

DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES DEL
SOFTWARE AS A SERVICE (SAAS) EN CHILE

POR: PABLO ANDRÉS PACHECO ESCALONA

Tesina presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo
para optar al grado académico de Magister en Derecho de la Empresa.

PROFESOR GUÍA:

Sra. María Fernanda Juppet Ewing

© Se autoriza la reproducción de esta obra en modalidad acceso abierto para fines académicos o de investigación, siempre que se incluya la referencia bibliográfica.

© Se autoriza la reproducción de fragmentos de esta obra para fines académicos o de investigación, siempre que se incluya la referencia bibliográfica.

A mi esposa, a mis padres y a mi hermana, por inspirar mi creatividad, y alentarme a crecer profesionalmente. A mi Mila, fiel compañera de cuatro patas en cada jornada. Gracias por su apoyo incondicional.

TABLA DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	v
RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	2
1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL SAAS	3
1.1. Perspectiva Técnica	3
1.2. Derecho Comparado y Doctrina Internacional	6
1.3. La situación en Chile	9
2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SAAS	11
2.1. Contenido típico del contrato de SaaS	12
2.2. El SaaS como Prestación de Servicios	15
2.3. El SaaS como Contrato de Licenciamiento	18
2.4. El contrato de SaaS como contrato atípico, complejo y mixto.....	20
3. OTROS PROBLEMAS DEL CONTRATO DE SAAS	22
3.1. El SaaS como Contrato de Adhesión	22
3.2. La temporalidad del otorgamiento de licencia de uso	24
3.3. El acceso a la justicia en el contrato de SaaS	25
CONCLUSIONES	26
BILBIOGRAFÍA	29

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

SaaS	: Software as a Service, o Software como Servicio
NIST	: National Institute of Standards and Technology
DIAN	: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia
SII	: Servicio de Impuestos Internos de la República de Chile
IVA	: Impuesto al Valor Agregado
SLA	: Service Level Agreement, o Acuerdo de Nivel de Servicios
AWS	: Amazon Web Services
ERP	: Enterprise Resource Planning
LPDC	: Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores

RESUMEN

El presente trabajo sostiene que la situación regulatoria del *Software as a Service* (*SaaS*) en Chile presenta complejidades evidentes, tanto por la insuficiencia del contenido normativo vigente como por su dispersión, lo que obliga a recurrir frecuentemente a figuras por analogía para encuadrarlo en la legislación.

Mediante el análisis pormenorizado del concepto de *Software as a Service*, su contenido, naturaleza y características, complementando con referencias a experiencias en derecho comparado, se plantea la hipótesis de que, pese a la existencia de soluciones parciales, el principal desafío – y al mismo tiempo la mayor oportunidad - radica en superar las disfunciones técnicas y prácticas propias del contrato de *SaaS* mediante una legislación específica que regule adecuadamente sus condiciones particulares.

INTRODUCCIÓN

En pleno XXI, la denominada “Era digital” ha superado toda previsión teórica en relación con su potencial impacto en la vida diaria de las personas. El uso de las tecnologías digitales ha sido objeto de una profunda metamorfosis en los últimos 20 años, pasando de ser una mera fuente de información y comunicación, a convertirse en un complemento de la vida real, con una oferta interminable de alternativas y sistemas estructurados muy competentes, orientados a resolver necesidades variopintas. Esas necesidades de la vida diaria y que encuentran solución en lo digital, pueden ir de algo tan simple como encontrar fuentes de entretenimiento, a la prestación de servicios digitales complejos que, con algo de desarrollo, pueden eficazmente reemplazar a uno o varios profesionales en una compañía, generando economías de escala nunca antes vistas.

Esta digitalización de procesos productivos y de consumo ha tenido un protagonista que se ha convertido rápidamente en un standard dominante, y que ha ofrecido soluciones flexibles y económicas a problemas que hasta inicios de este siglo aún eran resueltos mediante el trabajo humano, o bien mediante alternativas digitales primigenias como el *Software On-Premise* (software de ejecución local) tan tradicional en los años 90. Me refiero al *Software As A Service*, o Software como Servicio (en adelante “*SaaS*”).

Esta figura digital ha adquirido presencia extensa en la vida diaria de las personas con aplicaciones reconocidas, tales como Netflix, Uber, Pedidos Ya, el extinto

Cornershop y tantas otras que resuelven pequeñas necesidades domésticas. Pero no se limita a aquello. El *SaaS* ha permeado fuertemente la práctica empresarial, siendo casi imposible encontrar hoy compañías – grandes y pequeñas – que prescindan totalmente de soluciones contables, de almacenamiento, gestión de recursos humanos, logística, cadena de suministro o soporte, por nombrar las más comunes. Así, denominaciones como Amazon Web Services (también *AWS*), Geovictoria, Defontana, SAP, Oracle y tantas otras soluciones digitales del tipo *SaaS*, se han convertido en la normalidad en la solución de necesidades de distintos tipos de negocios.

Resulta entonces evidente que la presencia y dominancia de este tipo de servicios digitales debe necesariamente llevarnos a cuestionar qué tan amplio es su reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional atendido su amplio impacto, y qué tan robusta es la regulación vigente en torno a su naturaleza, premisas y funcionamiento, o si en cambio, enfrenta nuestro país un desafío latente por estructurar y regular de manera integral y ordenada la relación entre proveedores y clientes en estas relaciones contractuales que evolucionan a una velocidad dispar con las posibles soluciones legislativas.

Este trabajo pretende establecer cuál es el standard actual de reconocimiento normativo de las *SaaS* en Chile, y a partir de aquello dilucidar cuáles son los principales desafíos por enfrentar de cara a articular relaciones digitales transparentes y justas, determinando así la pertinencia – o no – de impulsar una

regulación integral que resuelva eventuales dificultades en las relaciones entre proveedores y clientes o consumidores de servicios digitales tipo *SaaS*.

Para aquello, indagaremos en concepto del *SaaS* y su reconocimiento en la legislación chilena, su naturaleza contractual, y los principales desafíos técnicos y legislativos para su sistematización.

1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL SAAS

Al intentar conceptualizar el *SaaS* en Chile enfrentamos un primer desafío práctico, pues la legislación nacional no reconoce expresamente el concepto, y en consecuencia no encontraremos una solución jurídica a nuestra pregunta. Al menos no de manera integral.

Parece pertinente al inicio de este análisis considerar pacífico el hecho de que no existe en nuestro país un cuerpo normativo que defina y regule la figura, naturaleza y contratación del *SaaS*, y que, en consecuencia, para determinar su contenido y alcance debemos optar por buscar respuestas en organismos técnicos, Derecho Comparado y Doctrina, o bien echar mano a fuentes indirectas de nuestro ordenamiento jurídico para intentar acercarnos a un concepto.

1.1. Perspectiva Técnica

En el contexto internacional podemos encontrar ejemplos y marcos más desarrollados que el chileno en la búsqueda de conceptos y alcances del *SaaS*.

Desde el punto de vista técnico e informático, el *National Institute of Standards and Technology* (en adelante *NIST*) dependiente del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, ha desarrollado diversos conceptos en el ejercicio de su misión de promover la innovación y la competitividad industrial, mediante el avance de la ciencia y la tecnología¹. Entre aquellos, el concepto de *Cloud Computing*. Si bien el concepto de *Cloud Computing* no es exactamente el del *SaaS*, reconoce el NIST una relación de género a especie, estableciendo que el *SaaS* es uno de los tres modelos de servicios en que el *Cloud Computing* se desarrolla, junto al *Platform as a Service* y el modelo de *Infrastructure as a Service*. Así, en su publicación especial N° 800-145 de 2011, el NIST definió el *SaaS* en una subcategoría del *Cloud Computing*, de la siguiente forma: “*La capacidad que se ofrece al consumidor consiste en utilizar las aplicaciones del proveedor que se ejecutan en una infraestructura en la nube. Se puede acceder a las aplicaciones desde diversos dispositivos cliente a través de una interfaz de cliente ligero, como un navegador web (p. ej., correo electrónico web), o una interfaz de programa. El consumidor no gestiona ni controla la infraestructura en la nube subyacente, incluyendo la red, los servidores, los sistemas operativos, el almacenamiento ni las capacidades individuales de las aplicaciones, con la posible excepción de algunas opciones de configuración específicas del*

¹ Describe el NIST su misión como: “*Promover la innovación y la competitividad industrial de Estados Unidos mediante el avance de la ciencia, los estándares y la tecnología de maneras que mejoren la seguridad económica y mejoren nuestra calidad de vida*” <https://www.nist.gov/about-nist>. Traducción del autor.

*usuario*². En términos más sencillos, y conciliando esta definición con las características del *Cloud Computing* que el mismo organismo propone, podemos extraer que estamos ante una autorización o permiso de acceso, que permite al consumidor utilizar una aplicación alojada en la nube, de propiedad de un tercero que en mayor medida controla las capacidades y configuraciones de aquella. La aseveración de que la característica esencial del *SaaS* consiste en una “capacidad para utilizar aplicaciones del proveedor”, nos entrega un dato relevante en cuanto a su naturaleza: El cliente o consumidor no adquiere la aplicación y/o el derecho a utilizarla localmente, como si lo hiciese en un *Software On-Premise*, sino que se le otorga una “capacidad” para acceder, es decir, un derecho de uso, que no es sino el efecto práctico de una licencia.

1.2. Derecho Comparado y Doctrina Internacional

La práctica del derecho comparado y la doctrina internacional han dado pasos significativos en relación con el reconocimiento del concepto de *Cloud Computing* (el género) y el *SaaS* (la especie) atendida su relevancia y amplio uso entre los consumidores. Así lo reconocieron oportunamente en 2013 el académico y abogado británico Christopher Millard y la Doctora en Derecho y experta en Privacidad y Ciberseguridad, Dr. W. Kuan Hon, coautores de la publicación “*Cloud Computing Law*”, reeditada en 2021. En la primera edición del libro de su

² Mell, P. & Grance T., *The NIST Definition of Cloud Computing*, National Institute of Standards and Technology, 2013. Disponible en: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>. Traducción del autor.

autoría, los docentes reconocieron el SaaS como “*el tipo de servicio en la nube más comúnmente utilizado, particularmente entre los consumidores, lo que no resulta sorprendente ya que generalmente requiere el conocimiento técnico más bajo de parte de los usuarios, y permite a estos procurar el uso de aplicaciones rápidamente sin instalar ningún software en específico*”³.

A nivel regulatorio, la Unión Europea a través de la Directiva 2019/770 del Parlamento Europeo ha reconocido expresamente el concepto de “*servicio digital*” que, sin perjuicio de no definir expresamente el SaaS, lo incorpora indirectamente al tratar el alcance del concepto de servicios que se prestan por medios digitales (software), indicando que es un servicio digital aquel que permite al consumidor “*crear, tratar, almacenar o consultar datos en un formato digital*”⁴.

En un sentido coherente con esta tendencia, encontramos un reconocimiento expreso en Colombia, a través de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), que en el Concepto 17056 del 25 de agosto de 2017, reconoció expresamente el concepto de SaaS, basado en una definición realizada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, sentando el siguiente precedente conceptual: “*(i) Software como servicio (SaaS por sus siglas en ingles). La capacidad proporcionada al*

³ Millard, C. & Kuan Hon, W., *Cloud Computing Law*, 2013, p.5. Vista previa disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Christopher-Millard-2/publication/269037199_Cloud_Computing_Law/links/5531016d0cf2f2a588ab843b/Cloud-Computing-Law.pdf. Traducción del autor.

⁴ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, Artículo 2, N°, letras a) y b). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32019L0770>

*consumidor es utilizar las aplicaciones del proveedor que se ejecutan en una infraestructura cloud. Las aplicaciones son accesibles desde varios dispositivos cliente a través de una interfaz de cliente ligero, como un navegador web (por ejemplo, correo electrónico basado en web) o una interfaz de programa. El consumidor no gestiona ni controla la infraestructura subyacente de la nube, incluyendo la red, los servidores, los sistemas operativos, el almacenamiento o incluso las capacidades de las aplicaciones individuales, con la posible excepción de los ajustes de configuración específicos de la aplicación específicos del usuario*⁵. Sin perjuicio de que la DIAN atribuye la autoría al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, resulta evidente que aquella definición no es sino la provista por el NIST en 2011 respecto del concepto de *Cloud Computing*, cometiendo el organismo técnico un error al confundir el género del *Cloud Computing* con la especie (el SaaS). Un error quizá tolerable, atendida la imperatividad de reconocer y regular estas figuras.

Finalmente, podemos encontrar un reconocimiento adicional del Cloud Computing en la regulación mexicana: La Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, recientemente reformada, reconoce el concepto de “*Computo en la Nube*” como un “*Modelo de provisión externa de cómputo bajo demanda, que implica el suministro de infraestructura,*

⁵ Concepto 17056 del 25 de agosto de 2017 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia, Parte I, N° 3. Disponible en: <https://global.co/wp-content/uploads/2017/09/30-Con-DIAN-17056-2017-Servicios-Cloud-Computing-excluidos-de-IVA.pdf>

*plataforma o programa informático, distribuido de modo flexible, mediante procedimientos virtuales, en recursos compartidos dinámicamente*⁶.

1.3. La situación en Chile

En Chile la situación no es muy diferente a la de otras latitudes. El reconocimiento al SaaS como modalidad contractual derivada del *Cloud Computing*, se ha incorporado en el léxico jurídico nacional por vía secundaria e indirecta, buscando resolver dificultades sectoriales puntuales y sin que exista a la fecha una definición normativa expresa.

Un primer alcance surge de la Ley de Propiedad Intelectual, que en una aproximación muy primordial define el software bajo el concepto de “Programa computacional” como un “*conjunto de instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un computador a fin de efectuar u obtener un determinado proceso o resultado, contenidas en un cassette, diskette, cinta magnética u otro soporte material*”⁷. Si bien resulta claro que esta definición no versa precisamente sobre el SaaS, o siquiera sobre el *Cloud Computing*, supone el reconocimiento de la categoría general que las contiene, otorgándole además protección expresa bajo el régimen de esta ley.

⁶ Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 3, N° VII. Disponible en:

<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPDPPSO.pdf>

⁷ Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual, Art. 5 letra t)

Luego, una aproximación más concreta y significativa surge desde la arista tributaria: La denominada Ley de Modernización Tributaria N° 21.210, introdujo en el año 2020 modificaciones que, entre otros ajustes, creó un nuevo hecho gravado para los denominados “servicios digitales” (también “*IVA digital*”). Este nuevo hecho gravado, se encuentra regulado de manera más específica en la circular N° 42 del 11 de junio de 2020 emanado del Departamento de Impuestos Indirectos del Servicio de Impuestos Internos, el cual expresamente se refiere al SaaS como un modelo de servicio de “*computación en nube*” (*Cloud Computing*) gravado con el Impuesto al Valor Agregado, describiendo el SaaS como un modelo en el cual “*El consumidor puede utilizar las aplicaciones del prestador que se ejecutan en una infraestructura en la nube. Se puede acceder a las aplicaciones desde varios dispositivos de clientes a través de una interfaz de cliente ligero, como un navegador web (por ejemplo, correo electrónico basado en la web) o una interfaz de programa. El consumidor no gestiona ni controla la infraestructura de la nube subyacente, incluida la red, los servidores, los sistemas operativos, el almacenamiento o incluso las capacidades de las aplicaciones individuales, con la posible excepción de la configuración de la aplicación limitada específica del usuario*”⁸.

⁸ Circular N° 42 de 11 de junio de 2020. Servicio de Impuestos Internos de la República de Chile, p. 5. Disponible en: https://www.sii.cl/normativa_legislacion/circulares/2020/circu42.pdf

Este concepto, así como el de otros abordados previamente, parece ratificar el alcance reconocido por el NIST, que distintas jurisdicciones han considerado válido para cuerpos normativos con objetivos diversos respecto de las *SaaS*.

Si bien parece prudente que una regulación integral de los servicios digitales derivados de figuras propias del Cloud Computing resuelva este primer desafío conceptual, no podemos obviar la particular especificidad con la que el SII define las *SaaS*, y la coherencia que esta tiene con la práctica internacional, por lo que aun tratándose de una regulación sectorial, indirecta y esencialmente funcional, el desafío de contar con una conceptualización local del alcance del *SaaS* podría considerarse cubierta, radicando la oportunidad en la sistematización y organización, más que en la creación conceptual, que podría considerarse ya ajustada a la mejor práctica internacional.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SAAS

La naturaleza jurídica de las relaciones que surgen a propósito del *SaaS*, y el contrato que las regula es, quizás, uno de los desafíos más relevantes a resolver atendidas las consecuencias que tiene en relación con la calificación de las partes, el régimen sancionatorio y la sede de resolución de conflictos. Y es que sus características y contenido permiten respuestas positivas a distintas teorías y posturas, de tal forma que plantear que se trata de un contrato de licenciamiento es totalmente razonable, así como también parece razonable calificarlo como un contrato de prestación de servicios pues aquello fluye de su nombre (*Software*

As A Service), lo cual podría ampararse en una relación de consumo en los términos de la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores⁹, o conforme a la prestación de servicios regulada en el Código Civil.

Para arribar a una conclusión, y estimar cuál es la naturaleza jurídica que debería la legislación chilena reconocer al contrato de SaaS, parece pertinente fijar primeramente su contenido diferenciador – excluyendo las cláusulas de estilo en contratos bilaterales – y su coherencia con las figuras previamente enunciadas.

2.1. Contenido típico del contrato de SaaS

El contrato de SaaS suele fijarse mayoritariamente por el propietario o proveedor por vía de **contrato de adhesión**, bajo el mecanismo de Términos y Condiciones¹⁰, siendo excepcional y poco frecuente que las cláusulas provengan de negociación directa del contenido del contrato. De tal forma, el contenido del contrato de SaaS ha sido tradicionalmente creado desde la perspectiva del propietario o proveedor, fijando las cláusulas de manera unilateral en el mejor interés del propietario, y mediando la simple aceptación por parte del cliente o usuario. Así, este tipo de contratos suelen tener una variedad interesante de cláusulas, que van desde asuntos tradicionales y comunes a las relaciones bilaterales, como establecer la vigencia, rescisión, facturación, pago, jurisdicción

⁹ Ley N° 19.946 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

¹⁰ También “Condiciones de Uso”.

y resolución de conflictos, a otras mucho más excepcionales y específicas, que son las que interesan para los objetivos de este análisis.

Con todo, podemos considerar cláusulas distintivas y diferenciadoras del contrato de SaaS:

a) Preámbulo, Objeto o Antecedentes Generales

Este contenido suele describir de manera general las funcionalidades del *software*, así como individualizar a su propietario o titular de derechos. Es especialmente relevante pues cumple una función de atributiva, en cuanto podemos ver con frecuencia que estas cláusulas preliminares fijan desde inicio la naturaleza que el propietario asigna a su SaaS, refiriéndose de manera genérica a sus funcionalidades como “Servicios”¹¹.

b) Propiedad Intelectual y Derechos de Autor

Esta cláusula tradicionalmente busca proteger por vía de reconocimiento bilateral, que el contenido incluido en el *software* está protegido por la Ley de Propiedad Intelectual y Derechos de Autor, y que el usuario o cliente

¹¹ La mayoría de los ejemplos de SaaS citados en la introducción del presente trabajo, acogen esta premisa. Ejemplo de aquello es la cláusula “Términos Generales” del software “DEFONTANA”, que detalla: “Servicios de DEFONTANA. DEFONTANA se obliga a prestar al Cliente, a través del sitio de internet www.defontana.com (en adelante el “Sitio”), los servicios de software (SaaS) comprendidos e individualizados en la primera página del contrato (los “Servicios”), en los términos y condiciones que se indican a continuación y que el Cliente declara expresamente conocer y aceptar”. (<https://ecomm.defontana.com/conditionsofuse>). En el mismo sentido declara Amazon Web Services al inicio de su contrato denominado “Contrato de Usuario AWS”: “El presente Contrato de Usuario AWS (el “Contrato”) contiene los términos y condiciones que regirán su acceso y uso de los Servicios (...)”. (https://d1.awsstatic.com/legal/aws-customer-agreement/AWS_Customer_Agreement_2025-09-09_ES_LA.pdf?refid=3ad9a803-2790-4f66-993c-d7d4648b794f). Pasajes subrayados por el autor con objetivos ilustrativos.

expresamente reconoce aquello, ocasionalmente con una obligación de abstención de reclamar derechos sobre los mismos. Es, en suma, una forma de fijar contractualmente que el acceso y uso no concede derechos sobre la creación del propietario del *software* al usuario o cliente.

c) Licencia de Uso

Sin duda, es este un elemento diferenciador de la contratación del SaaS. Su inclusión pretende fijar el alcance de los derechos que el usuario adquiere con la contratación y establecer sus limitaciones, siendo tradicional que la técnica de redacción provea al usuario o cliente una licencia de uso limitada, temporal, revocable, no exclusiva y no cedible, que suele contemplar prohibiciones adicionales para evitar la reproducción, duplicidad, copia, venta, ingeniería inversa o acceso en formas no consentidas por el propietario al *software*¹².

d) Responsabilidades y Nivel de Servicio (SLA)

Este contenido contractual surge de la criticidad que estos servicios de software suelen tener en relación con la operación a nivel empresarial. Si bien la indisponibilidad temporal (total o parcial) de un SaaS recreativo

¹² A modo referencial, detalla AWD respecto al licenciamiento: “Conforme a los términos de esta Licencia y el Acuerdo, el Licenciante de AWS le otorga una licencia limitada, gratuita, revocable, no exclusiva, no sublicenciable e intransferible para copiar y usar el Contenido de AWS únicamente en relación con el uso permitido de los Servicios durante la Vigencia. Únicamente en la medida en que la legislación aplicable exija el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual del Licenciante de AWS o sus licenciantes para que usted acceda a cualquier Servicio o lo utilice, el Licenciante de AWS le otorga una licencia limitada, gratuita, revocable, no exclusiva, no sublicenciable e intransferible para ejercer dichos derechos de propiedad intelectual durante la Vigencia y conforme a los términos de esta Licencia y el Acuerdo (...)”. Disponible en: <https://aws.amazon.com/es/legal/aws-ip-license-terms/>. Traducción y subrayado por el autor.

seguramente no tendría un impacto significativo en la vida cotidiana, un software de tipo ERP, o herramientas de análisis complejo para la toma de decisiones empresariales como *Microsoft Power BI*, pueden poner en alto riesgo la continuidad operativa y romper las economías de escala que un *SaaS* está llamado a generar en una empresa. Para aquello, los contratos, acuerdos o términos y condiciones asociados a *SaaS* complejos orientados al mundo corporativo, suelen contemplar los denominados SLA, que promueven al mismo tiempo un compromiso de disponibilidad mínimo a lo largo de un período (*uptime*), como también las responsabilidades y mecanismos compensatorios en caso de incumplimiento del conjunto de reglas de continuidad operativa comprometidas bajo el concepto de SLA. Estamos, en consecuencia, ante contenido contractual que regula la continuidad del servicio que el *SaaS* presta.

Estas cláusulas que dotan de identidad al contrato de *SaaS*, representan una base apropiada para estimar su naturaleza y determinar así si está apropiadamente regulado o estamos ante una figura atípica.

2.2. El SaaS como Prestación de Servicios

Atendido el contenido anteriormente desglosado, parecería del todo claro que estamos ante un contrato de servicios en cuya relación hay un proveedor y un cliente. O utilizando la nomenclatura de la Ley 19.946 sobre la Protección de los

Derechos de los Consumidores (LPDC), ante un consumidor¹³. El cliente, conforme a las disposiciones tradicionales del contrato de SaaS, es el destinatario de un catálogo de servicios prestados a través de un *software* por parte de un proveedor, conformando – en teoría – la dinámica de partes tradicional de la relación de consumo. Sin embargo, tal y como lo ha analizado Gonzalo Severin a nivel doctrinario en relación con los contratos de almacenamiento en la nube: *“no solo se requiere que el contrato pueda ser calificado como un contrato “de servicio”, sino que, además, se requiere que las partes puedan ser calificadas como “proveedor” y “usuario” en los términos que define la propia Ley. Si bien un cloud service provider siempre calificará como “proveedor” en los términos de la Ley, el cliente del servicio no siempre podrá ser calificado como “usuario” o “consumidor”*¹⁴.

Lo que el profesor Severin cuestiona, en definitiva, no es la aptitud del contrato de *cloud service* - extensible por analogía al SaaS - para calificar como relación de consumo en todos los casos, sino específicamente en aquellos casos en los que el cliente o usuario del *software* es una empresa que, conforme a la definición de “consumidor” contenida en el artículo 1° número 1 de la Ley N° 19.496, debe

¹³ Conforme lo dispuesto en el artículo 1° número 1 de la Ley N° 19.496, debemos entender como consumidores o usuarios a: *“las personas naturales o 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”*.

¹⁴ Severin F. Gonzalo, *Cláusulas de privacidad y seguridad del contenido almacenado a la luz del derecho chileno*, Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 2020. Vol 9, N°1 p. 126. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rchdt/v9n1/0719-2584-rchdt-9-1-00121.pdf>.

entenderse como proveedor. Establece la LPDC en el numeral 2 del mismo artículo, que serán entendidos “Proveedores”: *“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”*¹⁵.

De tal forma, esta definición impide que cuando estamos ante un proveedor de SaaS cuyo cliente es una persona jurídica privada que desarrolla actividades con fines de lucro, se forme la relación de consumo, pues a la luz de la LPDC estamos ante un proveedor que a través de un SaaS presta servicios a otro proveedor.

Habría, por cierto, casos especiales en que una persona jurídica con fines de lucro pueda ser considerada consumidor conforme al denominado “Estatuto PYME”¹⁶, u otras en las que incluso en una relación entre un proveedor de SaaS y una persona natural pudiere no calificar como relación de consumo, si el SaaS tiene un carácter no oneroso¹⁷. Lo anterior, sin perjuicio de que pueda cuestionarse si esa gratuidad esconde un pago por equivalencia al proporcionar datos personales al proveedor del SaaS, asunto que escapa a los objetivos de este análisis.

¹⁵ Ley N° 19.946 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, Art. 1, N° 2.

¹⁶ Ley N° 20.415 que Fija normas especiales para las empresas de menor tamaño. Art. Noveno.

¹⁷ Versiones gratuitas de Spotify, Youtube, o LinkedIn, por ejemplo.

Por otro lado, podría ensayarse también en torno a este contrato como un contrato típico de arrendamiento conforme al Código Civil y situarlo genéricamente bajo la premisa del arrendamiento de cosas regulada en el artículo 1.916, que establece que “*Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporeales que pueden usarse sin consumirse*”, pudiendo calificar el SaaS como una cosa incorporal no consumible por el uso. Sin embargo, esta calificación adolece de ser excesivamente amplia y genérica, pues los pasajes posteriores del Título XXVI no regulan contratos de esta clase, por lo que, aun permitiendo esta teoría la categorización, omite dotar de contenido al contrato de SaaS, que es el desafío más relevante.

A consideración de lo indicado, resulta en consecuencia cuestionable pretender calificar la naturaleza del contrato de SaaS al amparo de la relación de consumo o la definición general de arrendamiento del Código Civil, en cuanto aporta menos soluciones que las dificultades que crea.

2.3. El SaaS como Contrato de Licenciamiento

Una segunda alternativa viable, es la de calificar el contrato de SaaS como un contrato de licencia. En particular, de licencia de *software*.

Este mecanismo también encuentra asidero en el contenido con el que se suele dotar a los contratos de SaaS, como he comentado previamente, siendo usual que los contratos de SaaS establezcan expresamente que el usuario tiene una licencia para el uso del *software*, con determinados derechos y restricciones.

Como comenté anteriormente, la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, reconoce expresamente el *software* como objeto de protección, en el artículo 5 letra t). Asimismo, el artículo 17 del mismo cuerpo normativo, reconoce al titular de los derechos la facultad de autorizar el uso por parte de terceros. Conforme aquello, parecería que la Ley de Propiedad Intelectual provee la solución correcta para calificar la naturaleza del contrato *SaaS*. Sin embargo, esta solución es del todo parcial, en cuanto siendo el objetivo esencial del contrato de *SaaS* otorgar un acceso al usuario o cliente para proveerle de determinados servicios digitales, el licenciamiento resulta en un elemento accesorio que, por cierto, es relevante, pero que deja en la desregulación el objeto esencial del contrato: prestar determinados servicios a través del *software*.

La parcialidad de esta solución revela el que es quizá el desafío más importante en torno a la naturaleza del contrato de *SaaS*, y es que atendida su naturaleza atípica, no existe en el ordenamiento jurídico chileno una figura contractual que regule de manera integral y ordenada los diversos elementos únicos y característicos del *SaaS* y que solucione de manera integral la correlación entre la provisión de servicios inmateriales, disponibles para el usuario de manera digital y flexible, para cuyo acceso se requiere de una autorización, permiso o licencia, y cuyo standard de responsabilidad se mide no en diligencia, sino en *uptime*¹⁸.

¹⁸ Porcentaje de accesibilidad al software en un período determinado.

2.4. El contrato de SaaS como contrato atípico, complejo y mixto

Descartada la calificación plena del contrato de SaaS dentro de figuras típicas y tradicionales del derecho chileno, parece prudente reconocer que estamos ante un contrato sumamente especial.

Estamos ante un contrato atípico, en cuanto la Ley no regula su contenido. Y prefiero llamarlo atípico y no innominado, siguiendo la tesis doctrinal del profesor Joel González Castillo, que manifiesta que *“hay muchos (contratos) que tienen una denominación bastante arraigada a veces, sin embargo, no están regulados en la legislación”*¹⁹. Y es justamente aquella la situación del contrato de SaaS: típicamente nos encontramos con la convicción arraigada de que se trata alternativamente de contratos de prestación de servicios o contratos de licenciamiento, desconociendo con esto su naturaleza fundamentalmente atípica a pesar de encontrarse reconocido por parcialidades en distintos cuerpos normativos en relación con su contenido.

Estamos, además, ante un contrato complejo, en cuanto incorpora cláusulas fundadas en cuerpos normativos diversos, cuyos derechos, obligaciones, responsabilidades y restricciones no pueden ser señaladas a partir de una sola Ley, originando relaciones con múltiples alcances técnicos, cuyos riesgos de incumplimiento pueden ir desde consecuencias banales en un SaaS recreativo,

¹⁹ González C. Joel, *Contratos atípicos o innominados. Clases y Regulación*. Revista Actualidad Jurídica, 2023, N°47 p. 412. Disponible en: <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2023/04/aj-47-contratos-atipicos-o-innominados-clases-y-regulacion-joel-gonzalez.pdf> .

a consecuencias críticas que generan pérdidas, perjuicios y pueden alterar severamente operaciones complejas, como sería el caso de un *SaaS* empresarial con alta relevancia en la gestión.

Finalmente, considero que estamos ante un contrato mixto, en cuanto su clausulado recoge contenido típicamente asociado a tipos de contratos disímiles, recogiendo pasajes del contrato de licencia de *software*, así como también del contrato de arrendamiento de servicios, y cumplidas las condiciones particulares del caso, puede también tener características de relación de consumo.

Esta caracterización extraña y nutrida de elementos de diversas fuentes, resulta muy similar a aquella desarrollada por el profesor Hesbert Benavente respecto del contrato de *know how*, figura que catalogó como un contrato principal, atípico, complejo, consensual, constitutivo, recíproco, conmutativo, de ejecución inmediata, de ejecución única o de tracto sucesivo, paritario, oneroso o gratuito²⁰. Estas características tan particulares del contrato de *know how*, y tan similares a las del contrato de *SaaS*, llevaron al profesor Benavente a afirmar, con gran fundamento, la necesidad de legislar en torno al contrato de *know how*, exponiendo largamente sobre el contenido regulatorio que considera necesario y aportando una propuesta expresa de redacción normativa. Aquella conclusión directa y contundente parece, a mi juicio, del todo homologable al contrato de

²⁰ Benavente C. Hesbert, *El contrato de know how o de provisión de conocimientos técnicos: aspectos a ser considerados para su regulación normativa*. Revista Ius Et Praxis. Año 14, Vol. N° 2, 2009 pp. 419-421. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art12.pdf> .

SaaS atendido su profundo impacto en una sociedad altamente digitalizada como la chilena, y que depende de las SaaS a niveles recreativos y personales, pero también – y tanto más importante – a niveles empresariales y públicos.

3. OTROS PROBLEMAS DEL CONTRATO DE SAAS

Si bien los problemas más relevantes asociados al contrato de SaaS que representan un desafío para la calificación jurídica y régimen regulatorio de aquel, son los desarrollados en los capítulos 1 y 2, existen adicionalmente otras dificultades derivadas de su aplicación que resulta importante mencionar:

3.1. El SaaS como Contrato de Adhesión

Como adelanté brevemente en el capítulo 2.1, la modalidad de oferta y aceptación más extendida para los contratos de SaaS es la del contrato de adhesión. Con este mecanismo, el usuario o cliente debe aceptar determinados “Términos y Condiciones” unilateralmente establecidos por el proveedor o administrador del SaaS para acceder a sus funcionalidades. Este mecanismo contractual, si bien extendido y naturalizado, es una fuente directa de asimetría contractual, en cuanto admite que una de las partes (el proveedor) imponga sus términos a la otra (el usuario o cliente) sin posibilidad de negociar el contenido.

La LPDC prevé esta situación desde la perspectiva de las cláusulas abusivas, estableciendo en el párrafo 4° de la Ley una regulación expresa destinada a proteger a los consumidores en los contratos de adhesión.

Sin embargo, en aquellos contratos cuyo vínculo no pueda ser calificado como una relación de consumo, que en el ámbito empresarial serán la mayoría, debemos aplicar el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, consagrado en el artículo 1.545 del Código Civil. Aplicar esta norma nos lleva a reconocer que el contrato es Ley para las partes, aún si el contenido de este resulta desequilibrado o leonino y no negociable.

Una solución a la situación descrita es la aplicación del artículo 4 letra i) de la Ley que regula la Competencia Desleal, N° 20.169, que sanciona “*El establecimiento o aplicación de cláusulas contractuales o conductas abusivas en desmedro de los proveedores*”. Sin embargo, tal y como destacan los investigadores Francisca Barrientos Camus y Felipe Fernández Ortega, la norma mencionada aparentemente no se ha utilizado y tiene defectos prácticos severos en torno al ámbito de aplicación y a la técnica de redacción²¹.

Con todo, el régimen regulatorio vigente parece insuficiente, impreciso, confuso o defectuoso, poniendo en tela de juicio la efectividad de la protección existente para el cliente o usuario frente a proveedores nacionales e internacionales.

²¹ Barrientos C. Fernanda, y Fernández O. Felipe, *Las cláusulas y conductas abusivas del proveedor en contra del empresario de menor tamaño como un acto de competencia desleal en el derecho chileno*, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 46, enero-junio, 2024, p. 216. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n46/0123-4366-rdp-46-213.pdf>

3.2. La temporalidad del otorgamiento de licencia de uso

La técnica general de redacción de los contratos de SaaS suele optar por el otorgamiento de licencias de uso acorde a lo descrito en el capítulo 2.1 letra c del presente trabajo. Tradicionalmente, se suele detallar que aquella licencia es “no exclusiva y temporal”, aclarando con esto que la licencia de uso se otorgará a tantos usuarios el servicio tenga, subsistiendo mientras se encuentre vigente el contrato del servicio.

La dificultad puede sobrevenir en casos en que no se contemple la temporalidad de la licencia o no se establezca expresamente que se trata de una licencia de uso y no una cesión o transferencia, caso en el cual el cliente o usuario podría interpretar que se trata de un *software on-premise*, o invocar una presunción de transferencia por paso del tiempo.

Esta potencial controversia podría considerarse resuelta desde la perspectiva de la Ley de Propiedad Intelectual e Industrial, en cuanto el artículo 73 de esta Ley establece expresamente que la transferencia total o parcial de los derechos que confiere la Ley debe constar mediante instrumento público o privado autorizado ante notario, por lo que el consentimiento y ratificación del propietario del SaaS, o quien detente los derechos sobre el *software* es, al menos a nivel nacional, mandatorio. Sin embargo, no resuelve dificultades en escenarios en que la titularidad del SaaS no se encuentre inscrita conforme a la Ley en Chile y, en

consecuencia, la cesión por paso del tiempo pueda presumirse o alegarse judicialmente atendida la jurisdicción reconocida en el contrato.

3.3. El acceso a la justicia en el contrato de SaaS

Resulta tradicional que en el contrato de SaaS el proveedor del servicio digital imponga una jurisdicción que le resulte geográficamente cercana o jurisprudencialmente favorable. Esta práctica, no exenta de críticas, es común en el ámbito comercial internacional, siendo ampliamente tolerada por las empresas en los contratos de servicios y está amparada por el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, previamente citado.

En términos amplios, lo anterior no supone un problema en la teoría pues, aun siendo una condición desfavorable y asimétrica, estos contratos de todas formas tienen una jurisdicción a la cual recurrir en caso de controversia o incumplimiento, aún si aquella es remota. En consecuencia, lo planteado claramente no es un problema de territorialidad o sede judicial, sino de acceso. Los clientes o usuarios evidentemente no aceptan jurisdicciones extranjeras por conveniencia, sino porque la dinámica del contrato de adhesión es aceptar todo o no aceptar nada, y porque en general se apuesta por la baja probabilidad de ocurrencia de conflicto.

No existiendo una norma protectora como aquella contenida en el artículo 50 A de la LPDC²² que tenga alcances sobre contratos entre proveedores, existe un amplio espectro de clientes o usuarios que, no obstante verificarse controversias o incumplimientos, no acudirán en busca de justicia en la jurisdicción aceptada, ya sea por costos, desconocimiento, inconveniencia o el desincentivo intrínseco que estas cláusulas imponen.

Atendido el impacto y penetración del SaaS en el quehacer cotidiano empresarial, parecería razonable buscar una solución como la dispuesta por la LPDC previamente mencionada, que ha demostrado con resultados prácticos que el interés de los proveedores de servicios digitales es lo suficientemente intenso como para someterse sin mayor discusión a estos mecanismos de tutela precontractual que buscan enraizar la jurisdicción de los tribunales de justicia chilenos en las relaciones de consumo.

CONCLUSIONES

El análisis realizado a la luz del marco regulatorio vigente permite concluir que estamos ante un contrato atípico, complejo y mixto, expuesto a alcances diversos y radicados en distintos cuerpos normativos. Esta dispersión regulatoria, inconexa y quizá incoherente por pasajes, permite reconocer además la

²² Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, Art. 50 A, inc. 1º: Las denuncias presentadas en defensa del interés individual podrán interponerse, a elección del consumidor, ante el juzgado de policía local correspondiente a su domicilio o al domicilio del proveedor. Se prohíbe la prórroga de competencia por vía contractual.

preponderancia de condiciones contractuales redactadas a la medida y conveniencia del proveedor, y que son meramente toleradas por los usuarios ante la necesidad imperante de contar con soluciones digitales e informáticas en el entorno empresarial actual.

La solución, a juicio de este autor, no es luchar doctrinaria y jurisprudencialmente para abrir un espacio al *SaaS* entre las figuras contractuales típicas ya existentes, sino legislar en torno a esta y otras figuras propias de la tecnología y la digitalización, de tal forma que sea la práctica actual y la experiencia acumulada la que permita dotar de contenido al contrato y la Ley.

Son desafíos y oportunidades a la luz del análisis:

- i. Dotar al Contrato de *SaaS* de una definición normativa y regulada, conteste con los criterios técnicos y la práctica internacional.
- ii. Crear y fijar la naturaleza jurídica de estas relaciones, reconociendo en aquellas la existencia de un contrato con características y objeto que no se satisface con las figuras contractuales existentes, tipificando su contenido y alcances de tal forma de proteger la bilateralidad y conmutatividad de los contratos, permitiendo así romper la asimetría natural propia de los contratos de adhesión, pero razonando con suficiente flexibilidad para permitir la idoneidad y aplicabilidad normativa a largo plazo, atendida la celeridad de los avances tecnológicos.

- iii. Robustecer la protección al propietario del software y su creación, pero también a su algoritmo y las actualizaciones progresivas con inclusión de nuevas funcionalidades, reconociendo además en la licencia de uso de SaaS una clase especial de licencia temporal, limitada y no exclusiva, sin perjuicio de los alcances jurisdiccionales manifestados por las partes en el contrato.
- iv. Establecer reglas para la competencia y resolución de conflictos, atendidos los efectos territoriales de los potenciales incumplimientos, limitando apropiadamente los alcances del reconocimiento contractual de jurisdicciones distintas a los tribunales chilenos e implementando apropiadas medidas de tutela precontractual general y/o sectorial.

Con esto, sería posible robustecer la protección de las partes, ambas por igual, orientando los esfuerzos legislativos a atender oportunamente un sistema contractual en clara expansión, y que hoy forma parte de la vida diaria de personas, empresas y del sistema público, en un contexto social altamente permeable a los entornos digitales.

Generar reglas claras para modalidades contractuales modernas como el SaaS, es un paso más en la consolidación de nuestro país como un referente en la digitalización regional.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS, TESIS Y REVISTAS JURÍDICAS:

BARRIENTOS C. Francisca y FERNÁNDEZ O. Felipe, (2024) *Las cláusulas y conductas abusivas del proveedor en contra del empresario de menor tamaño como un acto de competencia desleal en el derecho chileno*. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n46/0123-4366-rdp-46-213.pdf> .

BENAVENTE C. Hesbert, (2008) *El contrato de know how o de provisión de conocimientos técnicos: aspectos a ser considerados para su regulación normativa*. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art12.pdf> .

GONZÁLEZ C. Joel, (2023) *Contratos atípicos o innominados. Clases y Regulación*. Disponible en: derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2023/04/aj-47-contratos-atipicos-o-innominados-clases-y-regulacion-joel-gonzalez.pdf .

MELL, P. & GRANCE T. (2011) *The NIST Definition of Cloud Computing*. Disponible en: nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf .

MILLARD, C. & KUAN HON, W. (2013) *Cloud Computing Law*. Vista previa del documento disponible en: www.researchgate.net/profile/Christopher-Millard-2/publication/269037199_Cloud_Computing_Law/links/5531016d0cf2f2a588ab843b/Cloud-Computing-Law.pdf .

SEVERIN F. Gonzalo, (2020) *Contratos de servicios de cloud storage público: Cláusulas de privacidad y seguridad del contenido almacenado a la luz del derecho chileno*. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rchdt/v9n1/0719-2584-rchdt-9-1-00121.pdf> .

NORMATIVA: LEYES, DECRETOS, REGLAMENTOS Y CIRCULARES:

Circular N° 42 de 11 de junio de 2020 del Servicio de Impuestos Internos de la República de Chile.

Código Civil de la República de Chile.

Ley 17.336, sobre Propiedad Intelectual.

Ley 19.946, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

Ley 20.169, que regula la competencia desleal.

Ley 20.415, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.

Ley 21.210, que moderniza la legislación tributaria.

NORMAS DE DERECHO COMPARADO:

Concepto N° 17.056 del 25 de agosto de 2017 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia. Disponible en: <https://globalb.co/wp->

[content/uploads/2017/09/30-Con-DIAN-17056-2017-Servicios-Cloud-Computing-excluidos-de-IVA.pdf](#) .

Directiva UE 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo. Disponible en:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32019L0770> .

Ley General de Protección de Datos Personales en posesión de Sujetos Obligados de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en:
<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPDPSO.pdf> .