



**COMISIÓN DE RECURSOS GENÉTICOS PARA LA ALIMENTACIÓN Y  
LA AGRICULTURA  
EN SU CALIDAD DE  
COMITÉ INTERINO DEL TRATADO INTERNACIONAL SOBRE LOS  
RECURSOS FITOGENÉTICOS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA  
AGRICULTURA**

**MÉTODOS PARA MANIFESTAR LA ACEPTACIÓN DE LAS  
CONDICIONES DE LOS ACUERDOS DE TRANSFERENCIA DE  
MATERIAL:  
ACUERDOS SELLADOS (*SHRINK-WRAP*) Y ACUERDOS  
ELECTRÓNICOS (*CLICK-WRAP*)**

Sebastian Moore<sup>1</sup> y Gerald Moore<sup>2</sup>

El presente documento se ha preparado a petición de la Secretaría de la Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura en calidad de Comité Interino del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, con el fin facilitar información básica sobre los acuerdos conocidos con el nombre de *shrink-wrap* y *click-wrap*, que se presentará al Grupo de Contacto encargado de la redacción del Acuerdo normalizado de transferencia de material, establecido por el Comité interino en su segunda reunión.

El contenido de este documento es responsabilidad exclusiva de los autores, y no representa necesariamente las opiniones de la FAO ni de sus Miembros.

<sup>1</sup> Sebastian Moore es abogado que ejerce su profesión en Londres; está especializado en cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual.

<sup>2</sup> Gerald Moore es Consultor de la FAO, Miembro Honorario del Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos y ex Asesor Jurídico de la FAO.

# ÍNDICE

---

	<i>Página</i>
<b>RESUMEN</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN</b>	<b>2</b>
<b>CAPÍTULO 2: CONSIDERACIONES GENERALES</b>	<b>3</b>
<b>CAPÍTULO 3: ACUERDOS <i>SHRINK-WRAP</i> Y <i>CLICK-WRAP</i></b>	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO 4: USO DE ACUERDOS <i>SHRINK-WRAP</i> Y <i>CLICK-WRAP</i> EN LA TRANSFERENCIA DE RECURSOS FITOGENÉTICOS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO 5: EXIGIBILIDAD DE LOS ACUERDOS <i>SHRINK-WRAP</i></b>	<b>6</b>
5.1 LEYES DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR	
5.2 AUTORIDAD	
<b>CAPÍTULO 6: LA EXIGIBILIDAD DE LOS ACUERDOS <i>SHRINK-WRAP</i> EN ALGUNAS JURISDICCIONES</b>	<b>8</b>
6.1 ESTADOS UNIDOS	
6.2 INGLATERRA	
6.3 FRANCIA	
6.4 ALEMANIA	
6.5 PAÍSES BAJOS	
6.6 SINGAPUR	
6.7 HONG KONG	
6.8 CANADÁ	
<b>CAPÍTULO 7: SUGERENCIAS PARA AUMENTAR LA EXIGIBILIDAD DE LOS ATM <i>SHRINK-WRAP</i></b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 8: ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO 9: CONTRATOS <i>CLICK-WRAP</i></b>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO 10: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	<b>14</b>



---

**MÉTODOS PARA MANIFESTAR LA ACEPTACIÓN  
DE LAS CONDICIONES DE LOS ACUERDOS DE  
TRANSFERENCIA DE MATERIAL:  
ACUERDOS SELLADOS/GENÉRICOS (*SHRINK-WRAP*) Y  
ACUERDOS ELECTRÓNICOS (*CLICK-WRAP*)**

---

**RESUMEN**

1. El método tradicional de manifestar la aceptación de las condiciones de un contrato es la firma escrita. No obstante, ésta no es un requisito jurídico imprescindible para que un contrato sea vinculante. De hecho, en la vida cotidiana se suscriben muchos contratos sin que haya ni siquiera un documento escrito. Dadas las dificultades de exigir la firma escrita y el retraso que implicaría dicho requisito, se han elaborado nuevas formas de manifestar la aceptación de las condiciones de un contrato, en particular por iniciativa del sector de la tecnología de la información. Como ejemplos cabe citar los contratos “*shrink-wrap*” y “*click-wrap*” (véase la explicación de ambos términos en la nota 3, *infra*). Por razones semejantes, los Centros del Grupo Consultivo para la Investigación Agrícola Internacional (GCI AI) han utilizado el modelo de contrato “*shrink-wrap*” para sus acuerdos de transferencia de material (ATM). Ello está en consonancia con la disposición del Tratado Internacional de tramitar sin demora el acceso a los recursos fitogenéticos relacionados con la alimentación y la agricultura en el marco del Sistema Unilateral. Hasta ahora, la experiencia en relación con estos contratos ha sido positiva. No obstante, hay que admitir que la validación de los mismos en los sistemas jurídicos nacionales se encuentra todavía en sus primeras fases. La exigibilidad de ambos tipos de contratos puede incrementarse si, en las relaciones comerciales, se da mayor publicidad a las condiciones de los acuerdos de transferencia de material, en general, y al Acuerdo normalizado de transferencia de material (ANTM), en particular. En general, los acuerdos *click-wrap* pueden ser más fáciles de aplicar en la legislación nacional, dado que se puede observar la aceptación expresa de las condiciones del acuerdo de transferencia de material por parte del receptor de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.

**MÉTODOS PARA MANIFESTAR LA ACEPTACIÓN  
DE LAS CONDICIONES DE LOS ACUERDOS DE  
TRANSFERENCIA DE MATERIAL:  
ACUERDOS SELLADOS/GENÉRICOS (*SHRINK-WRAP*) Y  
ACUERDOS ELECTRÓNICOS (*CLICK-WRAP*)**

---

**CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN**

2. El Grupo de Expertos sobre las condiciones del Acuerdo normalizado de transferencia de material identificó tres opciones para las condiciones que deberían incluirse con el fin de garantizar que los receptores queden obligados por el ANTM en lo que respecta a la aceptación del material del Sistema Multilateral. La primera era una disposición basada en el concepto de contrato “*shrink-wrap*”<sup>3</sup>, la segunda es un contrato firmado y la tercera un contrato con doble objetivo, que se puede firmar o no, en función de lo que decida el receptor. En el presente documento se examinan algunas de las consideraciones de interés para poder elegir entre esas opciones, con especial referencia a la exigibilidad de los acuerdos *shrink-wrap* en los diferentes sistemas jurídicos nacionales.

---

<sup>3</sup> Contrato “*shrink-wrap*” es un contrato incluido en un envase sellado junto con el producto al que se refiere, o bien impreso en ese envase, en virtud del cual la apertura del mismo constituye un acuerdo de aceptación del contrato. Por analogía, se habla de contratos “*click-wrap*”, en cuyo caso la aceptación de las condiciones se manifiesta al hacer clic en un lugar especificado de la pantalla.

## CAPÍTULO 2: CONSIDERACIONES GENERALES

3. La forma clásica de manifestar el consentimiento a quedar obligado por un acuerdo jurídico es la firma por una persona debidamente autorizada. La exigencia de esta firma tiene la ventaja de que aclara los siguientes puntos:

1. que las condiciones del acuerdo han sido expresamente aprobadas por el receptor, y
2. que la persona que firma está debidamente autorizada a firmar y, por lo tanto, a obligar al receptor a aceptar las condiciones del acuerdo.

4. La firma del acuerdo por una persona debidamente autorizada es sin duda la forma más eficaz de garantizar que un receptor está jurídicamente obligado por las condiciones del acuerdo. Es también un procedimiento reconocido en todos los sistemas legales.

5. La firma de un acuerdo escrito, aunque jurídicamente deseable, no es por supuesto imprescindible para la conclusión de un contrato jurídicamente vinculante entre dos partes. La mayoría, por no decir la totalidad, de los sistemas de derecho reconocen contratos no escritos cuando es claro que las partes tienen la intención de concertar contratos jurídicamente vinculantes y exigibles. La venta de productos en el mercado al por menor es un ejemplo de estos contratos no escritos.

6. Aun cuando las condiciones de un contrato estén escritas, el requisito adicional de una firma escrita puede provocar retrasos inaceptables para la concertación de un acuerdo jurídicamente vinculante y en la entrega de lo que constituye el objeto del acuerdo, aun cuando la existencia de un acuerdo jurídicamente vinculante deba ser un prerrequisito para la transferencia del material en cuestión. Por esta razón, el sector de la tecnología de la información, en particular, ha utilizado nuevas formas de contrato, como los conocidos con los nombres de “*shrink-wrap*” y “*click-wrap*”, que evitan la necesidad de firmas escritas.

### **CAPÍTULO 3: ACUERDOS *SHRINK-WRAP* Y *CLICK-WRAP***

7. Los **acuerdos “*shrink-wrap*”** se vienen utilizando en el sector de los programas informáticos desde hace al menos 20 años. Las condiciones contractuales se incluyen en el envase del programa. Normalmente, en dicho envase se incluye una advertencia en la que se afirma que la aceptación por parte del usuario de las condiciones del acuerdo se manifiesta mediante la apertura del envase sellado del programa informático, la utilización del programa o algún otro procedimiento especificado. El usuario no firma el acuerdo. El término “*shrink-wrap*” (nombre tomado de las nuevas técnicas de envasado “termoplástico” o con “película retráctil”) se deriva del hecho de que estos acuerdos muchas veces se incluyen en el exterior del envase y son visibles a través del plástico transparente termosellado del envase. Si bien puede continuar habiendo dudas sobre la exigibilidad de estos acuerdos en algunas jurisdicciones, la falta de alternativas viables de los mismos ha garantizado su utilización continuada y creciente.

8. En los acuerdos “***click-wrap***”, una parte contratante reconoce que está obligada por las condiciones expresadas electrónicamente (en general, en línea) después de haber tenido la oportunidad de leerlas. La parte contratante manifiesta su consentimiento escribiendo y enviando unas palabras que indican su aceptación (“Escribir y hacer clic”) o haciendo clic en un icono especificado (“Hacer clic en el icono”). Los acuerdos *click-wrap* son muy frecuentes en las ventas electrónicas por Internet, así como en las de programas informáticos, en que la aceptación de las condiciones de venta es requisito necesario antes de la instalación y uso del programa.

#### **CAPÍTULO 4: USO DE ACUERDOS *SHRINK-WRAP* Y *CLICK-WRAP* EN LA TRANSFERENCIA DE RECURSOS FITOGENÉTICOS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA**

9. En la actualidad, la mayor parte de las transferencias de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura que tienen lugar en el mundo proceden de la Red de colecciones *ex situ* bajo los auspicios de la FAO. Entre ellas se incluyen las colecciones de los centros internacionales de investigación agrícola del sistema del Grupo Consultivo para la Investigación Agrícola Internacional (GCGIAI) (los “Centros GC”). Los acuerdos de transferencia de material utilizados reflejan las condiciones normalizadas establecidas en los Acuerdos en fideicomiso con la FAO, de 1994.

10. Los centros GC utilizan contratos “*shrink-wrap*” para la transferencia de material de sus colecciones desde hace casi diez años.

11. Inicialmente, los centros GC exigían la firma de un ATM escrito antes de acceder a una petición de germoplasma. Este requisito ocasionaba retrasos en la transferencia de dicho material. A petición de los usuarios de germoplasma, sobre todo los de países en desarrollo, los Centros del GCGIAI adoptaron una forma simplificada de ATM, basada en lo que se conoce con el nombre de contrato “*shrink-wrap*”. En esas circunstancias, la apertura del envase sellado de germoplasma y la aceptación de germoplasma se considera que constituyen la aceptación legal de las condiciones del ATM. El GCGIAI comunicó al Grupo de Expertos que ese sistema agiliza enormemente el proceso, y que desde que entró en vigor el acuerdo fiduciario con la FAO se han enviado entre 700 000 y un millón de muestras. Hasta la fecha, ningún receptor ha puesto en duda la legalidad del ATM por razón de su forma.

12. Por el momento, los Centros CG han usado poco los acuerdos “*click-wrap*”. Éstos están basados en el uso del ordenador para hacer los pedidos. Hasta ahora se ha considerado que responder sólo a las peticiones electrónicas de germoplasma sería situar a los agricultores y fitomejoradores de los países en desarrollo en grave desventaja.

13. En el caso de transferencias de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura en el marco del sistema multilateral establecido por el Tratado Internacional, uno de los requisitos jurídicos es que se conceda acceso sin demora, sin necesidad de supervisar cada uno de los accesos. El uso de formas simplificadas de ATM, incluido el formato *shrink-wrap*, facilita ciertamente a las Partes en el Tratado y a los centros GC el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Tratado en esta materia.

14. No obstante, además de esta sencillez de planteamiento debe considerarse también la exigibilidad del mismo. En el resto del presente documento se aborda el problema de la exigibilidad de los contratos *shrink-wrap* en diferentes sistemas jurídicos, además de presentar un breve panorama de la exigibilidad de los acuerdos *click-wrap*.

15. Antes de iniciar el examen, quizá sea bueno hacer una advertencia sobre la forma de evaluar la información presentada. Los contratos *shrink-wrap* y *click-wrap* son una realidad de la vida diaria en la mayor parte de las jurisdicciones. Por otro lado, son una nueva forma de contrato, y deberá pasar algún tiempo hasta que sean plenamente aceptados y aplicados por los tribunales de todos los países. Mientras tanto, la experiencia de los sistemas jurídicos nacionales con ambas formas de contrato, y en particular con los contratos *shrink-wrap*, es algo heterogénea. En el presente examen nos ocuparemos primero de los acuerdos *shrink-wrap* y luego de los acuerdos *click-wrap*.



## **CAPÍTULO 5: EXIGIBILIDAD DE LOS ACUERDOS *SHRINK-WRAP***

16. Los principios jurídicos que regulan la exigibilidad de los acuerdos no firmados varían de una jurisdicción a otra. En términos generales, el problema al exigir el cumplimiento de dichos acuerdos en la práctica comercial normal es resultado de los siguientes factores:

- i) falta de consentimiento explícito por una de las partes a quedar obligada por las condiciones del acuerdo,
- ii) las leyes de protección del consumidor (que en general se aplican cuando una parte suscribe un contrato con un consumidor en las condiciones habituales) y
- iii) el hecho de que las condiciones muchas veces se señalan a la atención de una de las partes sólo después de concluida la transacción contractual.

17. Aun cuando las licencias *shrink-wrap* son comunes en la mayor parte de las jurisdicciones, ha habido en el mundo pocas decisiones judiciales acerca de su exigibilidad. Para que un contrato llegue a existir, las leyes de la mayor parte de las jurisdicciones disponen que las partes deben llegar a un acuerdo (consistente normalmente en el ofrecimiento de una parte y la aceptación de dicho ofrecimiento por la otra parte) y tener intención de quedar jurídicamente obligadas. Como en un acuerdo *shrink-wrap* no hay ningún asentimiento escrito ni verbal de una de las partes, la exigibilidad de estos acuerdos puede resultar problemática en algunas jurisdicciones.

### **5.1 Leyes de protección del consumidor**

18. Como los acuerdos *shrink-wrap* no se negocian individualmente, las leyes nacionales para la protección del consumidor pueden limitar la aplicación de algunas o todas sus condiciones. En términos generales, la legislación de protección del consumidor entra en juego cuando una de las partes aplica las condiciones habituales en el curso de sus actividades y la otra parte interviene como consumidor (es decir, no en el curso de una operación comercial). La principal razón de ser de dicha legislación es, naturalmente, proteger a los consumidores, y el caso paradigmático que justifica su existencia es cuando una gran empresa impone las condiciones de venta de su producto, normalmente con fines de lucro. La situación del Acuerdo Normalizado de Transferencia de Material, adoptado por el Órgano Rector del Tratado a instancias de los países soberanos que son partes en el Tratado y en defensa del interés público, tiene algunas semejanzas con este caso paradigmático, en cuanto que el receptor deberá aceptar o rechazar, pero no modificar, un acuerdo normalizado. Por el contrario, el hecho de que el ANTM sea redactado por el órgano rector de un Tratado en el que son partes muchos Estados soberanos y de que responda al interés público lo aleja algo de dicho caso. El que un acuerdo entre un proveedor de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y un receptor quede incluido o no en la legislación para la protección del consumidor dependerá naturalmente de la legislación nacional. No obstante, cualquiera que sea el resultado, sería conveniente cumplir los principios generales de equidad en que se basa la ley de protección del consumidor en general.

19. Así pues, el receptor quizá no esté obligado por unas condiciones con las que no ha tenido una verdadera oportunidad de familiarizarse antes de la conclusión del contrato y que pueden considerarse como indebidamente onerosas o abusivas<sup>4</sup>. Si el Órgano rector desea inclinarse por la opción del contrato *shrink-wrap*, será importante comprobar que las condiciones del ANTM sean ampliamente conocidas en las actividades comerciales.

20. La legislación de protección del consumidor permitiría también anular una cláusula de jurisdicción (incluida una cláusula de arbitraje) cuando se considere que es indebidamente onerosa para el

---

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores.

consumidor. La elección del arbitraje internacional parece que no podría criticarse como indebidamente onerosa.

### **5.2 Autoridad**

21. Cuando el receptor es una empresa y se utiliza un contrato *shrink-wrap*, la exigibilidad del contrato puede verse impugnada con mayor frecuencia alegando que la persona que ha indicado la aceptación a las condiciones del ATM por el hecho de aceptar el material quizá no tenga autoridad para obligar a su compañía. No obstante, cabe señalar que el uso del material para un programa fitogenético puede constituir de por sí una indicación de la aceptación de las condiciones.

## **CAPÍTULO 6: LA EXIGIBILIDAD DE LOS ACUERDOS *SHRINK-WRAP* EN ALGUNAS JURISDICCIONES<sup>5</sup>**

### **6.1 Estados Unidos**

22. Los Tribunales Federales de los Estados Unidos han adoptado el planteamiento más tolerante y pragmático con respecto a los acuerdos *shrink-wrap* y *click-wrap*.

23. El Séptimo circuito ha considerado que las licencias *shrink-wrap* son exigibles cuando 1) en el envase se ha indicado al comprador que el programa informático estaba sujeto a licencia; 2) el comprador ha tenido amplia oportunidad de leer la licencia y 3) el comprador ha tenido la oportunidad de rechazar la licencia devolviendo el programa a cambio de un reembolso<sup>6</sup>.

### **6.2 Inglaterra**

24. No hay ninguna decisión referente a la validez y exigibilidad de los acuerdos *shrink-wrap* en virtud de la legislación inglesa. No obstante, hay una decisión del Tribunal Penal Escocés<sup>7</sup> en que se consideró exigible una licencia *shrink-wrap*.

25. Una de las principales cuestiones que pueden ser determinantes para los tribunales ingleses es el momento en que se considera que se ha concluido el contrato entre el receptor y el proveedor de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, y si el receptor tuvo conocimiento de las condiciones antes de que se concluyera legalmente el contrato.

26. En la decisión mencionada del tribunal escocés, éste determinó que un contrato de venta de programas informáticos envasados no se concluía mientras el comprador no hubiera leído y aceptado las condiciones del contrato *shrink-wrap*. Un tribunal inglés podría adoptar este mismo enfoque. De hecho, ha habido varios casos en el marco de la legislación inglesa en que las condiciones señaladas a la atención del consumidor únicamente después de que hubiera concluido la transacción se consideraban, no obstante, como incorporadas al contrato<sup>8</sup>. No obstante, otra posible interpretación es que el contrato se concluye en el momento en que el cliente paga el producto y las condiciones que se señalan a su atención con posterioridad no se incorporan en el contrato<sup>9</sup>. En el caso de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura a los que se ha tenido acceso al amparo del Sistema Multilateral, evidentemente no se trata de efectuar un pago por el material al que se haya tenido acceso. Si en el ANTM se hace constar claramente que los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura a los que se ha tenido acceso pueden devolverse al proveedor si no se aceptan las condiciones del ATM, parecería que era mayor la probabilidad de que un ATM *shrink-wrap* pudiera declararse como exigible en la legislación inglesa.

### **6.3 Francia**

27. Parece que tampoco en Francia hay ninguna decisión sobre la exigibilidad de los acuerdos "*shrink-wrap*". No obstante, la exigibilidad de dichos acuerdos parece ser más dudosa que en Inglaterra.

---

<sup>5</sup> La información contenida en esta sección, con excepción de la relativa al Reino Unido y los Estados Unidos, está tomada sobre todo de Internet, y por lo tanto representa sólo una visión parcial de lo que ocurre en cada jurisdicción.

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, ProCDInc c. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7º Cir. 1996) y Hill c. Gateway 105 F.3d 1147 (7º Cir. 1997).

<sup>7</sup> Beta Computers (Europe) Limited c. Adboe Systems (Europe) Limited (1995).

<sup>8</sup> Por ejemplo, las cláusulas de exclusión aplicables a los billetes de tren (Parker c. E.E. Railway Co (1877) 2 CPD 416).

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia de Lord Denning en Thornton c. Shoe Lane Parking Ltd [1971] 1 All ER 686.

28. En virtud de la legislación francesa, un contrato sólo se concluye cuando se acepta, sin reservas, un ofrecimiento claro y preciso. Estos requisitos de ofrecimiento y aceptación parece que no se cumplen en el caso de una transacción *shrink-wrap*, en que el comprador sólo conoce las condiciones después de la transacción. De todas formas, en virtud de la legislación francesa, lo mismo que de la inglesa, el hecho de que las condiciones del ANTM pueden ser ampliamente conocidas en las relaciones comerciales antes de que se solicite o realice una transferencia deberá ser también tenido en cuenta en las decisiones de los tribunales acerca de la exigibilidad.

#### 6.4 Alemania

29. Tampoco en Alemania parece que hay decisiones referentes a la exigibilidad de los acuerdos "*shrink-wrap*". La legislación alemana exige que las partes en un contrato manifiesten expresamente su aceptación de las condiciones. Ello significa que un comprador debe tener oportunidad de examinar (y, posteriormente rechazar o aceptar) las condiciones de un acuerdo *shrink-wrap* antes de aceptar los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura. También en este caso, el hecho de que esas condiciones sean ampliamente conocidas en las relaciones comerciales y de que no haya ningún recargo por la transferencia de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura deberá tenerse en cuenta en las posibles decisiones sobre la exigibilidad.

#### 6.5 Países Bajos

30. Cuando el cliente no puede examinar las condiciones del acuerdo *shrink-wrap*, por ejemplo, porque se encuentran dentro de la caja o sobre que contiene el programa informático, no es probable que el acuerdo sea exigible.

#### 6.6 Singapur<sup>10</sup>

31. No parece que haya ninguna decisión definitiva acerca de la exigibilidad de los acuerdos *shrink-wrap* en Singapur. En virtud de su legislación, si una parte desea incorporar condiciones a un acuerdo, éstas deben señalarse suficientemente a la atención de la otra parte *antes* de que se concluya el contrato. Cuanto más onerosas son las condiciones, mayor esfuerzo debe realizarse por señalarlas a la atención del cliente.

#### 6.7 Hong Kong<sup>11</sup>

32. El derecho contractual de Hong Kong está basado en el derecho inglés. No hay en Hong Kong ninguna ley en que se haga referencia específica a la conclusión de contratos en línea ni a la validez de los acuerdos "*shrink-wrap*". Por ello, es probable que la exigibilidad de los acuerdos *shrink-wrap* y *click-wrap* sea semejante a la de la legislación inglesa.

#### 6.8 Canadá<sup>12</sup>

33. En el contexto del *common law* del Canadá, para que un contrato sea válido y exigible se requieren tres elementos, a saber, ofrecimiento, aceptación y debida consideración.

34. Varios estatutos provinciales exigen que determinadas formas de contratos se formen por escrito o vayan acompañados de una firma para que sean válidos<sup>13</sup>. En la subsección 19 1) de la Ley de Protección del Consumidor de Ontario, R.S.O. c. C-31 ("OCA"), se exige que todos los contratos con

---

<sup>10</sup> E-Com Legal Guide. Singapur. <http://www.apectelwg.org/apecdata/telwg/e-com/singapec.html>.

<sup>11</sup> E-Com Legal Guide. Hong Kong. <http://www.apectelwg.org/apecdata/telwg/e-com/hongkong.html>.

<sup>12</sup> E-Com Legal Guide. Canadá. <http://www.apectelwg.org/apecdata/telwg/e-com/canadaapec.html>.

<sup>13</sup> Por ejemplo, el Statute of Frauds (Ontario) R.S.O.1990, c. S-19, impone la obligación de presentar por escrito los contratos de garantía y los relativos a la venta de tierras o de derechos sobre la tierra, entre otros.

prestaciones pendientes<sup>14</sup> contengan información específica y se formulen por escrito. En la subsección 19 2) de la OCPA se exige que dichos contratos se firmen y que cada parte reciba una copia original del contrato.

35. Parece que el requisito de presentar un contrato escrito en determinados casos constituye un obstáculo para los contratos en línea en el Canadá. No obstante, el gobierno federal y los gobiernos provinciales han reconocido el valor y crecimiento del comercio electrónico y es posible que adopten medidas legislativas para corregir las aparentes contradicciones entre las leyes vigentes y las nuevas necesidades comerciales.

---

<sup>14</sup> Se trata de los contratos en que las partes contratantes no reciben el producto o el pago asociado en forma simultánea.

## **CAPÍTULO 7: SUGERENCIAS PARA AUMENTAR LA EXIGIBILIDAD DE LOS ATM SHRINK-WRAP**

36. El examen anterior, más que una prueba clara de que los acuerdos *shrink-wrap* no sean exigibles, es más bien una demostración del estado incipiente de la legislación sobre ese tema. No obstante, lo que se desprende claramente es la importancia de que los tribunales tengan muy en cuenta si las condiciones del acuerdo eran conocidas para el receptor antes de la conclusión del contrato y si se puede considerar que ha aceptado dichas condiciones.

37. Si las condiciones y modalidad de ejecución de los ATM son ampliamente conocidas, será más difícil que el receptor argumente que no estaba de acuerdo en quedar obligado por dichas condiciones. Por consiguiente, la publicidad relativa a los ATM (por ejemplo, a través de boletines, sitios de Internet y otros medios de divulgación) debería incrementar la exigibilidad de los ATM *shrink-wrap*. En el caso de los ATM normalizados, el hecho de que éstos hayan sido adoptados en virtud del Tratado Internacional por el Órgano Rector en consideración del interés público internacional será también un factor en favor de la exigibilidad de los ATM *shrink-wrap*, si fuera éste el planteamiento adoptado por el Órgano Rector.

38. Con el fin de reducir las probabilidades de que un ATM sea considerado como exigible en virtud de la legislación nacional de protección del consumidor, las condiciones deberían ser, en la medida de lo posible, claras y equitativas.

39. En las cláusulas de solución de diferencias no debería especificarse un foro ni un idioma para los procedimientos que representen una carga indebida para el receptor.

40. En el caso de ATM *shrink-wrap*, en el texto del envase debería indicarse expresamente que la venta está sujeta a las condiciones especificadas en el interior.

41. Deberían darse al receptor todas las oportunidades posibles de examinar las condiciones del ATM antes de manifestar su aceptación de las mismas. En el caso de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura a los que se ha tenido acceso al amparo del sistema multilateral, no hay, por definición, un momento específico en que el receptor se vea obligado a pagar el material. Por ello, no hay ninguna fecha límite automática para la conclusión del contrato. La solución más aconsejable para que pueda ser exigible es que el ANTM prevea un período razonable de tiempo en que el receptor tenga la oportunidad de examinar las condiciones y devolver el germoplasma. Podría decirse que la no devolución del germoplasma dentro de ese período manifestaría la aceptación de las condiciones del ATM por parte del receptor. El proceso para la devolución del germoplasma debería ser lo más fácil posible.

42. Si la aceptación debe manifestarse mediante la apertura del envase en que se entrega el germoplasma y no hay ninguna disposición sobre la devolución del germoplasma una vez abierto, las condiciones del acuerdo deberían presentarse de tal manera que pudieran leerse en su totalidad antes de la apertura del envase. Debería darse al receptor la posibilidad de devolver el contenedor sin abrir, en caso de que no estuviera de acuerdo con las condiciones.

## **CAPÍTULO 8: ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE**

43. La mayor parte de las jurisdicciones autorizan a las partes en un contrato a elegir qué derecho deberá aplicarse al mismo, al menos cuando el contrato tiene una dimensión internacional. Puede haber mayor flexibilidad en los contratos que prevén el arbitraje como medio de solución de controversias en que, por ejemplo, podría elegirse como legislación aplicable los principios generales de derecho reconocidos en el comercio. Es probable que la referencia a esos principios favorezca la exigibilidad de los contratos *shrink-wrap*, dada la práctica existente de utilizar dichos contratos para la transferencia de germoplasma, al menos cuando intervienen los centros GC.

44. No obstante, una cláusula de elección del derecho aplicable quizá no sea necesariamente el factor decisivo para determinar si se considera que el receptor ha concertado realmente un contrato con el centro que expide los recursos fitogenéticos. En otras palabras, es muy posible que un tribunal considere que la forma de un acuerdo es insuficiente para demostrar el acuerdo de ambas partes para el establecimiento de un contrato jurídicamente vinculante entre ellos. En tal caso, la referencia al arbitraje contenida en el contrato fallido no tendría ningún efecto jurídico.

## CAPÍTULO 9: CONTRATOS *CLICK-WRAP*

45. Como en el caso de los acuerdos *shrink-wrap*, hay pocas sentencias referentes a la exigibilidad de los acuerdos *click-wrap*. No obstante, éstos deberían presentar menos problemas de aplicación. Las razones son las siguientes: 1) el receptor tiene la oportunidad de examinar las condiciones antes de comprar los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, y 2) la aceptación de las condiciones contractuales se manifiestan no con una omisión sino mediante una acción. Pueden producirse problemas cuando las leyes que regulan las formalidades sobre la constitución de contratos prohíban la conclusión de contratos por medios electrónicos<sup>15</sup>. Así, los acuerdos *click-wrap* se han considerado exigibles en los tribunales federales de los **Estados Unidos**<sup>16</sup>. Aunque no ha habido ninguna decisión referente a la exigibilidad de las licencias *click-wrap* en el marco del derecho **inglés**, una licencia *click-wrap* semejante a la mencionada en la sección 6.3 *infra* debería ser exigible en virtud de los principios generales del derecho contractual inglés. Además, en diciembre de 2001, la Comisión de Derecho, al examinar los requisitos formales en las transacciones comerciales llegó a la conclusión de que el hacer clic en un sitio web puede ser demostración de aceptación de las condiciones de un acuerdo<sup>17</sup>. Al menos en teoría, es también probable que los acuerdos *click-wrap* sean exigibles en **Alemania, Francia, Países Bajos y Singapur**.

46. Como en el caso de los contratos *shrink-wrap*, pueden adoptarse medidas para hacer más probable la exigibilidad.

47. La aceptación por parte del receptor de las condiciones debe indicarse mediante un acto positivo, en la medida de lo posible. Lo más conveniente sería utilizar un mecanismo del tipo “Escribir y hacer clic” para indicar el consentimiento, o hacer que el receptor vea el texto de las condiciones y haga clic en “Estoy de acuerdo” antes de continuar con el pedido. El receptor no podrá tramitar el pedido sin aceptar primero las condiciones. Por otro lado, debería tener la oportunidad de rechazar las condiciones bien haciendo clic o escribiendo “No estoy de acuerdo” o algo semejante. Si se rechazan las condiciones, el receptor retrocedería automáticamente a una página anterior (por ejemplo, la página inicial). El receptor debe tener la oportunidad de imprimir y/o archivar las condiciones antes de aceptarlas. El mecanismo debe incluir botones activos que ofrezcan al receptor esa posibilidad<sup>18</sup>. Deberá acusarse la recepción del pedido, y establecerse y mantenerse, como comprobación, un registro de la fecha y hora de aceptación por el receptor.

---

<sup>15</sup> Véase la Directiva de la UE sobre el comercio electrónico (00/31/EC) en la que se exige que los Estados Miembros comprueben que su sistema jurídico permita la concertación de contratos por medios electrónicos (con sujeción a un número limitado de posibles excepciones por parte de los Estados Miembros).

<sup>16</sup> Hotmail c. Money Pie, Inc (47 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1020 (N.D. Cal 1998); Hughes c. AOL Inc, USDC, District of Massachusetts, sentencia sumaria, acción civil No. 2001.

<sup>17</sup> <http://www.lawcom.gov.uk/files/e-commerce.pdf>, págs. 18-19.

<sup>18</sup> Así lo exige la Ley sobre firmas electrónicas en el comercio mundial y nacional, de los Estados Unidos.



## **CAPÍTULO 10: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

48. Esta nota de antecedentes sobre los métodos de expresar la aceptación de las condiciones de los ATM, con especial referencia a la exigibilidad de los acuerdos *shrink-wrap*, se envía para información del Grupo de Contacto. Como resumen, cabe formular las siguientes conclusiones:

1. El método normal de manifestar el consentimiento en los contratos normales es la firma de tales acuerdos. Es probable que estos acuerdos sean exigibles en todas las jurisdicciones.
2. Hay una práctica cada vez más extendida de utilizar contratos *shrink-wrap* y *click-wrap*, debido a la presión del sector y a su comodidad.
3. La legislación relativa a la exigibilidad de los acuerdos *shrink-wrap* y *click-wrap* no se ha desarrollado todavía plenamente: en muchas jurisdicciones es probable que haya todavía dificultades para imponer el cumplimiento de dichos contratos.
4. Las decisiones de los tribunales sobre la exigibilidad de los acuerdos *shrink-wrap* dependerá probablemente de las circunstancias concretas del caso, y en particular de si el receptor sabía y aceptó, o puede considerarse que conocía, las condiciones del acuerdo.
5. Es mucho lo que podría hacerse para aumentar la exigibilidad, por ejemplo, dando amplia publicidad a las condiciones de un Acuerdo normalizado de transferencia de material (ANTM).
6. El hecho de que el órgano Rector de un tratado haya elaborado un ANTM en pro del interés público, aumentará sin duda considerablemente las posibilidades de que se considere exigible.
7. Es posible que los acuerdos *click-wrap* sean más exigibles de forma inmediata, y por lo tanto podrían utilizarse también, cuando sea posible, en las transferencias previstas en los ANTM.
8. Se puede ofrecer también la opción de concluir los ANTM por medio de un sistema de *shrink-wrap*, *click-wrap* o firma escrita, según la exigibilidad de tales procedimientos en las jurisdicciones concretas. No obstante, para ello habría que preparar una lista de jurisdicciones en que las distintas formas de contrato sean exigibles, tarea que quizá no sea fácil habida cuenta del estado incipiente de la legislación en esta esfera.