tercer lugar, se ubicaron las apps de Transporte, que crecieron un 80%” (TrendTIC, 2022)

Ahora, es necesario admitir que hacer un análisis exhaustivo de cada una de las aplicaciones de delivery que prestan su servicio en nuestro país sería una labor monumental e innecesaria para los propósitos académicos buscados en esta memoria, por lo que intentaremos reducir el estudio a aquellas que tengan más relevancia al nivel nacional, que es a donde estamos avocando nuestro enfoque.

Para nuestra suerte, la Asociación de Investigación de Mercado y Opinión Pública realizó un estudio este mismo año 2024, donde buscaba revelar la preferencia de los chilenos en torno al servicio de delivery. Para esto se entrevistó a un total de 1.220 mujeres y hombres pertenecientes a todos los niveles socioeconómicos del país.

Esta investigación arrojó varios datos interesantes, como por ejemplo que un 42,3% de la población acostumbra a pedir productos a través de delivery, mientras que un 35,6% lo hace únicamente a veces, lo que refuerza el punto de la importancia que estos servicios han adquirido en la vida del ciudadano chileno promedio. Pero el punto que más nos interesa es la pregunta de ¿Cuál es la aplicación de delivery preferida en nuestro país?

Ante esto, nos encontramos con que “Pedidos Ya” es la opción mayoritaria en la nación con un 34,4% de los chilenos prefiriéndola a la competencia, seguida por “Uber Eats”, con un 23,9% para finalizar con “Rappi” que detenta un 5,6%³ de los votantes. Lo antes mencionado pareciera razón suficiente para enfocar nuestro análisis en estas compañías al ser una muestra bastante acertada de lo que el ciudadano chileno promedio utiliza a la hora de utilizar este tipo de servicio.

Pero si analizamos que cada una de estas aplicaciones proviene de una nación distinta, siendo “Pedidos Ya” de origen uruguayo, “Uber Eats” de Estados Unidos, y “Rappi” de Colombia, nos da otra razón para utilizarlas en el análisis, ya que podrán reflejar como distintos ordenamientos jurídicos y costumbres regulan este tipo de servicio ofrecido.

1.2 La naturaleza de las aplicaciones.

Dentro de las aplicaciones comentadas, iniciaremos con el caso de Rappi lo que no es una elección azarosa por nuestra parte, ya que esta compañía y sus directrices plantean elementos bastante interesantes y potencialmente, problemáticos debido a que no resultan para nada evidentes para el usuario que utiliza

³ Se deja de lado en este conteo la opción “Otros”, que en el análisis de ENTEL obtuvo el 13,9% de los votos de los participantes. Pero al ser ese criterio tan difuso y al permitir la entrega de aplicaciones de delivery que no se amolden al objeto del estudio de esta memoria, se prefirió omitir dicha consideración.

la aplicación de forma casual. Lo anterior es aún más curioso de analizar cuando tomamos en consideración que sus términos y condiciones han sufrido leves, pero importantes modificaciones desde el año 2021 hasta el presente 2024.

Es menester hacer presente que las alteraciones señaladas fueron realizadas con el propósito de “ponerse al día” respecto a las actualizaciones que tuvo nuestro cuerpo normativo en los últimos años, específicamente intentando adaptarse a las modificaciones instauradas con la promulgación de la ley 21.431 publicada el 11 de marzo de 2022 que tuvo como propósito regular el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios.

Por lo que de buenas a primeras pareciera que lo modificado excedería el alcance de esta memoria, ya que como se mencionó en la introducción de este trabajo, no nos centraremos en la relación aplicación-repartidor. Pero la verdad es que es bastante interesante analizar las pequeñas modificaciones extras que se realizaron, ya que podrían ayudarnos a entender un poco la idea detrás de este tipo de servicio.

Iniciemos con lo que los términos y condiciones señalan hoy en día en su segundo párrafo, en su primera página, donde se nos explica lo que sería efectivamente este servicio para Rappi:

“Rappi es una Plataforma que facilita la conexión entre personas (el “Consumidor” o los “Consumidores”) que solicitan un servicio de encargo (el “Servicio”) de diversos productos que se exhiben en la Plataforma, con otras personas que aceptan, como repartidores independientes (el “RappiRepartidor” o los “RappiRepartidores”), realizar la gestión del Servicio solicitado por el Consumidor, a cambio de recibir un valor por parte del Consumidor como contraprestación por dicho Servicio, siendo Rappi quien permite conectar a los Consumidores con los RappiRepartidores. En el caso en que el pago se realice a través de la Plataforma, se genera un mandato de cobro, en virtud del cual el RappiRepartidor encarga a Rappi el cobro del despacho y de la propina, debiendo Rappi entregar dichas sumas al RappiRepartidor en la forma que se convenga””(Rappi Chile SpA, 2024)⁴

De modo que podemos dilucidar de lo anterior lo siguiente: El fin de esta aplicación sería el de servir simplemente como un mero intermediario entre los consumidores, proveedores de alimentos/productos y los repartidores (lo que tendrá consecuencias en cuanto a la responsabilidad que se analizarán en su debido momento). Pero no hay referencia **al tipo de contrato** con el que nos encontramos, ni se explica la relación legal entre el consumidor y la aplicación más que en la referencia a solicitar el “servicio de encargo”

⁴ Esta redacción es la más actual a la fecha 07/06/2024, que se puede encontrar en la primera página de “Términos y Condiciones – Consumidores Rappi” disponible en <https://legal.rappi.com.co/chile/terminos-y-condiciones-consumidores-rappi/>

Ahora, al volver la vista a la aplicación estadounidense Uber-Eats, vemos que al momento de definir la naturaleza de lo que proveen a sus usuarios, en el año 2020 estaban bastante cercanos a lo establecido por Rappi, definiendo como sus “servicios” lo siguiente:

“Los Servicios constituyen una plataforma de tecnología que permite a los usuarios de aplicaciones móviles de Uber o páginas web proporcionadas como parte de los Servicios (cada una, una “Aplicación”) organizar y planear el transporte y/o servicios de logística con terceros proveedores independientes de dichos servicios, incluidos terceros transportistas independientes y terceros proveedores logísticos independientes, conforme a un acuerdo con Uber o algunos afiliados de Uber (“Terceros proveedores”)” (Uber Technologies, Inc., 2020)

Por lo tanto, Uber-Eats sería un mero “organizador” del transporte que lleva un producto al hogar del consumidor, siendo al igual que “Rappi”, únicamente un tercero que no posee mayor relación con el repartidor que la efectuada al contactarlo (según lo dispuesto en sus términos y condiciones).

De modo que, en la práctica, el servicio en sí no se diferencia demasiado con el de la competidora ya analizada, debido a que la única diferencia sería la referencia al mandato de cobro entre repartidor y aplicación, materia que excede el alcance de este trabajo.

Ahora, al volver la vista a Pedidos ya, la última aplicación que íbamos a comentar, encontramos una sutil pero importante diferencia en comparación con los términos y condiciones planteados por la competencia, y es que ellos no hacen referencia al tercero transportista, figura que los otros contratos intentaban vehementemente establecer como un otro completamente ajeno, siendo su redacción la siguiente

“ El Portal tiene como fin principal la intermediación entre Usuarios y Oferentes para realizar Pedidos en las ciudades de Chile que posean el servicio, facilitando las relaciones y transacciones entre Usuarios y Oferentes adheridos al Portal. Asimismo, mediante el Portal los Usuarios podrán contratar Servicios, realizando Pedidos, según los términos y condiciones aplicables, publicados en el Portal. PedidosYa contacta al Oferente, redirecciona el pedido, se encarga de informar respecto de su disponibilidad o no al Usuario de conformidad con la información que le haya proporcionado el Oferente.” (PedidosYa, 2021)⁵

Aparte de esta sutil diferencia, pareciera que no hay mayores distinciones entre todos estos términos y condiciones, pero ninguno dice específicamente cuál sería el tipo de contrato y la relación generada entre

⁵ Se puede encontrar esto en la primera página visible en el sitio https://www.pedidosya.cl/about/tyc_generals a la fecha 25/07/2021

las partes de una forma clara y distinguible. Es por lo anterior que es interesante volver a la antigua redacción de los términos en Rappi, ya que ahí era posible encontrar una manifestación expresa de la naturaleza contractual que merece la pena investigar.

1.3 La posibilidad de un mandato

Como se adelantó al inicio del acápite anterior, el cambio realizado recientemente en la redacción de los términos y condiciones de Rappi es interesante de analizar con fines académicos ya que, curiosamente en aquella redacción se establecía el tipo de contrato que vendría siendo la relación generada entre la aplicación y el consumidor final. Elemento que como se mencionó, brilla por su ausencia en las versiones más actualizadas de dichos textos. La escrituración antigua establecía lo siguiente en su segundo párrafo:

*“RAPPI facilita la intermediación entre personas (el “Consumidor” o los “Consumidores”) que solicitan un servicio de encargo (el “Servicio”) de diversos productos que se exhiben en la Plataforma, a otras personas que aceptan, a su propia cuenta y riesgo, como repartidores independientes y en **carácter de mandatarios** (el “RappiRepartidor” o los “RappiRepartidores”), realizar la gestión del Servicio solicitado por el Consumidor, mediante un **contrato de mandato**, a cambio de recibir un valor por parte del Consumidor como contraprestación por dicho Servicio, todo ello mediante el acceso y uso de la Plataforma, siendo RAPPI un tercero intermediario entre los Consumidores y los RappiRepartidor. En el caso en que el pago se realice a través de la Plataforma, se genera un mandato de cobro, en virtud del cual el RappiRepartidor encarga a Rappi el cobro del despacho y de la propina, debiendo Rappi entregar dichas sumas al RappiRepartidor en la forma que se convenga”* (Rappi Chile SpA, 2021)

Por lo que podemos apreciar del tenor literal de los términos y condiciones analizados, una persona al realizar un pedido mediante la aplicación de Rappi estaría celebrando un contrato de mandato con un tercero indeterminado, con el cual no se tendría interacción y ni siquiera existiría la posibilidad de elegirlo desde un universo acotado de personas manualmente.

El contrato de mandato se encuentra regulado en nuestra legislación en el artículo 2116 del Código Civil, y la doctrina ha establecido de forma unánime de la interpretación de dicha norma que, para que el mandato sea eficaz, es **esencialmente necesario** que exista un acuerdo de voluntades entre las partes involucradas en su celebración⁶ y que es *intuitu personae*. ¿Se cumplen estos requisitos en el caso

⁶ Para mayor referencia, se puede revisar Branover, D. S. (2009). El mandato Civil. En D. S. Branover, David Stitchkin Branover (pág. 102). Santiago : Editorial Jurídica de Chile.

analizado? Es una duda que será importante tener en mente cuando estudiemos más adelante en esta memoria con más detenimiento esta posibilidad que se vislumbraba en la anterior redacción acerca de si eventualmente, podría considerarse este tipo de contrato como uno de mandato.

Pero esto no es lo único llamativo dentro de los términos y condiciones analizados, ya que en su punto 4.5, se señalaba en su acepción de 2021 lo siguiente:

*“En este sentido, el Usuario/Consumidor reconoce que, existe un mandato entre el RappiRepartidor y él, respecto del despacho de los productos adquiridos mediante la Plataforma, y que RAPPI no interviene en el perfeccionamiento de las operaciones realizadas entre el RappiRepartidor y el Usuario/Consumidor, y que por ello **no será responsable respecto de la calidad, cantidad, estado, integridad o legitimidad de la mercadería y/o productos que sean transportados por el RappiRepartidor, así como tampoco será responsable de la capacidad de obligarse del RappiRepartidor ni de la veracidad de sus Datos Personales.**”* (Rappi Chile SpA, 2021)

Aquí podemos ver como la empresa proveedora del servicio, reafirma la existencia de un contrato de mandato entre el repartidor y el usuario, pero lo interesante es que derivado de este supuesto, se afirma que como consecuencia de dicho acuerdo, la empresa generaría una verdadera **exención de responsabilidad** para con el usuario de la aplicación, ya que estas materias deberán tratarse y resolverse entre el repartidor y el consumidor, siendo la aplicación únicamente un intermediario entre las relaciones de ambos.

Por lo que ahora, en el contexto de analizar las aplicaciones mencionadas y sus términos y condiciones, es requerido verificar si disposiciones similares se encuentran tanto en la redacción actual en los términos de “Rappi” como en las otras aplicaciones que elegimos revisar al inicio de esta memoria

1.4 La responsabilidad en los “Términos y Condiciones

Dejando un poco de lado por el momento los términos y condiciones redactados por Rappi en 2021 y la posibilidad del mandato como tipo contractual, es importante volver a la versión modificada y actualizado del texto de la misma compañía para poder ver si la misma idea de exención de responsabilidad se encuentra presente o si, en caso contrario, fue suprimida en las actualizaciones sufridas recientemente en su redacción. Nos encontramos en la página de la aplicación con qué:

*““El Usuario/Consumidor reconoce que Rappi **únicamente pone a su disposición** un espacio virtual que le permite ponerse en comunicación con un Comercio y un RappiRepartidor que pueda aceptar realizar el Servicio según su Solicitud. En este sentido, el Usuario/Consumidor **reconoce que, existe una relación contractual entre el RappiRepartidor y él, respecto del despacho de los productos adquiridos mediante la Plataforma, no siendo Rappi responsable respecto de la calidad, cantidad, estado, integridad o legitimidad de la mercadería y/o productos que sean transportados por el RappiRepartidor, así como tampoco será responsable de la capacidad de obligarse del RappiRepartidor ni de la veracidad de sus Datos Personales**””* (Rappi Chile SpA, 2024)

Por lo que podemos dilucidar de lo anterior que ambas redacciones tienen en común esta verdadera exención de responsabilidad por parte de la aplicación Rappi, ya que estas materias deberán tratarse y resolverse **únicamente** entre el repartidor y el consumidor, siendo la aplicación únicamente un intermediario entre las relaciones generadas entre estos dos sujetos supuestamente ajenos a ella, sin la empresa hacerse cargo de prácticamente ningún desperfecto en el reparto.

Lo anterior es bastante problemático ya que, al analizar lo dispuesto por la ley 19.496, o la “Ley de Defensa del Consumidor”, en su artículo 43 dispone lo siguiente:

“El proveedor que actúe como intermediario en la prestación de un servicio responderá directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables.”⁷

De lo que se desprende que, aún si aceptamos la tesis propuesta por la aplicación en comento en sus dos redacciones, y la viéramos simplemente como el ente encargado de conectar mandatarios con mandantes para que entre ellos generen un contrato, liberando así de cualquier responsabilidad a Rappi, esto potencialmente podría ser contrario a la legislación chilena, puesto que según la norma citada, deben responder directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las relaciones contractuales en las que hubieran mediado.

Al leer el contrato analizado, pareciera que los puntos más importantes y los que se intentan cimentar de forma más clara son aquellos que liberan a la compañía de cualquier responsabilidad ante los consumidores, llegando inclusive a incorporarse cláusulas como la siguiente en su punto 9.2:

““RAPPI no podrá ser imputado de responsabilidad alguna por incumplimientos del Usuario/Consumidor o por daños y/o perjuicios, directos ni indirectos, que se ocasionen al

⁷ Ley 19496 de 1997 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de febrero de 1997. D.O 7.03.1997

Usuario/Consumidor, al RappiRepartidor y/o a terceros producto de la Solicitud y/o la prestación del Servicio, para efectos de lo cual el Usuario/Consumidor se obliga a mantener indemne a RAPPI y/o a su matriz, personas relacionadas, socios, directores, gerentes, trabajadores, administradores, asesores y/o consultores, de toda demanda y/o gasto en que pudiere incurrir por tales conceptos”” (Rappi Chile SpA, 2021)

De modo que se estaría estableciendo una verdadera obligación para el cliente de renunciar a su derecho establecido por ley de repetir contra el proveedor del servicio, y atendiendo a que las cláusulas estipuladas en la Ley de Defensa del Consumidor son irrenunciables para este último, pareciera que esta cláusula, en caso de ser aplicable al caso concreto la ley 19.496 podría ser considerada como abusiva.⁸

Lo anterior se refuerza aún más considerando que en los mismos términos y condiciones se puede apreciar una sección dedicada de forma completa a la Ley de Defensa del Consumidor (séptima sección), pero en ella no solo es imposible encontrar referencia alguna al artículo 43 de la norma que los haría responsables, sino que durante esta sección reafirman sus exenciones de responsabilidad y se limitan solo a mencionar que se dedicarán a “asistir” al consumidor en caso de que quiera repetir contra el proveedor o el repartidor.

Dicha omisión no puede ser considerada como accidental, por lo que se estaría entregando de forma deliberada información incompleta al consumidor con tal de anular cualquier posibilidad de que el usuario sepa que existen obligaciones por parte de la compañía (a no ser que tenga conocimientos jurídicos y/o lea la norma legal), lo que atendiendo a la naturaleza de textos como los términos y condiciones y a cómo la gente por lo general no tiene conocimiento de que se está contratando con un tercero y no con el proveedor del servicio, superaría los estándares de la diligencia media esperada por una persona común y corriente que busca la rapidez y conveniencia de que entreguen un producto en la comodidad de su hogar.

Ahora, viendo que existe la posibilidad de que esta exención de responsabilidad supere los límites delineados por el marco jurídico chileno, es importante analizar si esta situación se trata de un caso aislado a la compañía Rappi, o si es replicado en los otros gigantes del delivery que hemos elegido analizar en esta memoria.

⁸ Tanto la pregunta acerca de si la Ley del Consumidor resulta aplicable en los casos de aplicaciones de reparto, cómo un análisis de qué son las cláusulas abusivas y si estas se constituirían en este caso, serán analizadas más adelante, al ser esta una sección introductoria que busca plantear las interrogantes solamente para guiar el trabajo.

Siguiendo el mismo orden que hemos desplegado anteriormente, toca el caso de analizar la situación de la empresa estadounidense Uber- Eats, quienes parecen encontrarse en la misma situación de Rappi ante una posible responsabilidad en sus términos y condiciones, señalando que:

*““Uber no será responsable de daños indirectos, incidentales, especiales, ejemplares, punitivos o emergentes, incluidos el lucro cesante, la pérdida de datos, la lesión personal o el daño a la propiedad, ni de perjuicios relativos, o en relación con, o de otro modo derivados de cualquier uso de los servicios, incluso aunque **Uber haya sido advertido de la posibilidad de dichos daños.** Uber no será responsable de cualquier daño, responsabilidad o pérdida que deriven de: (i) su uso o dependencia de los servicios o su incapacidad para acceder o utilizar los servicios; o (ii) **cualquier transacción o relación entre usted y cualquier tercero proveedor, aunque Uber hubiera sido advertido de la posibilidad de dichos daños.** Uber no será responsable del retraso o de la falta de ejecución resultante de causas que vayan más allá del control razonable de Uber. Usted reconoce que los terceros proveedores de transporte que presten servicios de transporte solicitados a través de algunas **marcas de pedidos podrán ofrecer servicios de coche compartido o entre pares (peer-to-peer) y puede que no dispongan de la licencia o del permiso profesional**”” (Uber Technologies, Inc., 2020)*

Cómo vemos la compañía no solo se contenta con librarse genéricamente de cualquier tipo de responsabilidad al plantearse a sí misma como un mero tercero, si no que presenta una exhaustiva lista que engloba la gran mayoría de los casos posibles en que se podría generar un problema, para así no dejar lugar a dudas de que Uber-Eats jamás será responsable bajo ningún concepto de problemas/desperfectos en el servicio solicitado.

Lo anterior alcanza un cariz peligroso al incluso llegar a señalarse la posibilidad de que no será responsable la empresa en el caso de que el conductor con quién la aplicación conectó al usuario no este siquiera habilitado para conducir, lo que es de carácter gravísimo al poder generar riesgos reales en la seguridad vial, afectando a personas que podrían no tener relación con el servicio solicitado mediante la aplicación.

Al continuar leyendo el texto vemos que la lógica sigue siendo la de negar completa y absolutamente cualquier tipo de responsabilidad, al indicar que:

“Además, Uber no hace declaración ni presta garantía alguna relativa a la fiabilidad, puntualidad, calidad, idoneidad o disponibilidad de los servicios o cualquiera de los servicios o bienes solicitados a través del uso de los servicios, o que los servicios no serán interrumpidos o estarán libres de errores. Uber no garantiza la calidad, idoneidad, seguridad o habilidad de los terceros proveedores. Usted acuerda que todo riesgo derivado de su uso de los servicios y cualquier servicio o bien solicitado en

relación con aquellos será únicamente suyo, en la máxima medida permitida por la ley aplicable” (Uber Technologies, Inc., 2020)

Por tanto, al igual que con Rappi, lo que vemos en esta situación pareciera estar claramente en contravención con el artículo 43 de la Ley de Defensa del Consumidor, al no poder establecer la compañía una exención de responsabilidad de este tipo al ser una cláusula de carácter abusivo.⁹ Y si bien no hay intención de esconder esta disposición, utilizando inclusive letras mayúsculas en la redacción del texto para que no pase desapercibido (las que fueron eliminadas de la transcripción de la norma) , y estando escrita usando un lenguaje simple y claro, esto no sería relevante ya que cómo se mencionó anteriormente, estaríamos ante un atentado contrala normativa vigente.

Lo anterior se exagera aún más al poder argumentarse razonablemente que esta aplicación (al igual que Rappi y Pedidos Ya) podrían defraudar las razonables expectativas del consumidor. Lo anterior se justificaría en que, basándose en un análisis de las páginas de descarga de estas aplicaciones, sus eslóganes comerciales, y en el hecho de que los repartidores están obligados a utilizar mochilas con el logotipo de la marca correspondiente, pareciera ser más que lógico para un usuario promedio de dichos servicios **asumir que existe relación entre el repartidor y la compañía, y que esta última se hará responsable por cualquier inconveniente que pudiese surgir.:**

“Se ha señalado que las cláusulas relativas a elementos esenciales, que defraudan las expectativas del adherente basadas en la información precontractual, la publicidad o la oferta, no son ineficaces por ser abusivas, sino por no haberse transparentado y, por tanto, por no ser razonablemente previsibles, lo cual supone que puedan reputarse aceptadas por un adherente de diligencia ordinaria” (Hernández Paulsen & Campos Micin, 2020, págs. 155-156)

Ahora, la gran interrogante es si la misma tónica es repetida por Pedidos Ya. Como vimos anteriormente, en la redacción del servicio ofrecido no existen mayores diferencias entre los proveedores del servicio del delivery. Pero al entrar en la materia de responsabilidad, si es posible vislumbrar una diferencia que, en mi opinión, es bastante importante, ya que se establece lo siguiente:

“ La entrega del Pedido podrá realizarse con repartidores del Oferente u otros puestos a disposición por PedidosYa , según se indica en el Portal. El Usuario comprende y acepta que PedidosYa no se hará responsable ante el Usuario por la falta de entrega del Pedido o en caso que se viera alterado o perjudicado – en caso que el Oferente se encargue de este servicio ”. (PedidosYa, 2021)

⁹ Este punto, cómo se mencionó anteriormente, será tratado en profundidad más adelante dentro de la presente memoria, al analizar específicamente la Ley de Defensa del Consumidor junto a sus definiciones.

Por lo tanto, aquí vemos una gran diferencia en relación con las otras aplicaciones de delivery: Pedidos Ya pone a disposición del consumidor **repartidores a su cargo**, por los que se hace enteramente responsable, mediando **la exención de responsabilidad únicamente para aquellos que el oferente de alimentos ponga a disposición del consumidor**.

Lo interesante es que, si uno entra a la página de un comercio cualquiera dentro de la aplicación, podrá identificar que se despliega ante el usuario la información de si la entrega del producto que queramos adquirir se realizará por un repartidor a cargo de la aplicación, o si será proveído por el local que elaborará la comida/pedido, respondiendo la compañía solo en el primer caso ante el consumidor (en honor a la verdad, esta información no es entregada en la forma más intuitiva posible).

Ahora, esto no los liberaría de responsabilidad acorde al artículo 43 de la Ley de defensa del consumidor en el caso que esta resulte aplicable, ya que de todos modos deberían responder ante el repartidor propuesto por el oferente de los alimentos al ser intermediarios de dicho servicio. Lo anterior debido a que independientemente de quién realice el reparto específico del producto, la norma, como se comentó con anterioridad, establece que **responderá directamente el proveedor que actúe como intermediario del servicio si se generara un incumplimiento de las obligaciones contractuales**, y si bien puede que el reparto específico del bien lo realice un empleado de un local determinado, sin afiliación directa con la aplicación de Pedidos Ya, esto **no eliminaría su posición como intermediario en la relación contractual generada que ellos mismos reconocen**, por lo que la cláusula de exención no estaría en concordancia a lo establecido por la legislación vigente.

1.5 El factor “Precio”

Habiendo ya analizado la problemática implementación del factor “responsabilidad” en los términos y condiciones de los gigantes del delivery, surge la interrogante de cómo se maneja el elemento del “precio” en estas aplicaciones que tan importante es en el ámbito de la contratación. Ya que, si el servicio proveído fuera únicamente de intermediarios según nos indican la compañía, ¿Cómo se determina cuanto porcentaje se llevan del total en dicha operación?

Respecto a Rappi específicamente, las condiciones de pago estipuladas son que el consumidor reembolsaría el precio del producto a la aplicación, quien, por su parte, sería la encargada de abonar parte del pago al proveedor respecto al producto específico del que se trate. Pero lo verdaderamente interesante se vislumbraría al analizar la siguiente disposición:

“La Tarifa será establecida **unilateralmente** por RAPPI, en consideración a la oferta y demanda vigente, lo que es aceptado expresamente por el Usuario/Consumidor. Asimismo, la Tarifa será cobrada directamente por el RappiRepartidor, sin retención alguna por parte de RAPPI (...) RAPPI se reserva **el derecho de modificar, cambiar, agregar o eliminar el valor de la Tarifa, para cualquier Servicio, en cualquier momento**, lo cual se verá reflejado automáticamente en la Solicitud que reciba el RappiRepartidor en la aplicación a través de la Plataforma. Asimismo, el Usuario/Consumidor entiende y acepta, al momento de realizar la Solicitud, que los Comercios y/o Rappi **se reservan el derecho de incrementar los precios de los productos que exhiben a través de la Plataforma o de cobrar cargos por costos operacionales**, los cuales serán debidamente informados previo al pago de la solicitud del Usuario/Consumidor”” (Rappi Chile SpA, 2021)

Por tanto, se desprende del tenor literal de lo transcrito, que el precio del servicio de reparto es establecido unilateralmente por la empresa Rappi aduciendo como justificación de forma genérica a los conceptos de “oferta y la demanda”.

También se establece que el precio podrá ser modificado de forma unilateral por la compañía pero que estos serían informados previo pago al consumidor. Lo interesante es la alusión genérica a conceptos económicos vagos para justificar cuanto se está cobrando realmente al usuario de la aplicación, sin realizar un intento de desglose mediante el cual uno podría hacer una aproximación aritmética para intentar determinar el precio correcto.

Esto es bastante interesante, ya que en lo relativo a los contratos de adhesión se han establecido jurisprudencialmente criterios que por lo general son más laxos en cuanto a determinar el precio, pues se suele reconocer la fuerza e importancia del mercado como elemento externo que influenciaría a la autonomía privada en cuanto parámetro para identificar un precio y ver si este es realmente equitativo y razonable para las partes.

Ahora, los profesores Gabriel Hernández Paulsen y Sebastián Campos Micin señalan respecto a esta tesis, comentando las disposiciones de la directiva 93/11 CEE de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, señalando que esta

“(…) Considera la posibilidad de que se declare abusiva una cláusula referida a elementos esenciales o económicos del negocio cuando no se ha formulado de aquel modo, si bien no a través de la ponderación de su intrínseca equidad, sino de la verificación de si la falta de transparencia en su redacción implica una alteración subrepticia del contenido económico del contrato.”” (Hernández Paulsen & Campos Micin, 2020, págs. 150-151)

Por tanto, pareciera que, si siguiéramos la propuesta planteada por los profesores, para que una cláusula relacionada con el precio de un producto o servicio se considere abusiva, debería no haberse formulado de forma tal que quedara clara su posición como cláusula esencial o económica dentro del contrato de adhesión, o bien, debiese verificarse una falta de transparencia en el establecimiento del precepto aludido. Este punto será tratado en más en profundidad durante el capítulo relativo al tratamiento doctrinal de las cláusulas abusivas una vez que hayamos determinado ante qué tipo de pacto nos encontramos, y si la Ley de Defensa del Consumidor aplicaría a los servicios de reparto.

En este caso no creo que podamos afirmar que se esté intentando ocultar el carácter esencial del precio en el servicio. No hay motivos para sospechar aquello y queda claro por la redacción literal del contrato que el servicio solicitado se realiza como consecuencia del precio pagado, siendo este un elemento esencial del contrato, sin el cual, este derechamente no existiría.

Pero es el segundo punto que merece nuestra atención de manera más detenida, ya que es innegable que la tarifa a la hora de ser fijada por la aplicación tiene en cuenta los factores como la oferta y demanda de los productos y repartidores disponibles (además del precio fijado por el proveedor de lo que será transportado), pero ¿Cómo se *distribuye* esa cantidad? ¿Cuánto va para el repartidor, cuanto para la aplicación y cuanto para quién pone a disposición el bien a transportar, y cómo todo esto afecta el precio final?

Teniendo en cuenta que, según esta compañía en específico, al usar su servicio estoy generando un contrato de mandato con un tercero según lo estableciod en su redacción antigua, considero que la información de cuanto es el precio que le estoy pagando a dicho repartidor como mandante es un factor al cuál debería tener acceso como usuario final del servicio.

Dentro del mismo texto ya citado, los profesores ahondan más en este tema al señalar que:

“Así, este tipo de control de abusividad no implicaría una revisión del equilibrio económico de las prestaciones sino ponderar las condiciones en que el adherente ha ejercido su libertad de elección, es decir, si la información precontractual sobre el precio y las condiciones de la contratación ha sido veraz y oportuna.

A la luz de lo señalado y por lo que respecta a la determinación del precio de un producto o servicio, podrían considerarse abusivas por falta de transparencia, en su caso, diversas cláusulas sobre pago de gastos, comisiones y costos en general, cuando estos no hayan sido adecuadamente informados al adherente. Por vía ejemplar, tratándose de productos y servicios financieros, podrían estimarse abusivas por falta de transparencia las cláusulas sobre comisiones o costos que no están insertas en el contrato junto a las otras cláusulas económicas; las que no establecen la cuantía de los gastos o los

antecedentes que permitan calcularla; las que, para hacerlo, solo aluden a fórmulas contenidas en los documentos de tarifas del proveedor; las que fijan comisiones genéricas o sin justificación”” (Hernández Paulsen & Campos Micin, 2020, págs. 160-161)

Si bien lo anterior pone como ejemplos los productos y servicios financieros, no es menos cierto que en el principio menciona como un ejemplo de falta de transparencia la poca claridad acerca de los gastos y comisiones, para luego establecer que podría a su vez considerarse abusivo el establecimiento de gastos sin antecedentes que los justificaran, aludiendo a “fórmulas” o “comisiones genéricas”.

Si bien, este último ejemplo se da en el contexto de contratos de créditos con entidades bancarias, no veo argumentos de por qué la misma exigencia no podría aplicar a un servicio de delivery, al haber tantos actores involucrados y teniendo el consumidor ninguna forma real de intentar determinar si lo que está pagando es efectivamente el precio justo, y sin siquiera poder acceder a la información de cómo se distribuye lo pagado.

Ahora, volviendo la mirada al caso de la aplicación norteamericana, nos encontramos con una regulación considerablemente más extensiva, al señalarse explícitamente que mediante el precio se busca pagar íntegramente al tercero proveedor, incluyendo además los impuestos aplicables u otros cargos y servicios que sean requeridos, incluyendo a Uber como “intermediario” que contacta a las partes.

Pero lo interesante y que se diferencia de lo establecido por Rappi, esa que se paga al instante a la aplicación, y la empresa señala qué:

*“” Uber, en cualquier momento y a su sola discreción, se reserva el derecho de establecer, eliminar y/o revisar los Cargos para alguno o todos los servicios o bienes obtenidos a través del uso de los Servicios. Además, usted reconoce y acepta que los Cargos aplicables en determinadas zonas geográficas podrán incrementar sustancialmente durante los periodos de alta demanda. Uber **usará los esfuerzos razonables** para informarle de los Cargos que podrán aplicarse, siempre y cuando usted sea responsable de los Cargos incurridos en su Cuenta, **independientemente de que usted conozca dichos Cargos o los importes de estos** (...) Usted podrá optar por cancelar su solicitud para los servicios o bienes de un Tercero proveedor en cualquier momento antes de la llegada de ese Tercero proveedor, en cuyo caso se le **podrá cobrar una tasa de cancelación**”*”. (Uber Technologies, Inc., 2020)

Esto le da facultad a Uber para subir el precio de forma unilateral, obligando así al usuario a ser responsable por estos, independientemente si se adquirió conocimiento de ellos o no de forma oportuna, teniendo que la compañía únicamente hacer esfuerzos “razonables” para informar de dicha modificación al usuario, sin ahondar en qué acciones específicas se traducirá esto.

Ahora, la compañía agrega a continuación que, si bien se puede cancelar el pedido en cualquier momento antes de su llegada, (esto es asumiendo que se tuvo conocimiento de un aumento de tarifa, **lo que no es asegurado por la compañía**), de todos modos, me pueden cobrar tasas de cancelación, por lo que como consumidor soy castigado por querer cancelar **una orden a la cual se efectuó un aumento de precio de forma unilateral al cuál no accedí**. Esto es contrario a lo establecido en el artículo 16 letra B de la Ley de Protección del Consumidor, que dispone el hecho de que no tendrán efecto las cláusulas o estipulaciones que:

“” 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;¹⁰””

Por último, al volver la vista a la compañía uruguaya respecto a la forma que tienen de determinar el precio de su servicio, al igual que en el caso de la exención de responsabilidad, podemos vislumbrar una diferencia que los posicionaría en una situación presumiblemente ventajosa respecto de la competencia, al indicar que:

“”El precio de los Bienes será presentado en el Portal, según la información provista por el Oferente, antes de que la transacción sea aceptada por el Usuario. Dicho precio incluirá todos los posibles recargos por impuestos, adiciones, etc., que sean aplicables a cada transacción. Se aclara que algunos Oferentes pueden tener importe mínimo de pedido y que también pueden aplicar costos de envío, lo que se indicará en los perfiles de los Oferentes.

El Usuario comprende y acepta que, en caso de solicitar modificaciones a los Bienes integrantes del Pedido, el precio podrá tener modificaciones.”” (PedidosYa, 2021)

Por lo que esta compañía no se reserva el derecho de aumentar el precio de forma unilateral, y las modificaciones parecieran ser un factor relevante únicamente cuando el consumidor intente modificar su petición inicial.

Cabe señalar también que dentro del precio se hace referencia directa a los impuestos y otros costos asociados que vayan asociados dependiendo del país de que se trate. Si bien esto último no es suficiente en mi opinión para cumplir con un estándar de transparencia (al no explicar, por ejemplo, la tarifa que iría al repartidor, ni siquiera mencionándose esta) es una mejora comparada con la competencia.

¹⁰ Ley 19496 de 1997 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de febrero de 1997. D.O 7.03.1997

2. DILUCIDANDO EL TIPO DE CONTRATO

Habiendo ya analizado de manera exhaustiva los términos y condiciones que presentan estas aplicaciones, y planteado las interrogantes que surgen de dicha examinación, queda una pregunta por responder ¿Qué tipo de contrato es el que estaríamos aceptando?

Esta pregunta no es baladí en absoluto, al no realizarse referencia a este punto en ninguna de las plataformas elegidas para estudiar en esta memoria, y al incluso encontrar referencias a tipos contractuales que fueron eliminados con posterioridad. Sin un punto claro acerca de la naturaleza del acto celebrado, cualquier otro análisis sería incompleto.

Iniciaremos este capítulo discutiendo de forma breve las características generales que tendría el contrato ante el que nos encontremos, para luego analizar la posibilidad planteada por Rappi en sus antiguos términos, finalizando con la discusión de otro posible tipo contractual.

2.1 Características del contrato

Es menester dilucidar las características del tipo de contrato ante el cuál nos estaríamos encontrando. Pareciera que, al menos en nuestro Código Civil, no existe referencia expresa a algún contrato nominado que nos ayude a vislumbrar ante qué tipo de convención específicamente nos encontramos.

En virtud de ello es que analizaremos las distintas clasificaciones de contratos para intentar aproximarnos a una idea más clara de ante qué nos enfrentamos a la hora de interactuar con estos servicios de delivery.

En primer lugar, podemos soslayar a simple vista que este es un contrato de carácter bilateral o “sinalagmático”, el cuál es el tipo de contrato en que ambas partes quedan obligadas, y que ha sido definido por la doctrina como

“(…) El contrato genera obligaciones contrapuestas, de tal modo que cada parte es deudora y acreedora de la otra” (López Santa María, 2005, pág. 110)

¿Cómo es que funcionan estas aplicaciones? Un individuo ingresa a ellas, busca en un catálogo de productos proveído por la empresa, paga por el que desee recibir, y un repartidor va a dejar el producto

al destino establecido. Por tanto, la obligación del usuario sería la de pagar el precio, pero ¿cuál sería la obligación de la aplicación?

Este punto parece no estar del todo claro, ya que todas las aplicaciones dicen que sirven como “intermediarios” que contactan a repartidores independientes de la compañía en cuestión, siendo esta su única obligación. Pero esto no es evidente para los clientes, ni lo es en la forma en que se publicitan, por lo que uno tendería a entender que la obligación de la contraparte es a entregar el producto seleccionado.

También es interesante recordar que, desde el punto de vista de las obligaciones entre repartidores-consumidores, se habló de la idea de un posible contrato de mandato. Este contrato también es naturalmente bilateral, pero las obligaciones que nacen para las partes serían distintas a las de la relación consumidor-aplicación.

Estas discusiones serán analizadas más adelante, pero lo importante es entender que, independientemente de qué punto de vista se tome, nos encontramos indudablemente ante un contrato de carácter bilateral.

Una siguiente característica de los contratos es si estos serían gratuitos u onerosos basándose en la clasificación presente en el artículo 1440 del Código Civil. Ante esto no hay mucho que señalar, ya que salta a la vista que sería de carácter oneroso al tener que el usuario pagar un precio, para que las aplicaciones pongan a disposición su infraestructura tecnológica para contactar tanto al local que provee el bien a transportar como al repartidor para llevarlo donde el usuario. Desembolsando así el usuario dinero para obtener un bien, y ganando la aplicación el dinero a costa de los costos de mantención y coordinación, pero viéndose ambos beneficiados al final.

En la misma línea, podemos señalar que es un contrato conmutativo, ya que ambas prestaciones se miran como equivalentes y no hay una contingencia incierta de ganancia o pérdida. Esto sería cierto en ambas tesis acerca de la responsabilidad de la aplicación que hemos estado tratando.

También, atendiendo la clasificación presente en el artículo 1442 del Código Civil, podemos decir que nos encontramos ante un contrato de carácter principal, ya que subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, lo anterior debido a que uno al realizar un pedido en estas aplicaciones no requiere firmar u acordar otros contratos con o el repartidor o los proveedores para perfeccionar la compra, ya que la compañía a cargo de la aplicación se hará cargo de ello.

Respecto a la clasificación contractual ante la que nos encontramos, podríamos señalar que sería la de un contrato consensual, el cual el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez define cómo:

“Contratos se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes, en cualquiera forma que éste se exprese en la medida que este consentimiento cumpla a su vez con los requisitos establecidos en el artículo 1445 del Código Civil (Figueroa Yáñez, 2011, pág. 126)

Pero ¿Cómo es que se expresa este consentimiento? Con la realización de un pedido, previa conformidad de los términos y condiciones proporcionados por la respectiva aplicación por parte del consumidor, y mediante la aceptación del encargo específico por parte del repartidor. Por lo que nos damos cuenta de que las cláusulas y disposiciones se encuentran establecidas desde antes por la aplicación.

¿Tiene el usuario alguna posibilidad de sugerir cambios y/o modificaciones a estos términos y condiciones? No, por lo que nos encontramos ante un caso en donde la autonomía de la voluntad del usuario se encuentra limitada o constreñida a la lo dispuesto por la aplicación. Este tipo de contrato recibe el nombre de “contrato de adhesión”, y si bien no se encuentra estipulado en el Código Civil, es posible encontrar referencias a él en la Ley de Defensa del Consumidor, que establece en su artículo 6:

“Aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”¹¹

El profesor Figueroa Yáñez se refiere también a este tipo de contratos y explica un poco su razón de ser, al señalar que

“ (...) La parte a quien el contrato se propone sólo tiene la posibilidad de aceptarlo de manera global, o rechazarlo; pero no puede hacer sugerencias para la modificación de sus cláusulas. Esta categoría de contratos surgió sobre la base de la disparidad económica de los contratantes, de manera que la parte más fuerte impone sus términos a la parte más débil” (Figueroa Yáñez, 2011, pág. 148)

Por lo que vemos, se dan todos los supuestos para considerar el contrato suscrito entre consumidores y servicios de reparto digitales como uno de adhesión, al no tener el usuario ninguna capacidad real de modificar las cláusulas propuestas por las empresas, al haber una asimetría inherente en este contrato, que tiene que ser masivamente aceptado y en donde los individuos no tienen ninguna capacidad de modificar y alterar el contrato.

Pero ¿Esto no dejaría en desventaja a los consumidores ante el poder de los grandes entes económicos? No, porque ahí es donde entra en juego la Ley de Protección del Consumidor, ya que al ser la única modalidad de contratación viable en estos casos las cláusulas generales, es requerida la intervención de

¹¹ Ley 19496 de 1997 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de febrero de 1997. D.O 7.03.1997

la ley 19.496, texto que analizaremos más adelante una vez hayamos dilucidado el tipo de contrato específico ante el que nos encontramos.

Si bien existen algunas otras características de los contratos que podríamos mencionar, no considero necesario entrar en detalle en ellas ya que o son muy evidentes o no son necesarias para determinar el posible tipo de contrato ante el que nos encontramos. Habiendo dicho esto, intentemos analizar posibles contratos específicos que cumplan con los lineamientos generales establecidos someramente en este acápite.

2.2 Contrato de mandato

Es necesario iniciar el estudio de ante qué tipo de contratos nos encontramos con el caso del mandato. Esto debido a que una de las aplicaciones (Rappi específicamente) mencionaba de forma explícita en sus términos y condiciones antiguos que el servicio que ellos otorgan es simplemente una “facilitación de intermediación” para solicitar un “servicio de encargo” de los productos promocionados en la plataforma, siendo el repartidor un tercero independiente con carácter de mandatarios.

La compañía señalaba en su redacción antigua que este contrato se generaba entre el **repartidor y el consumidor/usuario final**, excluyéndose a si misma de esta relación jurídica. Pero, como se adelantó en la introducción de esta memoria, para poder responder cabalmente la pregunta de investigación no bastaría únicamente con analizar la relación entre consumidor-aplicación, sino que también la existente entre el primero y el **repartidor**.

Lo anterior se justifica en que el fin último de este trabajo es contrastar estas aplicaciones con el derecho civil y de consumidor vigentes, y si se menciona la existencia de un posible mandato, es necesario verificar si esto es efectivo a la vista de la normativa actual para poder desprender las posibles consecuencias de esto entre las partes involucradas en el uso de las aplicaciones.

Esto, debido a que reconocer la existencia de este tipo de contrato implicaría aceptar una exención de responsabilidad por parte de las empresas de delivery, debiendo hacerse cargo únicamente al usuario de la aplicación de que se trate (que, en este caso, sería el mandante). Esto se desprende del tenor literal del artículo 2116 del Código Civil, que en su inciso primero establece que el negocio encargado corre por cuenta y riesgo del mandante.

Lo anterior no sólo es válido mirando únicamente la redacción literal de la norma, sino que ha sido aceptado uniformemente por la doctrina y jurisprudencia. Por ejemplo, la Corte Suprema en causa ROL 259-2017 ¹²establece en su segundo considerando que

“(…) debe vincularse al artículo 2116 del Código Civil, normas de las que se concluye que es un elemento de la esencia del contrato en mención que el mandatario se haga cargo del negocio encomendado por cuenta y riesgo del mandante.”

Por lo que la máxima magistratura habría establecido que este elemento no es únicamente una parte del contrato de mandato, sino que sería de la esencia de este. Por lo que su ausencia (Esto es, delegarle la responsabilidad a Rappi) implicaría que el acto jurídico no produciría efecto alguno en la vida jurídica, dejando a esta indemne ante cualquier responsabilidad. La misma opinión es compartida por el académico David Stitckin Branover, quién señala:

“En cualquier caso, lo que caracteriza esencialmente al mandante es que por el contrato confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de aquél.”
(Stitckin, 2009, pág. 387)

Como sabemos, esto es justamente lo que la aplicación quiere y lo que planea dejar establecido en sus términos y condiciones. por lo que tendremos que ver si se cumplen los otros requisitos del mandato para ver si, efectivamente, nos encontramos ante el contrato que Rappi señala.

El mismo autor señalado establece que existen tres requisitos de la esencia del mandato: (i) Que el mandatario se hace cargo del negocio por cuenta y riesgo del mandante (punto que acaba de ser analizado), (ii) que su objeto consiste en la gestión de uno o más negocios y (iii) que es un contrato esencialmente basado en la confianza

Analizando el punto de la gestión de negocios, nos damos cuenta de que el legislador ha utilizado la misma expresión en la gran mayoría de las disposiciones relativas al mandato (Por ejemplo, los artículos 2119, 2120, 2121 del Código Civil).

El mismo código en diversos artículos ligados al mandato nos presenta con distintos ejemplos de este tipo de contrato, por lo que podemos inferir que estos serían casos que nos guiarían respecto al alcance de la expresión “gestión de negocios”. Estos serían: La conservación de un patrimonio y de una industria (2132 Código Civil), cualquier negocio de índole económica de interés para el mandante (2147 Código Civil), y la ejecución de un negocio jurídico (Por ejemplo, 2142 del código civil respecto a compraventa)

¹² Se hace referencia a un fallo dictado el día 09/02/2017 relativo a una casación de forma y fondo relacionado con la causa de primera instancia C-9274-2015 del 20° JLC de Santiago.

Si bien podría parecer que la segunda de estas acepciones se acerca al caso del usuario con el repartidor, esto no es tal puesto que no hay interés económico para el usuario con los productos que solicita, existiendo en todos los términos y condiciones analizados cláusulas que prohíben expresamente realizar encargos con este fin, teniendo que ser únicamente para consumo personal lo solicitado para entregar. Por lo que pareciera ser que, de los ejemplos proporcionados por nuestro código, ninguno se acercaría a lo planteado por la aplicación.

Ahora, respecto al requisito de la confianza como elemento esencial del contrato. El profesor Stitckin comenta al respecto que

“Sea gratuito o remunerado, el mandato es un contrato de confianza. Ya lo advertimos al tratar de los elementos esenciales del mandato en nuestro derecho positivo. Así se generó en el derecho romano y lo entendió nuestro legislador al definir el mandato como un contrato en que una persona “confía” la gestión de sus negocios a otra.” (Stitckin, 2009, pág. 389)

En base a esto es que se califica el mandato como un contrato *intuitu personae*, es decir, que se celebra con atención a la persona que tiene en frente, ya que, para confiar los negocios, tengo que conocer lo suficiente al otro para darle tal facultad sobre mis bienes y/o negocios, siendo este un requisito esencial del acto jurídico.

Esta confianza no es únicamente por parte del mandante sobre el individuo del mandatario, si no que debe existir **bilateralmente** entre ambas partes. Esto queda claro en varios puntos que se encuentran presentes en nuestro código, como, por ejemplo: En la posibilidad de delegar el mandato por el mandatario (Art. 2135 y 2136 del Código Civil¹³), que pueda terminar el contrato por la renuncia del mandatario (Art. 2163 número 4 del Código Civil¹⁴) o que la muerte de este **siempre** ponga termino al contrato (Art. 2163 número 5 del Código Civil¹⁵).

El carácter *intuitu personae* de este contrato es un elemento de la esencia, lo que se traduce en que o bien el mandato no genere efecto alguno en su ausencia, o degenera en un contrato distinto. Por lo que la pregunta que se da inevitablemente es ¿Existe una relación de confianza entre un usuario y un repartidor al que no se conoce?

¹³ 2135: “El mandatario podrá delegar el encargo si no se le ha prohibido; pero no estando expresamente autorizado para hacerlo, responderá de los hechos del delegado, como de los suyos propios”. 2136: La delegación no autorizada o no ratificada expresa o tácitamente por el mandante no da derecho a terceros contra el mandante por los actos del delegado.

¹⁴ 2163: “El mandato termina: (...) 4° Por la renuncia del mandatario.

¹⁵ 2163: “El mandato termina: (...) 4° Por la muerte de mandante o del mandatario.

El usuario/consumidor a la hora de realizar un pedido lo efectúa a través de la aplicación elegida, específicamente en la pestaña del local seleccionado para tal efecto. Pero en ningún momento puede obtener información acerca de **quién** le llevará lo ordenado hasta que ya se ha aceptado el pago, y, es más, una vez realizado este **únicamente se facilita el nombre** del repartidor, faltando credenciales y/u otros elementos que podrían ayudar a generar la confianza requerida. La misma situación ocurre al revés, al no saber el repartidor nada de su “mandante” más que dirección y nombre.

Ahora, se ha planteado la posibilidad de la existencia de una excepción a esta regla en nuestra legislación, la que sería el mandato a *persona indeterminada*. Esta variante existiría para requerir del Conservador de Bienes Raíces la inscripción de compraventas, permutas, hipotecas, etc, o la inscripción en un mismo oficio de un contrato de sociedad o sus modificaciones.

Como se ve, las hipótesis señaladas no son las que existirían entre un consumidor-repartidor como es planteado por la aplicación, por lo que hacer extensivo este tipo de mandato a las aplicaciones de “delivery” sería un alcance sin fundamentos reales en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero aún si se insistiera en esta improbable posibilidad para justificar la idea de un mandato, esta sería controvertida debido a que un gran sector de la doctrina *niega* la existencia propiamente tal de este contrato a persona indeterminada. Para esto, podemos citar las conclusiones a las que arribó el profesor Javier Rodríguez Diez al analizar un fallo de nuestra Excelentísima Corte Suprema a la luz de ciertas teorías de Daniel Peñailillo:

*“(…) Difícilmente puede entenderse que exista un contrato de mandato si el mandatario es una persona indeterminada, que ni siquiera aparece en escena para manifestar su voluntad de celebrarlo con anterioridad a la inscripción. Daniel Peñailillo fue el primero en desarrollar en detalle esta objeción, afirmando que la cláusula “se faculta al portador” sería, en realidad, **una oferta de mandato**. Siguiendo este razonamiento, hasta que se verifique la aceptación del mandato, la cláusula quedaría sujeta a las reglas de la formación del consentimiento del Código de Comercio, y solo se aplicarían las normas del mandato con posterioridad a dicho hito”* (Rodríguez Diez, 2023, pág. 308)

Por lo que como se puede ver, sería improcedente aceptar que nos encontramos ante un mandato de carácter indeterminado al no darse los supuestos aceptados por nuestra doctrina, y porque la misma existencia de dicha figura es cuestionada al plantearse que esto sería la mera oferta de un mandato, pero no uno propiamente. Por lo que tendríamos que concluir que no se cumpliría el requisito esencial de ser el contrato *intuitu personae*.

Habiendo analizado la importancia de con quién se genera el mandato, surge también la pregunta acerca de otro elemento característico de este tipo de acto jurídico: su carácter **generalmente consensual**. Este

elemento se encuentra establecido en los artículos 2123 y 2124 del Código Civil, señalándose que el contrato se perfeccionaría por la aceptación del mandatario.

En este caso, tendríamos que admitir que el carácter consensual si se encontraría en la relación establecida con las aplicaciones de delivery, ya que al realizar el pedido como consumidor, la aplicación enviaría un mensaje a un repartidor para aceptar llevar lo solicitado. Lo anterior constituiría una oferta si nos basamos en la definición de esta como acto jurídico unilateral por el cual una persona (en este caso, usuario) propone a otra (repartidor) una determinada convención, y la aceptación de este último en la aplicación sería la conformidad manifestada como aceptación.

Ahora, aún en el caso de que no considerásemos este elemento como una real manifestación de consentimiento al no haber un contacto real entre el oferente y el aceptante, debemos recordar que el artículo 2123 permitiría la aceptación tácita para el perfeccionamiento del mandato, por lo que, si el consumidor toma conocimiento de que el repartidor realizaría la entrega a su nombre y, aún sin aceptar esto explícitamente, no lo detiene, se generaría el consentimiento requerido.¹⁶

Otro elemento interesante es que de las obligaciones nacidas del contrato de mandato. Si bien la mayoría de la doctrina considera que es naturalmente un contrato bilateral, existe discusión en este punto al existir profesores como Alessandri o Vodanovic que abogarían porque sería unilateral si el contrato fuese gratuito y bilateral si fuera oneroso.

Como nos encontramos en el segundo caso, cabe preguntarnos ¿Cuáles son las obligaciones que emanan para las partes del mandato? El profesor Juan Andrés Orrego Acuña nos señala que:

“El mandatario se obliga a cumplir el encargo y a rendir cuenta, y el mandante por su parte debe proveerlo de los medios necesarios para que el mandatario cumpla la gestión encomendada y de pagar la remuneración estipulada o a falta de estipulación la usual, sin perjuicio de otras obligaciones que pueden surgir con posterioridad, como reembolsar los gastos razonables que el mandatario haya hecho e indemnizar los perjuicios sufridos por éste, sin mediar culpa de su parte.” (Orrego, 2024, pág. 10)

Analizando primeramente las obligaciones del mandatario, no nos detendremos demasiado en el cumplimiento del encargo, ya que este elemento se traduciría en el reparto del bien comprado y no merece mayores reflexiones para lo buscado en esta memoria. No es el caso con la rendición de cuentas, que es un caso más interesante para detenerse a estudiar.

¹⁶ Se ha preferido no hacer referencia a los contratos de mandato de carácter solemne, al estar estos explícitamente regulados en nuestra legislación y al escapar del alcance de esta memoria.

Al actuar el mandatario *por cuenta y riesgo del mandante*, es necesario que justifique su gestión en la mayoría de los casos a quien lo encomienda, y eso es lo que establece el artículo 2155 del Código Civil al establecer la cuenta de la administración como una verdadera obligación para el mandatario.

Ahora, el mismo artículo ya señalado establece la posibilidad de relevar esta carga de quien acepta el encargo (en este caso y si aceptamos la tesis del mandato, el repartidor), pero aquella liberación debe encontrarse establecida mediante cláusula expresa, siendo la rendición de cuenta, por tanto, una obligación de la naturaleza del mandato.

En el caso de las aplicaciones de delivery, el consumidor final jamás recibe una cuenta final por parte del repartidor. Solo le llega un mensaje indicando que se efectuó la entrega y la posibilidad de “calificar” la labor de quien efectuó el viaje. Y al no haber en los términos y condiciones analizados ninguna cláusula donde se haya eliminado la obligación de rendir cuentas, pareciera que este elemento del mandato tampoco se encontraría en las aplicaciones de delivery.

Volviendo la vista a las obligaciones del mandante, pareciera obvio que se cumplirían, al pagar el precio del servicio donde está incluido el porcentaje que iría para obtener el producto requerido. Pero esto se complica al preguntarnos ¿Es el usuario quien le paga al repartidor? ¿Y es este quien le da el dinero para comprar el producto que desea recibir en su hogar?

La respuesta a estas preguntas sería negativa, ya que todas estas acciones se realizan con la **empresa misma de delivery**, quien se encargará de distribuir lo pagado en las proporciones que le resulten pertinentes y que son desconocidas para el comprador entre las distintas partes involucradas en la gestión encargada. Por lo que no se podría establecer que el supuesto mandante/consumidor estaría cumpliendo sus obligaciones para con su mandatario, ya que sería la compañía que se presenta como tercera ajean a la obligación quien se estaría encargando de este requisito.

Este punto alza una interrogante bastante interesante que serviría contra la idea del mandato: Esta teoría deja fuera completamente a la aplicación, no explicando el tipo de relación que esta tendría ni con el repartidor ni con el usuario.

En vista de todo lo señalado, y a pesar de que no se analizaron algunos otros elementos del mandato por estimarse irrelevantes para los fines de este trabajo (Como la delegación del mandato, la diferencia entre mandato general/especial, definido/indefinido, entre otras), creo que resulta impropio calificar la relación jurídica entre repartidor-consumidor como la de un mandato al no cumplirse con requisitos y características esenciales de este tipo de acuerdo, y al no ser realmente adecuado para explicar la compleja naturaleza de lo que sería el delivery con todos sus actores, al excluir la aplicación en si misma.

2.3 Contrato de adhesión de prestación de servicios

Habiendo establecido las características del contrato que aceptaría el usuario final de estas aplicaciones, pudimos delimitar dentro de una de ellas el ser un contrato de adhesión. Teniendo en cuenta lo anterior, cabe la pregunta ¿Qué es lo que se está pactando con este tipo de contrato? ¿Cuál es la obligación que nace para las partes involucradas?

Creo que nos encontramos ante un contrato de adhesión en que se pacta una prestación de servicios. Ahora, no existe en nuestra legislación actual regulación acerca de este tipo de contratos, por lo que han sido definidos cómo atípicos por la doctrina nacional.

Tendremos que delimitar un poco qué es lo que entendemos por servicios para poder decir que estamos ante este tipo de contrato, las profesoras María Graciela Brantt y Claudia Mejías Alonzo mencionan que:

“Los servicios aparecen en la legislación como una categoría residual o, dicho de otra forma, parece que son tales aquellas prestaciones que no sean dar una cosa en la terminología del Código Civil o lo que no constituya un bien en la nomenclatura del derecho de consumo (...) En el plano económico los servicios aparecen, junto con los bienes, como objetos de las transacciones que se realizan en el mercado, y en dicho contexto, como ha destacado Severin, la definición económica de lo que es un servicio se ha hecho tradicionalmente “en forma negativa, a partir de la ausencia de alguna de las características o propiedades que se atribuyen a los “bienes”, principalmente la materialidad” (Brantt & Mejías Alonzo, 2018, pág. 590)

Por tanto, esta visión económica de lo que puede ser considerado un servicio encajaría con las aplicaciones que estamos analizando en la presente memoria. Ya que cómo se mencionó anteriormente, lo que uno hace al pagar utilizando estas aplicaciones no es comprar el producto solamente, (ya que esto se realizaría presencialmente en la tienda mediante una compraventa común y corriente) sino que lo que uno como usuario **espera es el servicio de reparto: la** comodidad de no tener que salir uno a comprar físicamente el producto. Y el acto de llevar un producto de un lugar a otro no me parece que caiga dentro de la categoría de bienes materiales.¹⁷

¹⁷ Si bien algunos podrían argumentar que, si bien el transporte es efectuado en un vehículo con materialidad, y que lo repartido es un bien material, estos argumentos no me parecen convincentes ya que dejan de lado el verdadero propósito

Habiendo estableció lo anterior, y en concordancia con lo mismo, podemos decir que los contratos de servicio dan lugar a una obligación de hacer¹⁸, ya que consiste en la ejecución de un hecho, cualquiera que sea (actividad, material o intelectual), sin perjuicio de que existen ciertas obligaciones de hacer que no constituyen servicios, cómo, por ejemplo, la nacida de un contrato de promesas de compraventa. Pero entonces, ¿Dónde trazar la línea divisoria entre las obligaciones de hacer que no pueden constituir servicios, y las que sí?

La respuesta se encuentra en cuál es el fin último buscado por los contratos de servicio, al respecto, la doctrina dice que:

“(…) Un aspecto de especial trascendencia para su construcción jurídica es la consideración de la finalidad perseguida con el hacer que debe desplegar el prestador. El hacer que constituye el servicio tiene un fin determinado: generar un beneficio para el acreedor, es algo que se hace a favor de otro.”

(Brantt & Mejías Alonzo, 2018, pág. 594)

¿Esto significa que los contratos de servicio son gratuitos? Para nada, simplemente que el foco de la obligación de hacer desplegada (sea cual sea, en este caso, el reparto de productos) debe hacerse siempre en miras del interés del cliente, intentando lograr el mayor grado de satisfacción por parte de este, quién, a cambio de esto, pagará el respectivo precio asociado a que sus intereses hayan sido atendidos de forma tan personalizada.

A miedo de sonar redundante, esto es exactamente lo que se da en el caso de las aplicaciones de reparto, al ser el objetivo final la entrega del pedido al cliente final sin necesidad de abandonar el hogar.

Creo que hasta el momento, hemos dejado claro por qué este contrato puede ser considerado como uno de adhesión de prestación de servicios. Pero, estamos dejando de lado a las otras partes involucradas con la cadena analizada, esto es, el repartidor y el proveedor, y sus respectivas relaciones para con el servicio presentado por la aplicación. Ya qué es evidente que el proveedor del producto debe tener alguna relación con la aplicación para que esta la promocióne en su página principal, así cómo es evidente que la aplicación debe tener alguna relación con los repartidores para seleccionarlos y enviarlos al proveedor (cómo “repartidores” de la aplicación en cuestión) para retirar el producto. Entonces, ¿Dónde entran estas partes en el contrato de adhesión de prestación de servicios?

de las aplicaciones, que es el reparto que conlleva evitar una inconveniencia para el usuario, lo que sería la esencia de este servicio y, decir que eso es material me parece injustificado.

¹⁸ Brantt, M. G., & Mejías Alonzo, C. (2018). El contrato de servicios como categoría general en el derecho chileno. Su contenido y rasgos distintivos. Revista Ius et Praxis, 593.

En mi opinión, independientemente de las relaciones que las compañías proveedoras de servicios de repartos tengan con estos actores (elemento que no es motivo del presente trabajo), podemos decir que estas están contenidas dentro de lo que sería el contrato de adhesión de servicios, ya que, citando lo dispuesto por María Graciela Brantt y Claudia Mejías Alonzo:

“Una segunda característica relevante de esta categoría contractual es la trascendencia que cobran ciertas conductas diversas y adicionales a las prestaciones centrales de cada parte –el servicio y el precio– y cuya función es complementarlas a efectos de que se alcancen los fines perseguidos por los contratantes. Si todo contrato contiene una regla de conducta que se construye a partir de la declaración de voluntad de las partes, debidamente interpretada e integrada, es posible advertir que aquella es de carácter complejo, puesto que no solamente pone a los contratantes en la necesidad de ejecutar las prestaciones primarias o características del contrato, sino que también les impone la realización de otras conductas diferenciadas, en función de permitir la plena satisfacción del interés que perseguían al celebrarlo.” (Brantt & Mejías Alonzo, 2018, págs. 604-605)

Por lo que dentro de estas conductas y/o actos adicionales se encontraría la obligación de las aplicaciones de contactar al repartidor y hacer un trato con las tiendas respectivas para poner a disposición del cliente los productos ofrecidos en su aplicación, ya que si bien, esto conlleva contratos y pactos con cada uno de esos intervinientes específicos¹⁹, estos son indispensables para la concreción del servicio ofrecido, el que sería la entrega (Realizada por repartidores) de bienes determinados (ofrecidos por los proveedores que se muestran en la aplicación) a la dirección señalada por el usuario de la aplicación.

Pero ¿Por qué hablo de que el servicio es el reparto de bienes, cuando las aplicaciones señalan una y otra vez que son sólo meras intermediadoras entre el usuario y un repartidor independiente, siendo de responsabilidad de estas dos partes el riesgo/pérdida del bien y otros problemas derivados? Es requerido detenernos en este punto un momento para poder vislumbrar si, a la vista del derecho civil y del consumidor, nos encontramos con que las aplicaciones de delivery generarían un contrato de adhesión de prestación de servicios.

Es menester para esto recordar la expresión latina del *nomen iuris*, que establecería que las cosas son como son, y no como las partes afirman que estas son. En este caso, sabemos que la aplicación se ha desmarcado de su relación con el usuario y de su responsabilidad al plantearse a si mismos como terceros, y que han llegado a presentar la existencia de un mandato entre repartidor-consumidor, ¿Es esto así?

¹⁹ Generándose así una serie de problemas, tales como si los repartidores son trabajadores de la aplicación o son “clientes” a los que ofrecen un servicio de intermediación para llegar a distintos usuarios de la aplicación, y algo similar sucedería con las tiendas que ponen a disposición sus productos su aplicación. Pero estas relaciones y sus clasificaciones específicas sobrepasan el alcance de este trabajo de memoria.

Partamos con un punto que me parece bastante problemático, y es que lo mencionado por los términos y condiciones **no se condice la forma en que las aplicaciones se publicitan a sí mismas**, ni cómo un ser humano medio entendería el propósito de estos servicios. bastando ver el lenguaje popular usado por la gente al referirse a ellos (tales como “pidamos un “Rappi/Uber-Eats) y cómo los repartidores necesitan por obligación tener cierto implemento asociado a la marca de la compañía (Una persona no puede ser repartidor de cada una de estas aplicaciones sin adquirir por su cuenta, una mochila específica con el logo de la compañía respectiva).

Por ello ¿es posible esperar utilizando el estándar del hombre medio que establece el Código Civil, que un usuario al entrar a la aplicación elegida, y al ver que el repartidor encargado de la entrega de lo solicitado utiliza una indumentaria específica con los logos de la compañía dueña del portal elegido, espere razonablemente que esta sea un mero intermediario exento de responsabilidad? Pareciera que no, y es más plausible la idea de que todas las partes de esta relación estarían otorgado un mismo servicio al usuario/consumidor que la de concebirlas como elementos aislados con obligaciones distintas entre consumidor-repartidor, repartidor-aplicación, y repartidor-aplicación.

Sumado a lo anterior, y a modo de reforzar la idea de que las aplicaciones no sería medias intermediarias en estas relaciones, y que tendrían un rol relativo al reparto, se desprendería del hecho de que a pesar de no mencionarlo en sus cláusulas de manera tajante y específica, muchas veces las aplicaciones se hacen cargo directamente ante los consumidores de los problemas que puedan surgir, y toman acciones en las incidencias relacionados con el reparto mismo de los pedidos solicitados por sus usuarios.

La razón por la que se hace esto a pesar de ir en contra de lo que se menciona en sus términos y condiciones que establecen reales exenciones de responsabilidad podría encontrarse en el miedo ante una posible acción ante SERNAC (lo que sería especulación por parte del autor de esta memoria).

Para evidenciar este actuar de las empresas, podemos referirnos a un artículo publicado por el diario *La Tercera* publicado el 24 de febrero del año 2023 titulado “*Aplicaciones móviles: Uber Eats, Rappi, y Pedidos Ya lideran Ranking de Reclamos al Sernac*”, donde se pueden leer las siguientes afirmaciones:

“” *Según el Sernac, durante 2022 se registraron 8.412 reclamos en contra de nueve aplicaciones móviles: Uber Eats, Rappi, PedidosYa, Cornershop, Cabify, Uber, DiDi, DiDi Food y InDriver. Las tres compañías que recibieron el mayor número de reclamos fueron: Uber Eats, con 3.926 (47%); Rappi, con 2.205 (26%) y Pedidos Ya, con 1.766 (21%), concentrando el 94% del total. (...) Por otro lado, en su respuesta Sernac también puntualizó que durante 2022 estas nueve plataformas acumularon 2.136 quejas bajo la categoría “proveedor no acoge/rechaza el reclamo”*” (La Tercera , 2023)

Como vemos, la gran mayoría de estos reclamos no fueron resueltos por las aplicaciones de delivery según lo que se comenta, por lo que en teoría se estaría aplicando la exención de responsabilidad presente en todos los términos y condiciones analizados. Pero en los descargos, las empresas se defienden aduciendo que:

*“”Uber por los reclamos que recibieron sus plataformas en Chile, incluyendo Corneshop, que también es de su propiedad, respondió que “tanto Uber como Cornershop by Uber cuentan con una plataforma de soporte que permite resolver prácticamente todos los problemas **que puedan presentarse durante un viaje o en la entrega de un pedido.**(...) En PedidosYa señalaron que “trabajamos permanentemente para mejorar la experiencia de **nuestros usuarios, monitoreando y gestionando su satisfacción en busca de aprender y mejorar nuestro servicio.** Cada reclamo se revisa y responde de manera particular (...) Rappi Chile, en tanto, sostuvo que valora el trabajo del Sernac “y, por ello, contamos con un equipo de servicio al cliente que permanentemente está pendiente de los reclamos recibidos para analizar el caso y ofrecer una solución según corresponda”” (La Tercera , 2023)*

Lamentablemente, no podemos saber si todos los reclamos fueron resueltos por esta vía y si se aplicó o no la cláusula de exclusión de responsabilidad en alguno de estos casos, al ser esa información privada por el momento. Pero lo anterior nos ayuda a vislumbrar que estas compañías, en sus respuestas, reconocen de forma explícita que intentan resolver los **problemas durante el viaje o entrega, y que tienen acciones para monitorear su consecución.**

También esto se ve en la misma infraestructura de los portales ofrecidos por las aplicaciones, ya que en todos estos podemos encontrar una sección de “reclamos” o “problemas con mi pedido”. En ellas, el usuario puede presentar reclamos de diversa índole (Como que no se recibió el producto, que llegó algo distinto a lo ordenado, que faltaría una parte del pedido, etc.) y la gran mayoría de las veces se devuelve parte o el total del dinero pagado, o se otorga como compensación al usuario un cupón para utilizar en otros pedidos.

¿Por qué se realiza esto si supuestamente, las aplicaciones no tienen ninguna responsabilidad respecto a el pedido al ser meros intermediarios? Pareciera que, a pesar de lo establecido por ellas mismas, su modo de operar y lo que el cliente puede desprender de este, generaría la idea de que son efectivamente parte del servicio proveído.

Esto también se refuerza a que en todos los portales se nos permite evaluar el reparto mediante una escala predeterminada, lo que demostraría la conformidad con el servicio. Esto sería irrelevante para la compañía si no tuviera relación con la entrega de lo solicitado más que para fines estadísticos.

Lo anterior, sumado a lo ya mencionado de cómo es que se publicitan estas aplicaciones, nos llevaría a pensar que no son meras intermediarias en las relaciones comerciales que propician, sino que serían partes activas en estas, idea que será tratada más adelante.

Ahora, es importante señalar para efectos de cerrar la idea, que los contratos de prestación de servicios son un concepto residual en nuestra legislación al ser innominados, pero esto no es así en otras legislaciones, dentro de las que destaca el Código Civil de Los Países Bajos.

La razón para voltear la mirada a esta nación y no a otras no es azarosa. Ellos, al igual que Chile tienen un sistema legal codificado, siendo su Código Civil el *Burgerlijk Wetboek*, pero este dato por si solo no justificaría su elección, ya que fue su carácter fuertemente progresista en temas civiles (como en otras áreas ajenas al alcance de esta memoria) y la influencia del derecho europeo (cuya jurisprudencia ha resultado vinculante en algunos casos) han permitido que sus códigos sean extremadamente robustos y traten materias no comprendidas en muchas otras naciones

Como ejemplo de lo que se señala, podemos voltear la vista al séptimo, del *Burgerlijk Wetboek*, específicamente desde los artículos 7:400 en adelante, donde podemos encontrar una definición de “Service Provision Agreement”, o “Acuerdo de provisión de Servicios” el que es definido por su legislación como

“”A service provision agreement is the agreement under which one of the parties ('the service provider') has engaged himself towards the other party (' the client') to perform work on another basis than an employment agreement, which work consists of something else than the making of a tangible construction, the safekeeping of property, the publication of a work or the transportation of persons or goods.

- 2. The provisions of Articles 7:401 up to and including 7:412 apply to each type of service provision agreement, unless something else results from law, the content or nature of the agreement, another juridical act or usage (common practice) and without prejudice to Article 7:413”” (Dutch Civil Law , 2021)²⁰

Por tanto, podemos reconocer dentro de su definición que el acuerdo de provisión de servicios es un contrato en que el proveedor se compromete con el “cliente” (o consumidor, en nuestro caso), teniendo que realizar una acción de distinta índole a la laboral, hacer algo tangible, salvaguardar propiedades y el transporte de personas y bienes.

²⁰ Aprovecho esta instancia para agradecer al sitio “Dutch Civil Law”, quienes proveen traducciones libres de la legislación civil de los Países Bajos para su uso libre. Lo que me ha sido de gran ayuda a superar la barrera idiomática con el Neerlandés-

Por lo que podemos ver, esta definición es bastante cercana a la que hemos intentado alcanzar analizando ideas doctrinales a lo largo de este capítulo, pero pareciera que la última parte iría en contra de lo que nosotros planteamos, al dejar fuera de la definición el transporte de bienes, que, en estricto rigor, es lo que un repartidor estaría haciendo en el caso de las aplicaciones de delivery.

Pero esto no es tal, ya que como mencioné, estamos analizando el servicio otorgado por la aplicación en sí, que **se vende al público no tan sólo como una intermediaria entre al concreción de un contrato de mandato con un tercero repartidor, sino que como un elemento crucial y la cara visible del servicio contratado**, independiente de lo que las compañías digan, por lo que no se encargaría sólo de la entrega de los bienes, sino de todo lo que esto implica, con el soporte electrónico, la coordinación y demás tareas requeridas para la entrega del producto, por lo que sería subsumible la definición de los Países Bajos al caso de las aplicaciones analizadas.

Ahora, lo interesante es que si bien yo planteo esta visión de un servicio otorgado por las aplicaciones que involucra a todas las partes, aún si siguiéramos la tesis propuesta por las aplicaciones (esto es, que son meros intermediarios en una transacción ajena), los Países Bajos tienen una respuesta ante ello, estableciendo en su artículo 7:407 que respecto a los casos en que un cliente tenga más de dos proveedores de servicios que:

“If two or more service providers have jointly engaged themselves under a service provision agreement towards one client to perform a service, then each of them is towards the client joint and several liable for a failure in the performance of any obligation from this agreement, unless this failure is not attributable to him” (Dutch Civil Law , 2021)

Por lo tanto, ambas partes deberían responder ante el consumidor por fallas en el servicio, y no valdrían estas cláusulas de exención de responsabilidad.

Ahora, no hay que olvidar que en nuestro país no se da esta situación al ser este tipo de contrato de carácter atípico. Al mirar a nuestra doctrina y jurisprudencia lamentablemente vemos que el tema no se ha tratado con la profundidad que debería, ya que, citando un trabajo anterior de las

“ (...) La doctrina nacional se ha limitado hasta ahora a señalar genéricamente el conjunto de disposiciones aplicables, sin atender ni examinar el contenido de estas reglas, ni fijar tampoco su real alcance y aplicación a los contratos de servicios. Situación similar se aprecia en nuestra jurisprudencia, que suele aludir genéricamente a la aplicación de las reglas del mandato y del contrato de arrendamiento, pero tampoco precisa su alcance, ni resuelve sobre la aplicación concreta de cada norma.” (Mejías Alonzo & Brantt Zumarán, 2016, pág. 76)

Por lo que vemos que, al parecer, la alusión antigua de Rappi no era azarosa, al generalmente extrapolarse este tipo de contratos analizados a el mandato y el arrendamiento. Pero por las consideraciones señaladas en el acápite anterior relacionado a la ausencia de requisitos importantes para configurarse el mandato, creo que, si bien pueden existir similitudes y se pueden usar símiles supletorios entre ambos tipos de actos jurídicos, sería incorrecto asimilarlos como uno mismo.

Es por lo antes mencionado que considero que, independientemente de lo que digan los respectivos términos y condiciones, **estas aplicaciones otorgan en verdad un servicio de reparto gestionado por ellas**, y que las disposiciones en contrario podrían caer en cláusulas abusivas al no ser transparentadas de forma clara a los clientes, y que estas servirían para generar verdaderas exenciones de responsabilidad que no tienen un argumento real para existir, sucediendo algo similar con la determinación del precio del servicio.

Pero para poder determinar lo anterior, tenemos que analizar la normativa aplicable en materia de cláusulas abusivas, y esta sería la Ley de Defensa del Consumidor, por lo que antes de entrar a analizar la posible existencia de estas cláusulas, debemos ver si este cuerpo normativo resulta aplicable al caso en concreto que estamos analizando.

3 LEY 19.496: ¿ES APLICABLE AL CASO CONCRETO?

Cómo se adelantó previamente, carecería de sentido hacer referencia a términos como cláusulas abusivas, contratos de adhesión y deberes de información si esa que la Ley de Defensa del Consumidor no fuera aplicable a los servicios de reparto o delivery, ya que en dicho cuerpo normativo se define y trata la terminología antes mencionada. Por lo que antes de continuar, es menester analizar si esta normativa tiene aplicación en el caso concreto.

Para poder determinar esto, tenemos que dirigirnos a las disposiciones de la ley 19.496, la cual en su primer artículo define su ámbito de aplicación

“La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias”²¹

Por tanto, la ley aplicará en aquellos casos en que haya relación entre dos entes o individuos: consumidores y proveedores. Pero ¿El usuario y las aplicaciones de delivery caben dentro de estos

²¹ Ley 19496 de 1997 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de febrero de 1997. D.O 7.03.1997

conceptos? Puede que uno a simple vista afirme que sí, ya que esto parecería lo evidente, pero es necesario atenerse a las definiciones jurídicas en estas materias, y la ley en el mismo artículo establece cómo se entenderán los determinados conceptos, por lo que iniciaremos con lo que se entiende por “Consumidor o Usuarios”, ya que la ley agrupa ambos conceptos, estableciendo que:

“Las personas naturales jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores”²².

La gran mayoría de la doctrina señala que esta definición debe entenderse restrictivamente²³, y que los requisitos más importantes que tienen que estar siempre, en base lo señalado por el profesor Rodrigo Momberg Uribe, serían que: (I) El fin buscado con el bien o servicio tiene que necesariamente satisfacer necesidades estrictamente privadas, familiares o domésticas, y que, relacionado a lo anterior, (II) se prohíba tajantemente cualquier relación con una actividad empresarial o profesional²⁴.

Es necesario admitir que también reconoce el profesor la existencia de una doctrina minoritaria que no establecería necesariamente la exclusión del ámbito profesional en la noción de consumidor, y si bien tanto el profesor citado, como el autor de esta memoria concuerdan con esta visión, no es la teoría más aceptada en la aplicación práctica y no tiene mayor relevancia ahondar en ella para este trabajo,

Por tanto, independientemente de la interpretación de consumidor que se elija, no habría ningún problema en establecer que el usuario en estos casos caería en la definición de consumidor, ya que paga un precio a la aplicación respectiva, siendo el destinatario final del servicio de reparto. Incluso si aceptamos la tesis de que el rubro de estos servicios es únicamente contactar a dos individuos independientes planteada por las compañías (con la que me encuentro en desacuerdo), sirviendo cómo un mediador, aún se consideraría al cliente como un consumidor, al ser el destinatario final de este servicio, y agotándolo cuando se concreta la relación entre el repartidor y el usuario, por lo que se constituiría como un consumidor atendiendo la definición.

Ahora, adentrándonos en el concepto de proveedor es donde comienzan los verdaderos problemas. La ley los define cómo

²² Ley 19496 de 1997 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de febrero de 1997. D.O 7.03.1997

²³ Para más ahondamiento, véase Jara, R., *Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones*, en Corral, H. (Ed.), *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Ed. Univ. de los Andes, Santiago, 1999, p. 54.

²⁴ Momberg Uribe, Rodrigo. (2004). *Ámbito de Aplicación de la Ley Nº 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*. *Revista de derecho (Valdivia)*, 17, 41-62. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502004000200002>

“Las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.”²⁵

El primer requisito está claro, todas las empresas de delivery son personas jurídicas de carácter privado. Ahora, la habitualidad alude al carácter profesional que debe tener la actividad, por lo que ejercerla ocasionalmente no constituiría el rol de proveedor. No hay mucha discusión a este respecto y estaría en consonancia con lo señalado en el artículo 7 del código de comercio.

Por lo que es evidente que las aplicaciones al funcionar en tiempo completo tendrían el requisito de la habitualidad. Ahora, es en el siguiente punto donde comienzan los problemas. Recordemos que los términos y condiciones de Rappi establecen en su punto 3.11 que:

“Es claro para el Usuario/Consumidor que RAPPI no es productor, proveedor, expendedor, agente, distribuidor y en general ningún tipo de comercializador de los productos que exhibe, ya que opera solo como una plataforma tecnológica que permite el encuentro de Usuarios/Consumidores, Comercios y RappiRepartidor para la gestión del servicio de domicilio. (Rappi Chile SpA, 2021)

Todas las demás aplicaciones contienen disposiciones similares con las que se busca dejar fuera la aplicación de la Ley del Consumidor en la relación, sosteniendo que no se cumplirían los requisitos establecidos por la norma. Esto es asumiendo su interpretación de que ellos funcionan como meros intermediarios y que no tienen injerencia en la relación usuario-repartidor.

Lo anterior es interesante ya que tanto Pedidos Ya cómo “Rappi” aparecen catalogadas en la página de SERNAC en la sección de proveedores, por lo que pareciera que, pese a esta discusión y las afirmaciones de estas empresas, son consideradas por la administración chilena efectivamente como proveedores, pero no ha habido fallo específico que lo corrobore, y la doctrina y jurisprudencia a este respecto brillan por su ausencia.

Por lo que para dilucidar esta situación, tendremos que apuntar la mirada fuera de Chile, específicamente a Colombia, en donde durante 2019, la Superintendencia de Industria y Comercio (entidad encargada de la defensa al consumidor en dicho país) dictó una orden administrativa contra, específicamente, “Rappi S.A” en donde analizaron la naturaleza de su modelo de funcionamiento y determinaron que ellos

²⁵ Ley 19496 de 1997 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de febrero de 1997. D.O 7.03.1997

funcionan como proveedores de bienes y servicios a través de medios electrónicos, multándolos por \$1.755.000 millones de dólares indicando en su fallo los siguientes puntos:

“Examinada las particularidades con las que se desarrolla el negocio de RAPPI S.A.S , advierte esta Dirección que la misma no solamente conecta a los tres (3) sujetos mencionados. sino que se hace parte de la comercialización, así sea de manera indirecta, de los bienes y servicios que se ofrece en su aplicación, pues aún cuando resulta cierto que pone en contacto a los proveedores, los "Rappitenderos" y los consumidores, su intervención no termina allí, dado que su rentabilidad aumenta en la medida que se produzcan y perfeccionen operaciones de consumo, lo que ratifica su participación en calidad de proveedor en la cadena de comercialización de los bienes y servicios que se ofrecen en su plataforma virtual. (...) En virtud de este acuerdo, RAPPI S.A.S. ofrece a los consumidores productos o servicios de sus aliados comerciales, a cambio de un porcentaje de las ventas que aquellos terceros efectúen. Dicha situación pone en evidencia que la mencionada sociedad participa económicamente de las transacciones que se realicen en el marco de su portal web, pues obtiene utilidades por el éxito de una operación de consumo (...)Bajo las anteriores consideraciones, RAPPI S.A.S., no actúa como un portal de contacto en los términos del artículo 53 de la Ley 1480 de 2011, sino como un proveedor de bienes y servicios a través de plataformas de comercio electrónico” (Comercio, 2021)

Lo anterior sirve cómo antecedente de que esta plataforma, aun aceptando la tesis de que son meros intermediarios de una relación entre individuales (que, de ser así, generaría problemas en cuanto a la publicidad y conocimiento de ese hecho) podría considerarse como un proveedor, **al tener una participación económica en cuanto a las transacciones que operan dentro de su aplicación**, siendo este el servicio ofrecido.

Además, hay que tener en consideración que no verlos como proveedores significaría un atentado contra el principio pro-consumidor que rige nuestra legislación, al encontrarse el usuario en una desventaja en cuanto a las formas de accionar contra las empresas de reparto (ya que lo mencionado por al Superintendencia de Industria y Comercio es extensible a todas las demás aplicaciones)

Por tanto, al ser las partes proveedores y consumidores de acorde a lo establecido en la ley, es que podemos afirmar que esta sería aplicable al caso en comento, por lo cual, podremos comenzar a revisar las cláusulas que podrían potencialmente ser abusivas a la vista del derecho del consumidor.

4. CLAUSULAS ABUSIVAS. IEAS DOCTRINALES Y ANALISIS

4.1 ¿Qué entendemos por cláusulas abusivas?

Habiendo ya establecido la problemática relativa a la forma en que se encuentran formulados los términos y condiciones de las aplicaciones de delivery, el tipo de contrato que estas configurarían, la obligación que nace de estos, y el hecho de que son materias susceptibles para analizar usando la ley 19.496, es momento ahora de preguntarnos acerca de si es posible configurar una hipótesis de existencia de cláusulas abusivas dentro de estos acuerdos no negociados por el consumidor.

Pero antes de ello, será menester analizar primero qué es específicamente lo que entendemos como cláusulas abusivas. Y teniendo en cuenta el cómo se ha efectuado el análisis en este trabajo, pareciera bastante lógico volver la vista nuevamente a la Ley de Protección al Consumidor para determinar qué tipo de cláusulas efectivamente tendrían este carácter. En la norma, debemos analizar el artículo 16, que nos dice lo siguiente:

“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones 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, y

g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.

Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales.

En todo contrato de adhesión en que se designe un árbitro, será obligatorio incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recusarlo, conforme a lo establecido en el inciso anterior. Lo que se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente.”²⁶

Lo interesante es que lo anterior es lo más cercano que encontramos en la normativa actual como referencia a qué es lo que constituiría efectivamente una cláusula abusiva. Pero como podemos ver, esto no da una definición clara de lo que se consideraría “*per sé*” una estipulación atentatoria contra los derechos de los consumidores, sino que únicamente indica una serie de ejemplos de cuales serían este tipo de cláusulas.

De hecho, si analizamos todo el párrafo IV donde se regulan las normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, **no se establece ninguna definición de lo que constituiría una cláusula abusiva**, lo que es bastante interesante considerando que la ley inicia con una amplia gama de definiciones de conceptos (tales como “Contrato de Adhesión”, “Consumidor”, “Proveedor”, entre otras más que ya analizamos en su debida oportunidad.).

Ahora, tenemos que analizar una de las letras específicas del artículo 16, la que más allá de definir algún tipo de estipulación que sería si o si una cláusula abusiva, se enfoca en establecer una hipótesis abierta. Esto permite subsumir distintas situaciones no contempladas en el listado encontrado entre las letras A) a la F) del artículo 16 de la norma como cláusulas abusivas. Nos referimos a la letra G) que indica que una cláusula se podrá considerar abusiva cuando **esta sea contraria a la buena fe atendiendo**

²⁶ Ley 19496 de 1997 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de febrero de 1997. D.O 7.03.1997

parámetros netamente objetivos y que genere un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones entre tanto el proveedor como el consumidor.

Ahora la pregunta es, ¿podemos extender de esto a una posible definición de lo que sería efectivamente, una cláusula abusiva? Si bien algunos han postulado esta idea, y es entendible el por qué, en mi opinión este no sería realmente un enfoque adecuado, ya que, si se quisiera haber definido este tipo de cláusulas por el legislador, ¿por qué no hacerlo en el artículo primero de la ley donde se fijan las definiciones que regirán la norma? Por tanto, no pareciera, en mi opinión, que esta última letra sea suficiente para establecer una definición de cláusula abusiva.

Si volvemos la mirada al Servicio Nacional del Consumidor (“SERNAC”), al hablar de cláusulas abusivas, establecen un concepto bastante genérico, al decir qué:

“Las cláusulas abusivas son aquellas que la ley prohíbe y que se pueden encontrar en los contratos de adhesión, es decir aquellos que no son negociados por las partes. Este tipo de cláusulas o disposiciones, son impuestas por las empresas y alteran el equilibrio entre las partes causando un perjuicio al consumidor” (Consumidor, 2017)²⁷

Por lo tanto, se estaría recogiendo por parte de este organismo la definición amplia encontrada en la letra G) de la Ley 19.496 al hablarse de la alteración del equilibrio en la relación contractual que de por sí, ya revestiría de cierta asimetría al darse estas cláusulas en contratos de adhesión no negociados directamente por el consumidor.

Ahora, este órgano administrativo no es el único que se ha pronunciado acerca de lo que constituiría este tipo de cláusulas, sino que la Corte Suprema ha establecido también jurisprudencialmente definiciones de cuáles serían este tipo de disposiciones en los contratos de adhesión. En una sentencia de un recurso de casación en el fondo por juicio deducido entre el Servicio Nacional del Consumidor contra el Complejo Educacional de la Universidad del Mar, SERNAC defendió la postura de que existían cláusulas abusivas en el contrato firmado por los alumnos, y en su fallo, la Corte en el considerando número séptimo, estableció lo siguiente:

~~ESTIPULACIONES~~
~~ESTIPULACIONES~~

Que el carácter abusivo de las
Que el carácter abusivo de las

“Qué el carácter abusivo de las estipulaciones contractuales está determinado por el desequilibrio notable e injustificado en las prestaciones que la estipulación impone, en perjuicio de adherente consumidor y en beneficio del predisponente proveedor. El desequilibrio puede ser concretado en diversos ámbitos del contrato y, por lo mismo, terminan con diverso contenido: a) Confieren derechos

²⁷ Consumidor, S. N. (24 de Abril de 2017). www.sernac.cl. Obtenido de www.sernac.cl: <https://www.sernac.cl/porta1/607/w3-article-5377.htm>

exorbitantes al proponente, como las que le otorgan facultades de fijar o modificar elementos del contrato (como cambiar el precio, el tipo de producto o servicio o su régimen jurídico); b) Excluyen o restringen derechos de los consumidores, como las que imponen renunciaciones al ejercicio de acciones judiciales, reducen los medios de prueba, alteran la carga de la prueba,; c) Reducen las obligaciones del predisponente, como la exoneración o restricción de su responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso-; d) Imponen al consumidor cargas desproporcionadas, como pagar gravosas indemnizaciones o establecer plazos excesivamente breves para reclamos”²⁸

Por tanto, podemos empezar a vislumbrar ciertos elementos que se repiten al hablar de estas cláusulas tanto en la ley, en la interpretación del SERNAC y el fallo de la Corte Suprema. Pero aún no llegamos a una definición clara e inequívoca del concepto, sino que hemos visto componentes por separado.

A este respecto, Carlos García Araya²⁹ propone como una buena definición para entender de lo que hablamos cuando usamos la expresión de “cláusulas abusivas” podría encontrarse en el artículo 3.1 de la directiva 93/13 de la Comunidad Económica Europea (o CEE), lo que tendría sentido en cuanto nuestra legislación en estas materias se inspira en el modelo europeo. La directiva define las cláusulas abusivas como:

“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”³⁰

Podemos apreciar en esta definición cómo ciertos elementos que se han repetido en todas las distintas visiones y acepciones que hemos analizado acerca de lo que constituiría efectivamente una cláusula abusiva se encuentran aquí. Por lo que podríamos decir que, para poder afirmar que una cláusula que no se encuentre dentro de los supuestos enumerados específicamente en el artículo 16 de la Ley sobre protección de los Derechos de los Consumidores sea considerada como abusiva, deberá contener al menos tres elementos que se encuentran en todas las acepciones analizadas para caer efectivamente dentro del rango de la definición de cláusula abusiva, a saber, A) Desequilibrio desproporcionado entre las partes contratantes, B) Ir contra las exigencias de la buena fe, y C), Estar inscrita dentro de los marcos de un contrato de adhesión. De esta misma idea es Carlos García Araya, quien establece que:

²⁸ Se hace referencia a un fallo Rol 5363-2018 por la Corte Suprema el día 15/04/2019, que tuvo proviene de la causa en primera instancia C - 4815 – 2014 seguida ante el Tercer Juzgado Civil de Viña del Mar.

²⁹ Araya, C. G. (2020). Análisis de la sanción a las cláusulas abusivas en la doctrina y la jurisprudencia: una propuesta desde la nulidad absoluta. Revista de Estudios Ius Novum, 228 - 275.

³⁰ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Boletín Oficial de Estado. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526> (consultado el 17/11/21).

“” Al darse copulativamente estos tres requisitos, la cláusula se estima como abusiva para el Derecho chileno, y por el hecho de ser abusiva, debe sancionarse, privándosele de efectos ”” (García Araya, 2020, pág. 239)

Por tanto, habiendo establecido una definición conceptual de a qué nos referimos específicamente cuando hablamos de cláusulas abusivas, antes de pasar directamente a analizar las disposiciones de los contratos de adhesión de los servicios de delivery, considero necesario analizar cuáles son los mecanismos de control presentes en nuestra legislación para así, luego, poder ver específicamente las cláusulas que considero problemáticas y bajo qué parámetros tenemos que analizarlas.

4.2 El control de las cláusulas abusivas en el sistema chileno

En vista de que el consumidor no se encuentra en posición real de negociar el contrato de adhesión con el proveedor que se lo presenta, pudiendo tan sólo aceptarlo o rechazarlo, es evidente que para el legislador no basta únicamente con establecer la existencia de lo que sería una cláusula abusiva, sino que debe establecer mecanismos adecuados para proteger al contratante débil e intentar aminorar el desequilibrio inherente a estos tipos de pactos.

Existen hoy en día tres grandes clasificaciones de estos mecanismos, los que serían, a saber: A) Control preventivo y represivo, B) Control voluntario, administrativo, mixto y judicial, y C) El control legal.

Si bien los dos primeros mecanismos de control son bastante importantes y necesarios para defender efectivamente a los consumidores, ahondar en ellos no parece necesario para efectos de esta memoria, al referirse más que nada a quienes son los sujetos activos para realizar el control de las cláusulas abusivas cuando estas son encontradas, o si este control es realizado antes de que el contrato se perfeccione (mediante controles, por ejemplo, de SERNAC), o una vez que ya ha surtido efecto entre proveedores y consumidores.

Si bien, es necesario reiterar que estos mecanismos tienen su importancia y cabida en nuestro ordenamiento jurídico, su ámbito de aplicación tiene que ver más con la forma y el procedimiento propiamente tal con que se reacciona ante estas cláusulas, más que con la forma en que serán analizadas e interpretadas, para lo que tenemos el tercer mecanismo de control: El legal.³¹

³¹Si se quisiera ahondar más en los otros mecanismos de control, referirse a “Ortiz, M. E. (2016). Algunos Mecanismos de Control de Cláusulas Abusivas en el Ordenamiento Jurídico Chileno. Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción N°32, 70-91”

Ahora, cuando nos referimos a este tipo de control de cláusulas abusivas, nos referimos a las disposiciones legales que, tanto de forma directa como indirecta, buscan establecer mecanismos para identificar y detener la aplicación de este tipo de cláusulas.

Por lo que es bastante importante para este mecanismo, según resulta evidente, la ley de Protección del Consumidor, pero no únicamente su artículo 16 ya analizado previamente, sino que la totalidad de esta norma.

Según el profesor Iñigo de la Maza, podemos encontrar tres tipos de control en esta área, los que serían: A) Control de inclusión, B) La interpretación más favorable al consumidor y C) Control de contenido de estas cláusulas.³²

Respecto al control de inclusión, este sería aquel que se basa en asegurarse que el consumidor antes de suscribir un contrato de adhesión posea acceso a toda la información necesaria para evitar ser pasado a llevar por las cláusulas encontradas en el pacto negociado unilateralmente del que se trate respectivamente.

Ahora, la jurisprudencia ha establecido que una especificación de este tipo de control sería el principio de transparencia, que, acorde a la primera parte del artículo 5 de la directiva 93/13 de la Comunidad Económica Europea, se manifestaría de la siguiente forma:

“” En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible””
(Comunidad Económica Europea, 1993)

Por lo tanto, si tomamos esta definición de transparencia, y la unimos a lo antedicho acerca de qué es lo que constituiría el control de inclusión, podemos arribar a la conclusión de que es requerido para poder generar un efectivo control de esta índole que se cumplan los siguientes requisitos: A) Que el contrato sea puesto a disposición del consumidor por el proveedor antes del momento en que se genere el perfeccionamiento del contrato, y B), Que los términos de este acuerdo deben estar redactados de forma clara y comprensible.

Este principio puede encontrarse manifestado en varias normas de la Ley de Defensa del Consumidor³³. El profesor Jorge Baraona destaca varios artículos de esta norma como manifestaciones del principio de

³² Cómo se puede encontrar en “DE LA MAZA, IÑIGO (2012) . “El control de las cláusulas abusivas y la letra G)”. En: Barrientos Camus, Francisca., De la maza gazmuri, Iñigo., y Pizarro wilson, Carlos., (Eds.). Consumidores. Santiago, Legal Publishing”

³³ Todas las disposiciones normativas que serán citadas en el siguiente espacio, pueden encontrarse en “Ley 19496 de 1997 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de febrero de 1997. D.O 7.03.1997 “

transparencia³⁴, pero dentro de su listado, y a efectos del propósito de esta memoria, destacaré solo dos de estas directrices que, en mi opinión, podrían revestir una mayor importancia dentro de lo que será nuestro análisis. También se incluirá una disposición que, si bien no es mencionada por el profesor Baraona, podría en mi opinión considerarse como una representación del principio de transparencia, y estar incluida en el control de inclusión de cláusulas abusivas:

A) Artículo 3 Letra B: Esta disposición establece “*” El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos”*”

Este artículo es bastante importante, ya que, si bien no se refiere de forma específica a los contratos de adhesión, encontrándose en la sección de “derechos y deberes del consumidor” de la respectiva ley, se encontraría estableciendo una obligación relativa a las acciones del proveedor para con el consumidor, que, en caso de infringirse, podrían generar una infracción al deber de transparencia, el que como se comentó, es parte del control de inclusión de las cláusulas abusivas.

Dentro de estas obligaciones, encontramos la de otorgar al consumidor una “información veraz y oportuna”, donde podría incluirse en mi opinión, elementos como la publicidad y todas las formas en que se promocionen productos o servicios al consumidor.

B) Artículo 17 Letra A: La norma indicada señala que “*” Los proveedores de bienes y servicios cuyas condiciones estén expresadas en contratos de adhesión deberán informar en términos simples el cobro de bienes y servicios ya prestados, entendiéndose por ello que la presentación de esta información debe permitir al consumidor verificar si el cobro efectuado se ajusta a las condiciones y a los precios, cargos, costos, tarifas y comisiones descritos en el contrato. Además, toda promoción de dichos bienes y servicios indicará siempre el costo total de la misma.”*”.

En base a lo anterior, podemos decir que la determinación del precio del producto consumido, y su eventual justificación detallada al consumidor final, sería considerado un elemento importante si quisiéramos determinar la posibilidad de incluir una cláusula dentro de un contrato

³⁴ Para mayor ahondamiento en lo anterior, véase: “BARAONA, JORGE (2014) “La regulación contenida en la ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo”. En: Revista Chilena de Derecho.Vol.41 (2), , p.280.”

entre consumidores y proveedores, pero que su ausencia vulneraría el principio de transparencia y podría configurarse una hipótesis de cláusula abusiva.

- C) **Artículo 28 Letra A:** El artículo indicado nos dice que *“Asimismo, comete infracción a la presente ley el que, a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, produce confusión en los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores”*

Este artículo no se encuentra presente en el listado del Profesor Baraona, pero en mi opinión (y cómo se vislumbró un poco en el comentario realizado respecto al artículo 3 letra B) no veo inconvenientes en considerar ciertas normas relativas a los deberes de información y publicidad por parte de los proveedores como normas relevantes respecto al principio de transparencia.

Esto se justifica en atención a que el artículo 3 letra B) habla del derecho a una información veraz y oportuna como manifestación de este principio, ante lo que surge la pregunta ¿Qué es la publicidad? Si miramos la misma definición otorgada por la Ley 19.496 en su Artículo Primero Inciso Cuarto, vemos que se define de la siguiente forma: *“La comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato”*.

Por lo que me pregunto: Si el fin de la publicidad es “informar” además de motivar, ¿Una publicidad que produzca confusión en los consumidores, no iría en contra al derecho de una información veraz y oportuna que Baraona establece como parte de los principios de transparencia? En mi opinión esta pareciera ser la interpretación correcta, subsumiéndose las disposiciones establecidas respecto a la publicidad en esta área y, por tanto, formando así parte del control de inclusión respecto a las cláusulas abusivas.

Habiendo explicado ya a qué nos referimos cuando hablamos del control de inclusión, debemos analizar el segundo elemento del control legal, esto es: El control de interpretación. Este elemento ha sido definido, nuevamente en atención a las disposiciones establecidas en la Directiva 93/13 de la Comunidad Económica Europea, específicamente en la segunda parte del Artículo 5 ya citado en referencia a los principios de transparencia, ya que, en luego de lo transcrito con anterioridad, se añade lo siguiente:

““ (...) *En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor*” (Comunidad Económica Europea, 1993)

Esta es una fórmula de control bastante usual en muchos sistemas jurídicos que provienen del Derecho Romano y que históricamente se ha conservado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Esta idea ha recibido el nombre de la regla *interpretatio contra proferentem o contra stipulatorem*. A propósito de ella, el profesor Javier Rodríguez Olmos nos dice que

““(…) *Cuando se esté ante la ambigüedad de una cláusula que no haya podido ser superada con los demás cánones de interpretación y cuando, adicionalmente, la cláusula haya sido dictada por una de las partes (o una de las partes se haya valido de un formulario facilitado por un tercero), dicha ambigüedad debería resolverse en contra de la persona que ha dictado la cláusula o se ha valido del formulario del tercero: esta es la formulación básica y tradicional de la regla denominada interpretatio contra proferentem. A esta se ha sumado en época reciente una nueva formulación mucho más contundente: las ambigüedades deben ser resueltas a favor del consumidor.*” (Olmos, 2008)

Es decir como al final de su definición, el profesor hace expresa referencia a que la utilización de esta regla **ha derivado en ideas pro-consumidor**. Esta norma interpretativa se puede realizar antes de la suscripción del contrato de adhesión (en nuestro caso), durante, o después, no siendo realmente relevante el momento espacio temporal en que se realice, ya que lo buscado es intentar **superar las asimetrías contractuales inherentes a este tipo de relaciones comerciales**, la que existirá en cualquiera de los tres momentos descritos.

Ahora, respecto a la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor, nos encontramos ante una situación bastante interesante, puesto que no es posible vislumbrar consagración expresa de esta regla *interpretatio contra proferentem* en la Ley 19.496.

Pero lo anterior no quita que se encuentre en otras disposiciones de nuestro marco normativo: a saber, el Código Civil, que en su artículo 1566, cuando se refiere a las normas de interpretación de los contratos, establece en su segundo inciso que

““(…) *Las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.*””

Ahora, se podría argumentar que este principio sería exclusivo a materias civiles y/o comerciales, y que no sería aplicable para materias de consumidor como las que son las tratadas a lo largo de esta memoria.

Pero la jurisprudencia chilena ha establecido lo contrario, y a este respecto podemos citar el famoso caso de “Servicio Nacional del Consumidor contra Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.”³⁵.

En este litigio, se dedujo una demanda colectiva contra Cencosud Administradora de Tarjetas S.A para obtener, principalmente, la nulidad de unas cláusulas incorporadas a los contratos de adhesión con los clientes, que permitían a la administradora aumentar el precio de mantenimiento de las tarjetas de los consumidores si es que estos no respondían a una carta enviada por la compañía en un periodo acotado de tiempo. En este caso histórico, se tocaron varios temas interesantes, como el valor real que se le puede asignar al silencio de una de las partes, o los plazos de prescripción que operarían en casos que involucraran demandas colectivas. Pero estas materias escapan del alcance de nuestra memoria, teniendo que centrarnos en lo que la Corte indicó respecto a los principios del derecho del consumo. Así, en su considerando primero, nos señala que:

“Que la legislación introducida por la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores N° 19.496 y sus modificaciones posteriores, especialmente la Ley 19.955, de 2004, ha supuesto la moderación de ciertos principios recogidos en los Códigos Civil y Comercial, respecto de los actos y convenciones sujetos a la ley, tanto en lo referido a la formación del consentimiento, la libertad contractual -en su dimensión libertad de contratar por parte del proveedor como de la libre determinación del contenido de lo que las partes acuerden- como de los bienes jurídicos protegidos, que superan la mera protección de la libertad e igualdad de los contratantes, y también de las consecuencias que trae aparejado para el incumplidor una determinada infracción contractual”

Y luego, al inicio del considerando segundo, la Corte Suprema añadiría lo siguiente

“Que lo anterior tiene importancia, puesto que para resolver las controversias suscitadas en relaciones reguladas por la Ley 19.496 debe atenderse a la peculiaridad de sus principios”

Por tanto, la Corte Suprema está estableciendo que los principios **tanto del Derecho Civil como Comercial deben ser parte del Derecho del Consumo** atendiendo la naturaleza particular y asimétrica de este último. El profesor Rodrigo Monberg, comentando el mismo fallo, establece que

“ La Corte deja claro que ello no se agota en un simple reconocimiento de tales principios, sino que tiene efectos jurídicos: implica la moderación de los principios clásicos del Derecho Civil y Comercial

³⁵ Se hace referencia a la causa de la Corte Suprema ROL 12355-2011 ubicada en la secretaría civil, caratulada “SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON CENCOSUD ADMINISTRADORA DE TARJETAS S.A”, proveniente del expediente de primera instancia C-21910-2006 llevada ante el 10° Juzgado Civil de Santiago.

y, además, que la resolución de las controversias en Derecho del Consumo deba efectuarse atendiendo a sus características particulares.

El reconocimiento de principios especiales en el Derecho del Consumo no es un tema debatido en doctrina. Hay acuerdo en que el consumidor, en tanto parte débil o desventajada frente al proveedor, debe ser sujeto de protección especial.”” (Monberg Uribe, 2013, pág. 247)

Por tanto, queda en evidencia tanto por lo resuelto por la Corte Suprema, como por los comentarios del profesor Uribe y la jurisprudencia en general, que no habría problemas, y que, es más., sería **requerido** incluir principios de otras ramas del derecho al ámbito del consumidor y viceversa, generando puntos de unión entre las distintas ramas de la disciplina.

Ahora, esto se hará siempre cuidando mantener la idea central del derecho de consumo, que sería la protección del consumidor en la situación de asimetría en que se encuentra. Por lo que, basado en lo anterior, a pesar de no haber reconocimiento expreso en la ley 19.496 acerca de la regla *interpretatio contra proferentem o contra stipulatorem* a la que hace referencia la Comunidad Económica Europea, no habría problemas al incluirla como un principio del derecho del consumidor por encontrarse reconocida en el Código Civil, y al ser necesario realizar un sincretismo entre principios en pro del consumidor.

Habiéndonos referido a las dos primeras subclasificaciones relativas al control legal, hace falta que nos refiramos al control de contenido, que se refiere a las formas o métodos fácticos que han adoptado los ordenamientos jurídicos (incluido el chileno) para regular lo que puede efectivamente ser introducido en un contrato no negociado bilateralmente, estableciendo cláusulas que derechamente se encontrarían prohibidas por parte del legislador.

Este control es ejercido en Chile mediante el artículo 16 de la Ley 19.496, que, cómo se mencionó anteriormente, establece una lista de cláusulas que sirven para definir claramente situaciones que constituirían casos de abuso para el consumidor, y que finalizaría con la letra G), que sería una cláusula “abierta o general” donde podrían subsumirse situaciones no descritas en las letras precedentes. Así lo deja claro María Elisa Morales Ortiz, quien en referencia a esto señala, y comparando nuestro régimen de control con el europeo, que:

““De similar forma, el actual artículo 16 de la LPDC contempla una cláusula general y una lista de cláusulas abusivas, con la diferencia que en este caso la cláusula general forma parte de esta lista de cláusulas y no constituye una definición, y la lista es negra y no gris como en la Directiva. La causal genérica, consiste en una formulación casi idéntica a la del artículo 3 § 1 de la Directiva.

La lista del artículo 16 ha sido catalogada como una “extraordinariamente escasa”, no obstante, la amplitud del tenor de la letra g) del artículo 1682 parece compensarlo.”” (Morales Ortiz, 2016, págs. 83-84)

Lo interesante es que esta apertura de los posibles contratos con términos abusivos generada por la implementación de la letra G), no se encontraba en la implementación original de la norma, ya que fue agregada mediante la Ley 19.955 promulgada el 29 de junio de 2004 que agregó ciertas modificaciones bastante importantes a la Ley 19.496, cómo la antes descrita, que nos permite pasar de una lista taxativa de cláusulas abusiva, a una más abierta y con más posibilidades de interpretación.

Esto adquiere un carácter sumamente relevante teniendo en cuenta que, como se comentó con anterioridad en este trabajo, no existe en nuestra legislación actualmente una definición positiva de lo que sería una cláusula abusiva, por lo que es necesario recurrir a criterios externos y a normas de interpretación y control abiertas cómo estas, para asegurar así la protección de la parte débil en la contratación, y regular de cierta forma las asimetrías contractuales inherentes a este tipo de actos jurídicos.

Ahora, con todo lo dicho hasta el momento, y habiendo establecido un conjunto de definiciones, mecanismos y conclusiones de manera clara, y tratando todos con los mismos términos conceptuales, es el momento de comenzar a analizar los contratos del “servicio de delivery”³⁶ iniciando un examen de las cláusulas problemáticas comentadas con anterioridad y lograr así definir si, en atención al marco de análisis desplegado, constituyen hipótesis de abuso acorde a la legislación chilena o no.

5. LOS CONTRATOS DE SERVICIO DE DELIVERY: ANÁLISIS DE POSIBLES CLÁUSULAS ABUSIVAS

³⁶ Según lo discutido a lo largo del capítulo 2.3 de esta memoria

Por tanto, cómo se adelantaba con anterioridad, habiendo despejado varias discusiones doctrinales y teniendo una visión unificada de lo que hablamos al utilizar determinadas palabras, es el momento de centrarnos en analizar si se configura las hipótesis de abuso en las cláusulas propuestas al inicio de este trabajo.

Ahora, si bien es posible configurar demasiadas teorías acerca de posibles de cláusulas abusivas, en la presente memoria me centraré en tres de las posibilidades que, en lo personal me parecen más problemáticas: Las relativas a la inducción al engaño por parte de los proveedores, las que versan acerca de la exención de responsabilidad, y por último las relativas a la determinación del precio por parte de los mismos proveedores.

5.1. Inducción al Engaño

A la hora de tratar este capítulo, y a modo de evitar reiterar en puntos ya tratados a lo largo de este trabajo, dejaré por zanjada la discusión acerca de la naturaleza del contrato ante los que nos encontramos al contratar un servicio de delivery, desechando la hipótesis de la existencia de un contrato de mandato entre el repartidor y el consumidor que presentaría a las aplicaciones únicamente como un facilitador de estas relaciones, y teniendo por aceptada mi postura de que, en efecto, nos encontramos frente a un contrato de adhesión de prestación de servicios.

Cómo se mencionó anteriormente, existen en nuestra legislación, en lo relativo al control de las cláusulas abusivas, distintas disposiciones que servirían para manifestar el principio de transparencia que debe existir dentro de los servicios y contratos ofrecidos para que estos no sean abusivos. Destaqué en su momento el artículo 28 letra A) de la Ley 19.496, que establece

“Asimismo, comete infracción a la presente ley el que, a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, produce confusión en los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores”

Este artículo se complementarí por lo dispuesto en el artículo 3 letra B) del mismo cuerpo legal, que establece lo siguiente

““ El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos ””.³⁷.

Ahora, si bien los artículos comentados se refieren a infracciones a la Ley 19.496, sin establecer que este comportamiento sería abusivo o no de forma clara y específica, debemos recordar lo dicho anteriormente en este trabajo en relación a los tres requisitos establecidos por el profesor Carlos García Araya que nos permitirían establecer si es que nos encontramos ante una cláusula abusiva: Siendo la segunda estipulación mencionada el ir en contra de las exigencias de la buena fe, de modo que si este comportamiento está siendo sancionado por la norma, sería contra toda lógica considerarlo como correcto y/o deseable.

Y si se cumplen los demás requisitos establecidos, (esto es, encontrarse inscrito en un contrato de adhesión y la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las partes), la manifestación de este comportamiento en un contrato podría ser considerada abusiva en mi opinión.

Hago especial alusión a estas disposiciones pues, si bien ya dejamos claro que en este caso nos encontramos ante un contrato de adhesión de prestación de servicios, es innegable que los proveedores no reconocen esto en sus términos y condiciones, y lo enmascaran situándose como terceros que favorecen la conexión entre un repartidor y el consumidor. Simplemente se escudan diciendo que se generan contratos de mandato únicamente entre el repartidor y el usuario de la aplicación, todo lo anterior con el fin de eliminar su responsabilidad como proveedores y no ser responsables ante desperfectos y/o problemas con la entrega.

En virtud de lo anterior, es por lo que me gustaría destacar brevemente ciertas imágenes relativas a la información obtenida de los sitios donde estas aplicaciones se descargan, y la indumentaria y equipamiento que utilizan los repartidores.

³⁷ Ley 19496 de 1997 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de febrero de 1997. D.O 7.03.1997

1)



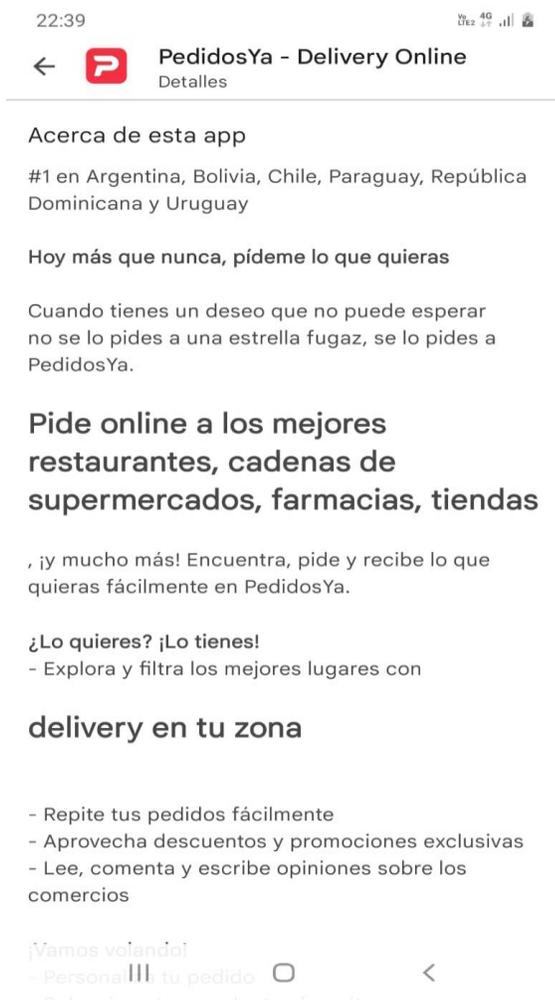
Fuente: Dinamo. (2019, 23 octubre). ¿Por qué las aplicaciones de delivery no tienen en planilla a sus repartidores? [Fotografía]. <https://www.eleconomista.net/economia/Por-que-las-aplicaciones-de-delivery-no-tienen-en-planilla-a-sus-repartidores-20191023-0030.html>”

2)



Fuente: Agencia Uno. (2020, 10 junio). Gobierno Convoca mesa de trabajo para analizar situación de repartidores de Delivery [Fotografía]. <https://www.df.cl/noticias/economia-y-politica/laboral-personas/gobierno-convoca-mesa-de-trabajo-para-analizar-situacion-de-repartidores/2020-06-10/100624.html>

3)



4)



Las primeras dos imágenes probablemente resulten extremadamente familiares para todo aquél que se encuentre leyendo esta memoria, ya que en ellas se muestran a grupos de repartidores moviéndose por la ciudad y esperando la entrega de alimentos para llevar al hogar de quién los haya solicitado. Pero ¿Cómo sabemos que específicamente son repartidores de estas aplicaciones que comentamos y que motivaron el presente trabajo?

Bueno, porque para poder ser repartidores asociados a estos proveedores en específico, **existe una obligación de utilizar indumentaria específica que contenga visiblemente el logo de la aplicación de que se trate específicamente, ropa que por lo general será una mochila de gran tamaño y altamente reconocible por sus colores llamativos.**

³⁸ Tanto las fotografías individualizadas con los números 3 y 4 fueron tomadas personalmente por el autor de esta memoria, directamente desde la aplicación "Play Store", al buscar "Pedios Ya" y "Uber Eats" respectivamente en su buscador el día 02/12/2021.

Por lo que la pregunta que uno debiese hacerse es: Un consumidor, al ver estas imágenes, o al ver un repartidor en la calle **¿tiene los medios para reconocer que, acorde a lo planteado por los proveedores, estos repartidores son independientes de las aplicaciones? La respuesta es bastante obvia y basta con ver como a veces la gente se refiere a estos repartidores, utilizando expresiones como “Un Rappi”, o diciendo frases de la índole de “pidamos un “Pedidos Ya”.**

Lo anterior se vuelve aún más notorio cuando analizamos las imágenes individualizadas con los números 3) y 4) acompañadas más arriba, en donde en el mismo sitio en que uno puede descargar estas aplicaciones, encuentra oraciones como *“Hoy más que nunca, pídemelo lo que quieras”, “Cuando tienes un deseo que no puede esperar, no se lo pides a una estrella fugaz, se lo pides a PedidosYa”* o *“Así que, si necesitas un domicilio, ir al mercado, pedir tu comida a los mejores restaurantes o ir a la farmacia; nosotros lo hacemos por tí”.*

Del tenor literal de lo transcrito se desprende una idea: Las aplicaciones son las que satisfacen el deseo de traer lo requerido, y esto sumado a la indumentaria de los repartidores ya comentada, hace bastante improbable que un consumidor medio no vea a la aplicación y al repartidor como un todo que se encarga de realizar las entregas.

Esta última visión es la que yo he propuesto que efectivamente se da en estas relaciones, pero como se comentó en el capítulo primero de esta memoria, no es cómo se describen estas aplicaciones en sus términos y condiciones, siempre desligados de la relación repartidor/consumidor. Esto, como se mencionó anteriormente, constituiría una infracción al control de cláusulas abusivas de legalidad comentado, específicamente en su arista de transparencia, **al mostrarse de una forma al público, pero al mostrar sus contratos de adhesión una realidad totalmente contraria a lo que se entiende.**

Ahora, se me podrá reprochar el referirme *in extenso* a la publicidad, dejando de lado la disposición del contrato de adhesión en sí mismo. Pero esto tiene dos razones: 1) La ya comentada, referida a una vulneración del control de transparencia y, por tanto, las disposiciones que establecen que las aplicaciones de delivery son independientes de la relación repartidor/consumidor sería abusiva y el punto 2) Que la Ley 19.496 contiene una disposición bastante interesante acorde a la publicidad, ya que al definirla en su artículo 1 número 4, nos dice que es:

“” La comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato

las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato. Son condiciones objetivas aquellas señaladas en el artículo 28””³⁹

Entonces, vemos como las condiciones objetivas en cuanto a la publicidad se entienden, en virtud de esta norma recién señalada, como inscritas en lo que serían los términos y condiciones de las aplicaciones de delivery, y al mirar el artículo 28 de la ley que menciona los criterios objetivos, se nos señala en su letra C) que cometerá infracción a la ley quien, a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, induzca al error o engaño respecto de:

“” Las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial””⁴⁰

Por lo que evidentemente, la forma de promocionarse estas aplicaciones no representa la relación jurídica que intentan dejar en claro en sus términos y condiciones. Es por ello por lo que habría una infracción a este deber y se debiesen incorporar las condiciones publicitadas por las aplicaciones al contrato de adhesión, y no las originales por ser abusivas en este sentido.

Ahora, aunque se quisiera desechar esta tesis de existencia de cláusulas abusivas por la inclusión de la publicidad al contrato, tenemos todavía el recurso de la letra G) del artículo 16, que abre el espectro de posibilidades para identificar cláusulas abusivas a aquellas que causen perjuicio y desmedro al consumidor mediante actos atentatorios contra la buena fe, como lo sería en este caso la falta de transparencia acorde a la supuesta naturaleza del servicio ofrecido.

5.2 Exención de responsabilidad

Pero ¿por qué estas aplicaciones se toman tantas molestias para ocultar la naturaleza de lo que ofrecen al público, que, como se analizó en el pasado, considero que sería un contrato de adhesión de servicios? Bueno, porque su tesis les permite escudarse tras una posición mediante la cuál ellos no serían responsables de los fallos o demora producida por el accionar del repartidor, o de quién suministra la comida y/o bienes a estos repartidores. Esto se evidencia claramente en los términos y condiciones de Rappi expuestos en el capítulo primero de esta memoria, que decían lo siguiente:

³⁹ Ley 19496 de 1997 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de febrero de 1997. D.O 7.03.1997

⁴⁰ Ley 19496 de 1997 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de febrero de 1997. D.O 7.03.1997

““En este sentido, el Usuario/Consumidor reconoce que, existe un mandato entre el RappiRepartidor y él, respecto del despacho de los productos adquiridos mediante la Plataforma, y que RAPPI no interviene en el perfeccionamiento de las operaciones realizadas entre el RappiRepartidor y el Usuario/Consumidor, y que por ello no será responsable respecto de la calidad, cantidad, estado, integridad o legitimidad de la mercadería y/o productos que sean transportados por el RappiRepartidor, así como tampoco será responsable de la capacidad de obligarse del RappiRepartidor ni de la veracidad de sus Datos Personales.” (Rappi Chile SpA, 2021)

Ya se trató acerca de la afirmación del mandato y la real naturaleza del contrato de forma extensa a lo largo de este trabajo, por lo que ahora a la luz de lo que hemos asentado, queda la pregunta acerca de ¿esta cláusula es válida? Es decir ¿pueden los repartidores desligarse de responsabilidad respecto a los productos que los repartidores entregan al consumidor final?

A diferencia del caso anterior respecto a la inducción al engaño, en materia de exención de responsabilidades, si podemos encontrar un artículo en la Ley de Protección al Consumidor que se refiere a este supuesto específicamente dentro de la lista de cláusulas que serían claramente abusivas en el artículo 16 letra E), al señalar la disposición comentada que no producirán efecto alguno las cláusulas incorporadas en contratos de adhesión que:

“” 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 ””⁴¹

Por tanto, para acreditar la hipótesis de abuso en las disposiciones que liberan de responsabilidades a las aplicaciones de reparto, lo que debemos hacer es, primero que nada, acreditar la existencia de esta responsabilidad que se está intentando eludir según lo propuesto en esta memoria.

Para estos efectos me referiré sucintamente a lo comentado en el capítulo 2 de este trabajo, donde estableció cómo la verdadera naturaleza de estos pactos la de un contrato de adhesión de prestación de servicios, donde la obligación de hacer respecto a los proveedores consiste en otorgar un servicio de reparto gestionado por ellas, incluyendo el contacto y supervisión de los repartidores acorde a lo señalado por las profesoras María Graciela Brantt y Claudia Mejías Alonzo⁴², que indican que dentro del concepto

⁴¹ Ley 19496 de 1997 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de febrero de 1997. D.O 7.03.1997

⁴² En referencia a lo comentado en el capítulo 2.3 y lo encontrado en el texto “Brantt, M. G., & Mejías Alonzo, C. (2018). El contrato de servicios como categoría general en el derecho chileno. Su contenido y rasgos distintivos. Revista Ius et Praxis, 583, 594, 605.”

de contrato de servicio, se encuentran contenidas todas las obligaciones requeridas para llevar a la concreción la obligación principal.

Por lo que, si establecimos que la obligación del proveedor de las aplicaciones de delivery incluye la concreción del reparto y todos los elementos necesarios para hacer cumplir esto, el incumplimiento de esta obligación tiene variadas consecuencias para el proveedor.

En este sentido, la profesora María Sara Rodríguez Pinto⁴³ establece las siguientes consecuencias por incumplimiento de contratos de servicios:

- A) La obligación de hacer de nuevo el servicio: Esta obligación obtiene su justificación en cuanto el consumidor no ha visto satisfechas sus necesidades por las cuales pagó el servicio, por lo que tiene derecho a que se realice de nuevo el servicio según la norma del artículo 2002 del Código Civil, que si bien se refiere específicamente a encargos de obras, no hay razón de por qué estos no pudiesen subsumirse dentro de una clasificación de servicios y aplicarlos a estos casos comentados, especialmente considerando que el artículo 41 de la ley 19.496 también se refiere a esto en su inciso 2, al indicar respecto a los prestadores de servicios que:

““En todo caso, el consumidor podrá reclamar del desperfecto o daño ocasionado por el servicio defectuoso dentro del plazo de treinta días hábiles, contado desde la fecha en que hubiere terminado la prestación del servicio o, en su caso, se hubiere entregado el bien reparado. Si el tribunal estimare procedente el reclamo, dispondrá se preste nuevamente el servicio sin costo para el consumidor o, en su defecto, la devolución de lo pagado por éste al proveedor. Sin perjuicio de lo anterior, quedará subsistente la acción del consumidor para obtener la reparación de los perjuicios sufridos.””

- B) La obligación de devolver el precio pagado: Esto se justifica en cuanto es la consecuencia de la terminación del contrato por incumplimiento de una parte de lo pactado, lo que encuentra asidero en los artículos 1489, 1487 y 1567 del Código Civil y, a su vez, encuentra sustento en la misma norma de la Ley de Protección al Consumidor indicada con anterioridad en cuanto menciona la devolución de lo pagado por el proveedor al consumidor que vio incumplida su pretensión.

⁴³ Para un desarrollo más pormenorizado, véase “Rodríguez Pinto, María Sara. (2014). RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS DE SERVICIOS: LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y DEL CLIENTE POR PRESTACIONES DEFECTUOSAS. Revista chilena de derecho, 41(3), 791-823. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000300002>”

- C) La obligación de indemnizar perjuicios: Al igual que en ambos casos anteriores, se puede encontrar una referencia a esta obligación en el final del artículo 41 de la Ley de Protección al Consumidor al indicar que siempre subsistirá la acción para el consumidor de obtener reparación por los perjuicios que se provoquen como consecuencia del incumplimiento del servicio pactado.

Cómo se desprende de lo señalado, existen múltiples consecuencias para los proveedores de servicios por no cumplir sus obligaciones pactadas. Por lo que toda cláusula que se añada en sus contratos de adhesión que impliquen una exención de responsabilidad aduciendo que ellos serían meros terceros, sería derechamente abusiva en virtud del artículo 16 letra E), al establecerse limitaciones totales de responsabilidad de la aplicación frente al consumidor, quitándole la capacidad de repetir contra la aplicación, qué es con quién se mantiene la comunicación directa y obligando al consumidor a perseguir al repartidor, lo que se vuelve casi imposible al no tener el usuario de estas aplicaciones mayores medios para contactarlos.

Esto, a su vez, significaría una renuncia al derecho del usuario de accionar contra un proveedor con responsabilidad en el daño causado a su haber, por lo que no sólo se vulneraría la norma indicada, sino que a su vez nos encontraríamos contra una vulneración manifiesta al artículo 4 de la Ley 19.496, que establece:

“” Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores.””⁴⁴

Ahora, sólo para propósitos argumentales, y a modo de probar el carácter abusivo de las cláusulas que eximen de responsabilidad a las aplicaciones, propondré que asumamos cómo cierta la hipótesis esgrimida por los proveedores, esto es, que ellos se encargarían únicamente de gestionar el contacto entre un repartidor y un consumidor, por tanto, al ser terceros, no debiesen responder por errores del repartidor según su visión.

Respecto a esto, tenemos que mirar el artículo 43 de la Ley 19.496, que establece que:

⁴⁴ Ley 19496 de 1997 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de febrero de 1997. D.O 7.03.1997

““ El proveedor que actúe como intermediario en la prestación de un servicio responderá directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables. ””⁴⁵

Ahora, lamentablemente, esta ley no define lo que se puede entender como un proveedor que actúe como intermediario⁴⁶, por lo que tenemos que recurrir a otras fuentes. El profesor Diego Córdova Yukich, establece que, para poder empezar a aproximarnos a una definición de este concepto, tenemos que distinguir entre la relación jurídica que se dé entre A) El consumidor y el proveedor intermediario, y B) El consumidor y el prestador efectivo del servicio. Respecto a la primera, nos señala que:

““ La primera relación que se configura bajo la figura del artículo 43 de la Ley 19.496 es aquella de carácter contractual que se genera entre el consumidor y el proveedor intermediario. La exigencia para hacer aplicable el artículo antedicho es que exista un contrato celebrado entre un consumidor y un proveedor. En este contrato se estipula que la prestación se hará efectiva por un tercero distinto que no es parte del contrato y con quien el consumidor no contrató. ”” (Córdova Yukich , 2016, pág. 41)

Por lo tanto, este supuesto quedaría claramente configurado en la relación descrita por las empresas dueñas de las aplicaciones comentadas. Ya que, en este caso, el proveedor intermediario sería la aplicación que coordinaría o “mediaría” la relación entre un tercero repartidor y el usuario de la aplicación, y es con ella con quien el consumidor mantiene una relación contractual mediante los términos y condiciones.

Ahora, establecido lo anterior, volvamos la vista a la relación entre el consumidor propiamente tal, y el prestador efectivo del servicio. A este respecto, el profesor indicaría que:

““ El consumidor y el prestador efectivo son jurídicamente extraños. Es decir, no hay relación contractual entre el consumidor y el prestador efectivo de los servicios. Se produce una relación tripartita conforme a la cual contractualmente se encuentran vinculados el consumidor con el proveedor intermediario respecto de prestaciones que no serán llevadas a cabo por el intermediario con quien el consumidor ha contratado, sino por un tercero jurídicamente extraño que no forma parte de la relación contractual, pero que sin embargo materialmente se encuentra obligado a dar cumplimiento al servicio contractualmente pactado ”” (Córdova Yukich , 2016, pág. 45)

⁴⁵ Ley 19496 de 1997 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de febrero de 1997. D.O 7.03.1997

⁴⁶ Omisión curiosa atendiendo el gran esfuerzo esgrimido por el legislador para definir la mayor cantidad de conceptos presentes en la norma, y que podría ser subsanada con posteriores reformas.

Por lo que cómo vemos, se está definiendo exactamente la función del repartidor que las empresas de reparto analizadas establecen en sus contratos, y que, según ellas, las liberarían de responsabilidad. Ahora, respecto a esta materia existen pocos casos jurisprudenciales a la fecha, y los existentes versan por lo general acerca de agencias de turismo, sitios de cupones, estacionamientos privados, entre otros. Pero de un análisis pormenorizado de ellos, el profesor Yukich alcanza una breve definición de qué es lo que se entendería como proveedor intermediario acorde a lo fallado en nuestros tribunales y el tenor literal de la norma, indicándonos que:

“” Es posible definir al proveedor intermediario como aquel proveedor que celebra un contrato con el consumidor, cobrando siempre por este un precio o tarifa, cuya prestación efectiva será llevada a cabo por un tercero que no es parte en el contrato. De este modo corresponde al proveedor intermediario responder por el incumplimiento o la insatisfacción del consumidor, asumiendo como propia la responsabilidad del prestador efectivo.”” (Córdova Yukich , 2016, pág. 50)

Por lo tanto, en esta relación, los proveedores serían las aplicaciones, que se encargan de recibir el pago del cliente, y que se gestionarían que el pago sea efectuado por un repartidor indeterminado que no es parte del contrato. En virtud de lo anterior, aun siguiendo la tesis de las aplicaciones comentadas (las cuales no suscribo por lo comentado a lo largo de esta memoria), de todos modos, utilizando el artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor, podemos establecer que igualmente serían responsables ante los consumidores, por lo que toda cláusula que intente eximir las de esta responsabilidad sería considerada abusiva.

5.3 Determinación del precio

Habiendo establecido la “abusividad” en las eximentes de responsabilidad y en la inducción al engaño por parte de estos proveedores, toca ahora analizar un punto más *gris*, que sería los mecanismos de determinación del precio del servicio ofrecido por los proveedores.

De los contratos analizados en el acápite primero de esta memoria, podemos desprender con claridad los siguientes criterios compartidos por todos los proveedores:

- A) Establecimiento unilateral del precio acorde a criterios como la oferta y la demanda
- B) Se puede modificar unilateralmente el precio, lo que el consumidor acepta

Me referiré inicialmente al punto A: Por la lógica inherente al derecho civil que presupone la igualdad entre las partes contratantes, se ha cuestionado bastante la idea del establecimiento unilateral del precio en una transacción, siendo esto permitido en la Antigua Roma únicamente cuando se le daba la facultad de determinar el precio a un tercero, pero la verdad es que con el paso de los años, a medida que surgieron nuevas formas de contratación y distintas maneras de entender el derecho civil, se ha abierto la puerta a la contratación unilateral, ya que cómo el profesor Jacques Ghestin señala

“” Cuando el contrato hace depender el precio de la voluntad de una de las partes, su ejecución es perfectamente posible. Hablando con propiedad no puede decirse que falte acuerdo de voluntad sobre el precio, ya que las partes han coincidido en que una de ellas lo fije” (Ghestin & Billiau, 1994, pág. 45)

Por lo tanto, en este caso primaría la autonomía privada ya que la gente acuerda al precio pactado, y esto es evidente en el mundo actual debido a que no podemos esperar de buena fe que toda compraventa y todo precio sea negociado, ya que esto haría irrisoria la idea del comercio como se entiende hoy: Con grandes cadenas comerciales que reciben cientos de clientes la hora y donde se realizan transacciones de un lado a otro del mundo, donde la posibilidad de negociar con la contraparte un precio sólo serviría para frenar la rapidez de los intercambios en que depende nuestra sociedad actual.

Ahora, si bien la fijación unilateral de un precio no es “*per-se*” de carácter abusivo, debemos tener en cuenta ciertas disposiciones respecto a esto, ya que el mismo catedrático nos indica que:

“” (...) Lo que hay que apreciar entonces, de manera concreta, en función de las circunstancias, es si el contrato, tal como está redactado, permite a una de las partes fijar el precio de manera discrecional, arbitraria”” (Ghestin & Billiau, 1994, pág. 59)

Ahora, lo anterior no sólo ha sido reconocido por la doctrina, sino que muchas legislaciones y cuerpos normativos han reconocido esta idea de que el precio si es fijado unilateralmente, no puede ser excesivo y/o arbitrario. A este ejemplo, podemos mencionar los principios UNIDROIT, que son conocidos como las reglas que se aplicarán a los contratos mercantiles internacionales. En ellos, se menciona en su artículo 5.1.7, inciso segundo, que:

“” Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario” (UNIDROIT, 2021)

Ahora, por lo antes expuesto, queda claro que las cláusulas de permiten establecer unilateralmente el precio a los proveedores de servicios de reparto no serán abusivas por el solo hecho de existir, pero se

podría incurrir en una conducta abusiva por parte de la empresa cuando utilice esta cláusula en un perjuicio evidente e indiscriminado en contra del consumidor. Pero esto deberá analizarse en el caso concreto, no pudiendo establecerse que la cláusula por si sola fuera abusiva. Y si este fuera el caso, se podría aplicar la letra G) del artículo 16 de la Ley 19.496 para establecer una vulneración a la buena fe.

Volvamos la vista al punto B) relativo a la modificación unilateral del precio. Lo interesante respecto a esto es que, a diferencia del caso anterior, tenemos en la Ley de Protección al Consumidor norma expresa que iría en contra de este tipo de cláusulas, la que se encontraría en el artículo 16 letra B), que señalaría como abusiva toda cláusula que:

“” 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. ”””⁴⁷

Lo anterior es coherente con el principio de inclusión que se comentó anteriormente en este trabajo, ya que si el consumidor debe tener toda la información necesaria para contratar antes del acto mismo de suscribir el contrato de adhesión, este principio se desvirtuaría si esto pudiese cambiar al arbitrio del proveedor, lo que es coherente con los comentarios de Gabriel Hernández Paulsen y Sebastián Campos Micin al inicio de este trabajo en lo referido a que ciertas cláusulas podrían considerarse abusivas por falta de transparencia (que, como se analizó, es una manifestación del principio de inclusión) cuando no permitan el conocimiento veraz y oportuno de condiciones para adquirir un bien o servicio.⁴⁸

La profesora Carmen Leonor García Pérez es de la misma opinión, al señalar respecto de que, por regla general, la voluntad de las partes puede sobreponerse a la falta de determinación clara de algún elemento del contrato, que

“Se debe advertir, no obstante, que esta tendencia se invierte cuando una de las partes es un consumidor, habida cuenta de que todo el «contenido del contrato» debe quedar precisado con exactitud antes de perfeccionarse. La razón es evidente, la predisposición del contrato consecuencia del desequilibrio entre las partes hace necesario que el consumidor tenga una completa información previa, situación que no se produce, en principio, cuando el contrato se concluye entre partes en igualdad de condiciones.”
(García Pérez, 2017, págs. 1079-1080)

Entonces, ¿Estamos ante supuestos de abuso? En mi opinión habría que distinguir, ya que el artículo comentado en su inciso final establece que esta cláusula **no será abusiva** si se justifica a prestaciones

⁴⁷ Ley 19496 de 1997 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de febrero de 1997. D.O 7.03.1997

⁴⁸ Para ver la cita comentada, dirigirse a la página número 9 de esta memoria.

adicionales que el consumidor pueda realizar (como agregar más productos a su pedido en nuestro caso, por ejemplo) ya que, se subentendería que, por el acto de agregar nuevas capas al servicio solicitado, acepta el incremento del precio asociado. Pero la norma incluye otro factor, y es la capacidad de aceptar o rechazar el incremento en el precio.

A este respecto, es importante realizar diferencias entre los proveedores analizados: En el caso de Rappi, estos indican que se informará al consumidor del incremento de precio antes de cobrarlo, por lo que una persona podría rechazar esta situación y en ese caso, no se configuraría el presupuesto de abuso. Por otro lado, Pedidos Ya establece que el precio sólo será modificado por actuaciones positivas del consumidor (como agregar productos o cambiar la dirección,) lo que cómo se desprende del tenor literal de la norma, sería una excepción donde si se permite la modificación del precio pactado.

Pero caso contrario es el de Uber Eats, que, en su contrato de adhesión, como fue comentado al inicio de este trabajo, indica que:

“” Uber, en cualquier momento y a su sola discreción, se reserva el derecho de establecer, eliminar y/o revisar los Cargos para alguno o todos los servicios o bienes obtenidos a través del uso de los Servicios. Además, usted reconoce y acepta que los Cargos aplicables en determinadas zonas geográficas podrán incrementar sustancialmente durante los periodos de alta demanda. Uber usará los esfuerzos razonables para informarle de los Cargos que podrán aplicarse, siempre y cuando usted sea responsable de los Cargos incurridos en su Cuenta, independientemente de que usted conozca dichos Cargos o los importes de estos (...) Usted podrá optar por cancelar su solicitud para los servicios o bienes de un Tercero proveedor en cualquier momento antes de la llegada de ese Tercero proveedor, en cuyo caso se le podrá cobrar una tasa de cancelación””. (Uber Technologies, Inc., 2020)

Esta cláusula, en mi opinión sería abiertamente abusiva, ya que A) Condiciona los esfuerzos de “Uber” a que el consumidor sea responsable de los cargos realizados a su cuenta y B) La solicitud de cancelación va asociada a un costo de cancelación.

Lo primero es una vulneración a los principios de inclusión y transparencia, al no ser relevante para la aplicación que el consumidor efectivamente conozca el cargo que se le está haciendo para cobrarlo, sin contar que del tenor literal se desprende que los esfuerzos de Uber por informar están sujetos a el pago de lo cobrado.

Y respecto al punto B), si bien se establece la posibilidad de cancelar el pedido una vez que se efectúen estos recargos unilaterales, esto es a expensas de un costo asociado. Esto no está en la ley, y esta no pone condiciones que busquen desincentivar la decisión de un consumidor mediante técnicas disuasivas como estas. Por lo que atentaría contra la Letra G) del artículo 16 al ser una disposición contraria a la buena

fe, al intentar alejar al consumidor de su legítimo derecho, e importaría también una modificación unilateral del precio, ya que, al estar condicionada la cancelación, no caería dentro de la excepción propuesta por la norma.

6. CONCLUSIÓN

Cómo se mencionó en un principio, el mundo avanza rápidamente y cada día surgen nuevas formas de relacionarnos entre nosotros y con el comercio. Y estas innovaciones pueden ser muy beneficiosas y cómodas para nosotros, pudiendo inclusive ayudarnos en momentos difíciles como sociedad, lo que quedó en evidencia durante el brote de COVID-19, donde los servicios de reparto fueron necesarios en un contexto de cuarentenas y restricciones de movilidad, pasando a ser considerados los repartidores incluso como “Servicios Esenciales”.

Pero esto no debe hacer que no analicemos sus regulaciones y cómo estas pueden afectar a millones de consumidores. A lo largo de esta memoria pudimos constatar que no existe acuerdo dentro de los mismos proveedores de estos servicios acerca de su naturaleza, cláusulas y formas de tratar con el consumidor.

Pero por, sobre todo, se encontraron manifiestas vulneraciones a La Ley de Defensa del Consumidor en los contratos de adhesión suscritos por millones y millones de personas no sólo en Chile, sino en el mundo, que fueron separados en 3 categorías distintas: A) Inducción al engaño, B) Exenciones de Responsabilidad y C) Dudas acerca de la determinación del precio.

En este análisis fueron divididos en estas grandes categorías a modo de facilitar la examinación, pero esto no quita la posibilidad de que existan más cláusulas abusivas en este tipo de contratos que no lograron ser subsumidas en estas áreas, como el caso de Uber en que se designaba como legislación aplicable la de Los Países Bajos y obliga a someter los procedimientos a mediación en dicho lugar, sin establecer claramente el derecho del consumidor a recusar a quién se designe, elemento que fue suprimido recientemente.

Por tanto, es necesario que instituciones como SERNAC y los tribunales de justicia logren abrir la discusión ante estas materias, cómo se realizó en Argentina hace unos años.⁴⁹, pero no puede la justicia quedarse de brazos cruzados ante estas materias que afectan a millones de consumidores día a día. Para

⁴⁹ Para mayor ahondamiento, <https://actualidad.rt.com/actualidad/355557-argentina-imputar-empresas-rappi-glovo-abusivas>

esto se podría pensar en reformas a SERNAC, incluir definiciones ausentes en la Ley 19.496, como “proveedor intermediario” o “contrato de adhesión” por decir algunas, y tratar cuales serían las consecuencias jurídicas por tomar ante la incorporación de cláusulas abusivas. Pero estas reformas y discusiones sólo podrán llevarse a cabo una vez que evidenciamos y saquemos a la luz el problema de fondo: La existencia de cláusulas abusivas en estos servicios.

Bibliografía

- Branover, D. S. (2009). El mandato Civil. En D. S. Branover, *David Stitchkin Branover* (pág. 102). Santiago : Editorial Jurídica de Chile.
- Branover, D. S. (2009). El Mandato Civil. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Brantt, M. G., & Mejías Alonzo, C. (2018). El contrato de servicios como categoría general en el derecho chileno. Su contenido y rasgos distintivos. *Revista Ius et Praxis*, 583, 594, 605.
- Comercio, S. d. (04 de 10 de 2021). *Sic.gov.co*. Obtenido de <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Noticias/2019/Orden%20Rappi.pdf>
- Consumidor, S. N. (24 de Abril de 2017). *www.sernac.cl*. Obtenido de [www.sernac.cl](https://www.sernac.cl/portal/607/w3-article-5377.html): <https://www.sernac.cl/portal/607/w3-article-5377.html>
- Córdova Yukich , D. (2016). Régimen de Responsabilidad de Compañías de Descuento por Internet ¿Proveedores Intermediarios? *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* N° 2, 40.
- Dutch Civil Law . (31 de 11 de 2021). *www.dutchcivillaw.com*. Obtenido de <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook077.htm>
- Figuroa Yañez, G. (2011). Curso de Derecho Civil. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- García Araya, C. (2020). Análisis de la sanción a las cláusulas abusivas en la doctrina y la jurisprudencia: una propuesta desde la nulidad absoluta. *Revista de Estudios Ius Novum*, 228 - 275.
- García Pérez, C. (2017). El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta del Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. *Anuario de derecho civil*, 1073-1137.
- Ghestin, J., & Billiau, M. (1994). *El precio de los contratos de larga duración*. Buenos Aiers: Zavalia.
- Hernández Paulsen, G., & Campos Micin, S. (2020). Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno. *Revista de derecho privado* N°39, 143-173.
- La Tercera . (24 de febrero de 2023). *www.latercera.com*. Obtenido de [www.latercera.com](https://www.latercera.com/pulso-pm/noticia/aplicaciones-moviles-uber-eats-rappi-y-pedidosya-lideran-ranking-de-reclamos-al-sernac/EG7XCTPUGFGNRKG4UP5S6RUAAE/): <https://www.latercera.com/pulso-pm/noticia/aplicaciones-moviles-uber-eats-rappi-y-pedidosya-lideran-ranking-de-reclamos-al-sernac/EG7XCTPUGFGNRKG4UP5S6RUAAE/>

- López Santa María, J. (2005). Los Contratos: Parte General. En J. L. María. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Mejías Alonzo, C., & Brantt Zumarán, M. (2016). El Derecho Supletorio del Contrato de Servicios en el Código Civil Chileno. Insuficiencia de las reglas del mandato y del arrendamiento. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XVI* (págs. 71-103). Valparaíso: UC.
- Monberg Uribe, R. (2013). Derecho del Consumo. *Revista Chilena de Derecho Privado N° 20*, 241-253.
- Morales Ortiz, M. E. (2016). Algunos Mecanismos de Control de Cláusulas Abusivas en el Ordenamiento Jurídico Chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción N°32*, 70-91.
- Olmos, J. M. (2008). Contexto y construcción de la regla "Interpretatio contra proferentem" en la tradición romanista. *Revist de Derecho Privado N° 14* , 69-111.
- Orrego, J. (10 de 10 de 2024). *El Mandato*. Obtenido de Juan Andrés Orrego:
<https://www.juanandresorrego.cl/>
- PedidosYa. (25 de 07 de 2021). *www.pedidosya.cl*. Obtenido de www.pedidosya.cl:
https://www.pedidosya.cl/about/tyc_generals
- Rappi Chile SpA. (23 de 07 de 2021). *legal.rappi*. Obtenido de [legal.rappi](http://legal.rappi.com):
https://legal.rappi.com/chile/terminos-y-condiciones-consumidores-rappi/?_ga=2.59141613.1168632202.1627075846-289730825.1627075846&_gac=1.225243368.1627075846.Cj0KCQjw0emHBhC1ARIsAL1QGNdmqfLhqvO76s5Dut8q1umPqzIPBeYk5MvJ35-cKj1IzfSohqPAV8aAiViEALw_wcB&_gl
- Rodríguez Diez, J. (2023). LA CLÁUSULA “SE FACULTA AL PORTADOR” COMO MANDATO INNOMINADO QUE TERMINA CON LA MUERTE DEL COMPRADOR. *Revista chilena de derecho privado*, 303-325.
- SERNAC. (01 de 10 de 2021). Obtenido de <https://www.sernac.cl/portal/619/w3-article-51268.html>
- SERNAC. (01 de 10 de 2021). Obtenido de <https://www.sernac.cl/portal/619/w3-article-49030.html>
- SERNAC. (01 de 10 de 2021). Obtenido de <https://www.sernac.cl/portal/619/w3-article-51268.html>
- Stitchkin, D. (2009). En E. m. civil. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- TrendTIC. (25 de febrero de 2022). *www.trendtic.cl*. Obtenido de www.trendtic.cl:
<https://www.trendtic.cl/2022/02/chile-las-aplicaciones-de-delivery-son-las-que-mas-crecieron-durante-2021/>
- Uber Technologies, Inc. (25 de 07 de 2020). *www.uber.com*. Obtenido de www.iuber.com:
<https://www.uber.com/legal/es/document/?name=general-terms-of-use&country=chile&lang=es>

UNIDROIT. (11 de 12 de 2021). *www.unidroit.org*. Obtenido de <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

Ley 19496 de 1997 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de febrero de 1997. D.O 7.03.1997

Jara, R., “Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones”, en Corral, H. (Ed.), *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Ed. Univ. de los Andes, Santiago, 1999, p. 54.

Momberg Uribe, Rodrigo. (2004). *Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*. *Revista de derecho (Valdivia)*, 17, 41-62. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502004000200002>

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *Boletín Oficial de Estado*. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526> (consultado el 17/11/21).

DE LA MAZA, ÍÑIGO (2012) . “El control de las cláusulas abusivas y la letra G”. En: Barrientos camus, Francisca., De la maza gazmuri, Íñigo., y Pizarro wilson, Carlos., (Eds.). *Consumidores*. Santiago, Legal Publishing

BARAONA, JORGE “La regulación contenida en la ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol.41 (2), 2014, p.280.

Monberg U, Rodrigo. (2013). Primera Sala de la Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol 12.355-11. *Revista chilena de derecho privado*, (20), 245-253. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000100012>

Rodríguez Pinto, María Sara. (2014). *RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS DE SERVICIOS: LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y DEL CLIENTE POR PRESTACIONES DEFECTUOSAS*. *Revista chilena de derecho*, 41(3), 791-823. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000300002>”

CÓRDOVA YUKICH, DIEGO. (2016). *RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE COMPAÑÍAS DE DESCUENTO POR INTERNET: ¿PROVEEDORES INTERMEDIARIOS?*. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 23(2), 23-67. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532016000200002>

Jacques Ghestin y Marc Billiau, *El precio en los contratos de larga duración*, trad. De Luis Moisses de Españés, Buenos Aires, Zavalía, 1994, p. 45.