

EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y SUS PARADIGMAS EN TORNO AL DERECHO DEL CONSUMO EN COLOMBIA

2

Germán Darío Flórez Acero
Carolina Rojas Orjuela

Introducción

El advenimiento de las nuevas tecnologías de información y la comunicación (TIC) y el uso masivo de Internet han generado que las prácticas de comercio amplíen su espectro y, al mismo tiempo, que los adquirentes de bienes y servicios, también llamados *consumidores*, cuenten no solo con medios análogos para adquirir productos que satisfagan sus necesidades dentro del mercado, sino que, además, tengan la facilidad de los medios digitales, que, a su vez, cada día tienen un mayor impacto en el comercio y en la sociedad.

Según cifras del portal especializado en nuevas tecnologías y comercio e-marketing.com, el comercio electrónico para 2012 creció el 21,2% en el mundo entero³¹, con lo cual superó las ventas totales de un billón de dólares³². Las ventas

31 Marketing Directo. El e-commerce crecerá un 18,3 % a nivel mundial este 2013, 5 de febrero de 2013 [acceso 16 de marzo de 2014]. <http://www.marketingdirecto.com/actualidad/digital/el-e-commerce-crecera-un-183-a-nivel-mundial-este-2013/#sthash.UDVlkfoO.dpuf>

32 En esta cifra, se tuvieron en cuenta, por parte de la consultora e-marketing, todas las ventas *online* realizadas en el mundo, tales como viajes, descargas, digitales, tiquetes de eventos y cualquier otra venta a través de cualquier dispositivo digital; por ejemplo, tabletas, portátiles, pc, teléfonos inteligentes, etc. Sin embargo, se excluyeron de la lista las transacciones hechas en los portales de apuestas.

están lideradas por Estados Unidos, con el 33,5% del comercio electrónico, seguido muy de cerca por los países que conforman la región de Asia-Pacífico, con el 30% y Europa Occidental, con el 26,9%. Esta situación se presentó, principalmente, por el expansivo crecimiento económico de China, que se reflejó, inevitablemente, en las cifras de comercio electrónico de dicho país, el cual pasó a ser el líder de su región, y desplazó a Japón y se situó como el segundo mayor país de comercio electrónico en el mundo, con 110 billones de dólares en ventas³³.

Las cifras enunciadas nos ilustran acerca de la gran importancia que la Internet y el comercio electrónico tienen dentro de la economía global, y sobre cómo los usuarios del comercio electrónico crecen cada día más y, en consecuencia, se sienten más seguros adquiriendo productos o servicios a través de dicho recurso. Por ejemplo, en un estudio realizado en España en 2013³⁴, se estableció que los consumidores del comercio electrónico prefieren acudir a los servicios de compras por Internet en vez del espacio físico; principalmente, por factores relacionados con las ofertas, la comodidad, el ahorro de tiempo, la facilidad para comprar, el ofrecimiento de mayor oferta, por ser el único medio disponible³⁵ para la adquisición de ciertos bienes o servicios, por la rapidez en el suministro y, en algunos casos, por recomendación de otros consumidores del comercio electrónico satisfechos.

Por otro lado, América Latina representa apenas el 3,5% del comercio electrónico en el mundo; sin embargo, cabe resaltar que ha tenido un crecimiento sostenido desde 2002. Este crecimiento y esta confianza en los medios digitales se ven reflejados en los índices de crecimiento de ventas *online* y en el uso, cada vez más recurrente, de las compañías de portales electrónicos para la comercialización de

33 La lista es encabezada por Estados Unidos, seguido de China, el Reino Unido, Japón y Alemania. Sin embargo, China es el país del mundo con el mayor número de personas que usan comercio electrónico. Este fenómeno, según la consultora e-marketing, se da, en parte, por una mayor penetración de las tecnologías de información en la población, el crecimiento de la capacidad adquisitiva de la clase media y los incentivos hechos por el gobierno para fomentar las compras electrónicas.

34 Alberto Ureña, et al. *Estudio sobre Comercio Electrónico B2C 2012*, [acceso 16 de marzo de 2014] (Madrid: Gobierno de España, Red.es, ONTI, 2013), [Http://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/default/files/informe_ecomm_2013.pdf](http://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/default/files/informe_ecomm_2013.pdf)

35 Pensemos, por ejemplo, en la adquisición de música *online* o la suscripción a servicios de puesta a disposición en línea de obras musicales o audiovisuales, también llamados servicios de *streaming*, como Spotify, Deezer o Netflix, los cuales solo pueden ser adquiridos *online*.

productos o servicios. Incluso, existen muchas compañías que ofrecen servicios exclusivos de ventas *online*³⁶.

Según algunas cifras de crecimiento del comercio electrónico en Colombia de la firma consultora América Economía Intelligence, en un estudio encargado por la compañía multinacional de medios de pago electrónico Visa, para 2009 Colombia consumió 435 millones de dólares en ventas *online*, cifra que para 2012 se duplicó a 998 millones. Para 2013, el porcentaje de ventas de comercio electrónico en Colombia fue liderado por el sector de ventas relacionadas con la industria del turismo (específicamente, viajes y hoteles), con el 50% de las ventas, seguido por el pago de facturas, con el 26% y las ventas de *retail* o de almacenes, con el 10%³⁷.

Las mencionadas cifras son el reflejo que en nuestro país adquirir a través de Internet bienes o servicios como libros, música, viajes, videojuegos, etc., está resultando cada vez más común y cómodo, situación que se puede deber a que para 2013, el 80% de los colombianos usaban Internet de alguna forma, y se veía el mayor aumento en los estratos 1 y 2, donde el 64% de las casas de ciudades con más de 200 000 habitantes tenían acceso a la red, y más de 7 millones de colombianos visitaron sitios de ventas por Internet, con ventas superiores a los 2500 millones de dólares³⁸.

No obstante lo anterior, y pese a que las cifras de ventas por comercio electrónico aumentan significativamente en Colombia, todavía nos separa una gran distancia del líder en la región: Brasil, que para 2009, aumento en 4,4 millones su número de usuarios de Internet impulsando un crecimiento de su comercio electrónico hasta la cifra de 13 000 millones de dólares³⁹, cifra que para 2011

.....
36 Compañías como *despegar.com* y *tuboleta.com* son ejemplos de empresas del continente que comercializan sus productos y sus servicios exclusivamente en medios electrónicos.

37 Encuesta de la compañía consultora América Economía Intelligence. Estudio sobre comercio electrónico en América Latina y estimación de pagos *online*, 2012 [acceso 16 de marzo de 2014]. <http://especiales.americaeconomia.com/2012/comercio-electronico-america-latina-2012/graficos.php>.

38 Grupo Éxito, *Revista al Detalle*, Marzo, 2014, No. 133.

39 América Economía Intelligence [por encargo de la firma Visa publicado en el 2010]. *Estudio de Comercio Electrónico, la Fuerza del E-commerce en América Latina*, 2010, [acceso 25 de febrero de 2013]. http://especiales.americaeconomia.com/2010/comercio_electronico/index.php

estuvo muy cerca de duplicarse, pues las ventas *online* reportadas ascendieron a los 25 552 millones de dólares⁴⁰.

De igual forma, mirando cifras de países con desarrollo y mercados más similares al nuestro en la región, vemos, por ejemplo, que países como México y Argentina nos superan ampliamente, con ventas que para 2011 fueron superiores a los 6000 y los 2752 millones de dólares, respectivamente; incluso Venezuela nos superaba levemente en dicho estudio⁴¹.

América Latina ha mostrado un crecimiento del comercio electrónico, que puede deberse a la mayor penetración de TIC entre la población⁴² y a la sostenibilidad de la economía en gran parte de los países del continente⁴³. Así mismo, es importante resaltar la existencia en los países de América Latina de herramientas jurídicas expresadas en normas, leyes y estatutos, las cuales le brindan una mayor seguridad al consumidor, ya que dispone de herramientas para proteger sus propios derechos⁴⁴.

Colombia, pese a no ser uno de los países que se encuentran a la cabeza del consumo en materia de comercio electrónico en América Latina, sí ha mostrado logros en la expansión de dicho medio para la celebración de contratos de consumo, los cuales se ven reflejados en el crecimiento que el país ha tenido en este sector, el cual combina las TIC y el comercio. Sin embargo, todavía hay un terreno bastante amplio en el que el país puede avanzar y, sin duda, impactará de

40 América Economía Intelligence [acceso 23 de julio de 2013]. <http://especiales.americaeconomia.com/2012/comercio-electronico-america-latina-2012/graficos.php>

41 Ibid.

42 Según datos de Internet World Stats, en 2012 había en América Latina alrededor de 225 millones de usuarios de Internet, lo que correspondía, aproximadamente, al 42% del total de la población del continente. Esta cifra representa el 10% del total de la población de usuarios de Internet en el mundo para dicho año. Aunque la cifra es baja en comparación con países desarrollados, cabe resaltar que hay un crecimiento importante en la región, y que ello se refleja directamente en las cifras de comercio electrónico. OCLACC-SignisALC. Crece acceso de Internet en América Latina, 21 de enero de 2013 [acceso 16 de marzo de 2014]. http://www.celam.org/imagenes/img_noticias/docu510842dd35ab8_29012013_445pm.pdf

43 Según cifras de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, para 2014, aunque Argentina y Brasil solo crecerán el 2,6%, otras economías líderes del continente, como Chile, Colombia Perú, Panamá y México, crecerán entre el 3,5% y el 5,5%. Smink, Veronica. "Los pequeños milagros económicos de América Latina", 10 de febrero de 2014 [acceso 16 de marzo de 2014]. http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/02/140204_crecimiento_paraguay_bolivia_vs.shtml

44 Por ejemplo, en México se cuenta con la Ley Federal de Protección del Consumidor; en Argentina, con la Ley 24240, o Ley de Defensa del Consumidor; en Chile, con la Ley 19496 de Protección de Derechos de los Consumidores; en Perú, con la Ley 29571, o Código de Protección y Defensa del Consumidor, y en Colombia, con la Ley 1480, o Estatuto del Consumidor, entre otros.

manera positiva tanto en el crecimiento económico como en la satisfacción de los consumidores dentro del mercado.

Creemos que muchos de los factores que pudieron incidir en que el crecimiento de comercio electrónico no se haya hecho al mismo ritmo de otros países de la región, como Brasil, Argentina o Chile, radican en temas como la confianza de los consumidores en estos nuevos medios tecnológicos, el temor de los usuarios a ser víctimas de fraudes informáticos⁴⁵, la conectividad⁴⁶, la falta de bancarización y de acceso a tarjetas débito y crédito y, no menos importante desde nuestro punto de vista, la falta de armonización en las leyes que, de una u otra forma, tienen que ver con el manejo de nuevas tecnologías y con el desarrollo del comercio electrónico en el país.

Seguridad en los pagos electrónicos

Precisamente en torno a los fraudes electrónicos, podemos afirmar que uno de los factores que más pueden afectar a los consumidores del comercio electrónico es la falta de educación financiera y de medios tecnológicos de pago fáciles de usar y, a la vez, seguros, pues, por ejemplo, un buen número de usuarios del comercio electrónico no utilizan claves que tengan cierto grado de complejidad en sus transacciones, o no las cambian con frecuencia.

Como otro ejemplo de lo anterior, los usuarios tampoco verifican que el explorador tenga el símbolo del candado antes de ingresar información de tipo sensible, como los datos personales⁴⁷, al estar llenando datos bancarios en transacciones electrónicas como la compra de un tiquete aéreo *online*.

45 Según cifras de Norton, filial de Synematec Corporation, en 2013, al menos el 77 % de los colombianos han sido víctimas de algún delito informático, y al menos el 50 % han sido víctimas de estos delitos en las redes sociales. Corporación Colombia Digital. Ha sido Víctima de algún delito informático. Colombia, 2103, [acceso 20 de marzo de 2014]. <http://www.colombiadigital.net/actualidad/nacional/item/4388-%C2%BFha-sido-v%C3%ADctima-de-alg%C3%BAN-delito-inform%C3%A1tico?.html>.

46 En este punto, hay que reconocer los amplios esfuerzos del gobierno para masificar el uso de las nuevas tecnologías de información en el país, y que se han visto materializados en temas como la educación tecnológica en escuelas y colegios, con el programa Conexión Total, del Ministerio de Educación Nacional, los programas Vive Digital, el Proyecto Nacional de Fibra Óptica y Compartel, desarrollados por el Ministerio de las Tecnologías de Información y Comunicaciones, así como la exención de ciertos impuestos para computadores, entre otras medidas. Para mayor información, consultar los siguientes sitios: <http://www.mineducacion.gov.co/1621/article-233008.html>, <http://www.mintic.gov.co/>.

47 Cfr. 17.

Los fraudes informáticos que se presentan con mayor frecuencia en el comercio electrónico son el *phishing* y el *pharming*.

El *phishing* consiste en una práctica realizada por el *phisher*, o estafador, de manera individual o por un grupo de individuos que se hacen pasar por una empresa que ofrece servicios de⁴⁸ o relacionados⁴⁹ con el comercio electrónico de confiabilidad, a través de correos electrónicos, mensajería instantánea y otros medios digitales, con el fin de adquirir información privilegiada de los usuarios y utilizarla de manera ilegal, ya sea suplantando al usuario o utilizando sus claves para hacer compras fraudulentas en Internet⁵⁰.

El *pharming* consiste en la manipulación, hecha mediante un código malicioso que se inserta en el computador mientras realizamos una descarga, a través del correo electrónico, al instalar un programa, etc., de tal forma que cuando el usuario trate de entrar a una página de Internet de un banco, por ejemplo, será redirigido a una página fraudulenta, diferente de las que el consumidor pretendía usar⁵¹, y en la cual se depositan todos los datos necesarios para que el delincuente informático utilice esta información en perjuicio del usuario.

Para combatir el *pharming* y el *phishing*, es altamente recomendable verificar siempre la información que es recibida a través de medios electrónicos⁵², ya sea a través de programas antivirus o de los muy conocidos *firewalls*, que bloquean amenazas contra los sistemas. Esto, por cuanto una gran cantidad de los archivos distribuidos en Internet contienen virus ocultos o amenazas contra los sistemas de información. En igual sentido, los consumidores del comercio electrónico deben tener especial cuidado con las contraseñas que utilizan: estas pueden ser reveladas ingenuamente por el usuario en sitios no oficiales⁵³, de tal manera que se debe

48 Pensemos, por ejemplo, en los servicios que puede ofrecer un portal especializado en ventas de comercio electrónico, como www.avianca.com.

49 Podemos mirar, como ejemplo, empresas que ofrecen servicios de pago electrónicos, como la compañía *pse*, que sirve como plataforma para hacer pagos como el de la seguridad social de los colombianos independientes.

50 Según datos de 2013 en el reporte de la compañía Norton, el cibercrimen le ha costado a Colombia, aproximadamente, 873 mil millones de pesos. Colombia Digital. "El cibercrimen le ha costado a Colombia más de 870 mil millones de pesos", 2013 [acceso 20 de marzo de 2014]. <http://www.colombiadigital.net/actualidad/nacional/item/5791-el-cibercrimen-le-ha-costado-a-colombia-mas-de-870-mil-millones-de-pesos.html>.

51 Osvaldo Callegari, Delitos informáticos: Pharming, .net report, Argentina [acceso 20 de marzo de 2013]. http://www.rnds.com.ar/articulos/031/RNDS_176W.pdf.

52 Cfr. 17.

53 Ibid.

prestar especial atención a la barra navegadora del explorador y verificar que corresponda a la página oficial del sitio web al que el consumidor busca acceder.

La vulnerabilidad de los usuarios se da, como ya lo anotamos, por la falta de educación en el manejo de los sistemas informáticos de una manera segura por parte de los usuarios; máxime, tomando en cuenta que, según las cifras para Colombia de la compañía de informática Norton, aproximadamente 2 de cada 3 personas que están en el mercado laboral utilizan sus dispositivos móviles para asuntos relacionados con el trabajo, el 29% de los padres que utilizan los dispositivos móviles para trabajar les permiten usarlo a sus hijos, y el 33% de los usuarios de sitios de almacenamiento *online* tienen las mismas claves para sus documentos personales y para los de su trabajo⁵⁴, razón por la cual la vulnerabilidad de los datos que se utilizan dentro del marco del comercio electrónico es bastante amplia.

En su mencionado estudio, la compañía Norton recomienda que aun en el uso de dispositivos móviles se recurra a contraseñas seguras, para que en caso de hurtos no se comprometa la información contenida en dichos aparatos. Igualmente, recomienda la utilización de programas de seguridad informática integrales, que puedan ofrecer garantías sobre los datos contenidos en los aparatos tecnológicos (e, incluso, en el trabajo) a través de Internet. En el mismo sentido, también se recomienda tener un cuidado especial en lo que respecta a los archivos compartidos en la nube⁵⁵.

Tomando en cuenta los mencionados factores, y desde un punto de vista del análisis económico del derecho, vemos cómo se hace necesario analizar aspectos heurísticos relacionados con la muestra de coherencias entre las doctrinas y las instituciones jurídicas, así como aspectos normativos⁵⁶, que nos servirán de guía para los jueces, los operadores jurídicos y, en general, para los ciudadanos, respecto a los métodos más eficientes de regular estas nuevas conductas suscitadas con el advenimiento de las nuevas TIC a través del derecho.

Es también relevante señalar que, además de estas medidas de seguridad, el consumidor debe ser consciente de los derechos y los deberes con los cuales

.....
54 Ibid.

55 Cfr. 18.

56 Richard Posner, "Análisis económico del derecho en el Common Law, en el sistema romano germánico y en las naciones en desarrollo", *Revista Derecho y Economía*, 2 (2005): 7-10.

cuenta dentro del marco del comercio electrónico, y que más adelante abordaremos al hacer el análisis de los principales elementos de la Ley 1480 de 2011, o Estatuto del Consumidor en Colombia. La promulgación de este tipo de normas trae como una de sus principales consecuencias que el consumidor adquiera mayor seguridad y, sobre todo, confianza, en las transacciones electrónicas y, por ende, genere un crecimiento en el comercio electrónico, y genere así un efecto multiplicador.

Igualmente, dicho proceso debe ir de la mano con el progreso de los portales destinados al comercio electrónico, en cuanto a características como su navegabilidad, pero, sobre todo, con un mejoramiento de las prácticas de uso por parte de los establecimientos comerciales que utilizan el comercio electrónico como un medio efectivo de distribución de bienes y servicios.

Retomando el tema de la educación financiera⁵⁷, esta debería, en nuestro concepto, ser reforzada con una fuerte campaña de educación al consumidor⁵⁸, no solo sobre sus derechos, sino también, sobre sus deberes, dentro del marco del derecho del consumo y del comercio electrónico.

Algunas formas de pago electrónico

En lo que respecta a las formas de pago que tienen los consumidores dentro del marco de las nuevas tecnologías de información, podemos distinguir las tarjetas de crédito o débito, que son las más utilizadas en Internet, y se caracterizan por su fácil uso y por las garantías que ofrecen para el vendedor, pues respaldan al consumidor a través de una entidad financiera. También tienen la posibilidad de ser amparadas por seguros, y su uso recurrente en el mercado desde hace

57 Vale la pena destacar la gran campaña que ha venido desarrollando Asobancaria desde 2011 en los medios de comunicación y los medios digitales, incluidas las redes sociales, con el programa de educación del consumidor financiero, y que puede ser consultada en los siguientes portales: Asobancaria [acceso 20 de marzo de 2014] http://www.asobancaria.com/portal/page/portal/Asobancaria/info_consumidor/programa_de_educacion_financiera y Asobancaria [acceso 20 de marzo de 2014] <http://www.finanzaspersonales.com.co/ultimas-noticias/articulo/asobancaria-sigue-apostandole-educacion-financiera-saber-mas-mas/44674>.

58 También es importante mencionar el trabajo de la Superintendencia de Industria y Comercio con las campañas destinadas a la educación del consumidor.

décadas hace que la confianza entre los consumidores tenga un arraigo más que suficiente⁵⁹.

De igual forma, existen los sistemas de pago móvil, los cuales son prestados a través de un valor almacenado en una cuenta bancaria, y hay otros que se prestan sin necesidad de una cuenta, utilizando lo que comúnmente se denomina *moneda electrónica*. En cuanto al primero de dichos servicios, este es nada más y nada menos que la forma como el teléfono celular es convertido en un banco prestando servicios de pagos, transferencias, consultas de saldos, etc. A este modelo se le llama *M-Banking*⁶⁰.

En lo que se refiere a los otros tipos de negocios que no requieren una cuenta bancaria por parte del usuario, se les llama *monederos electrónicos*, y buscan que se le otorgue un principio de equivalente funcional al dinero del mundo análogo. Así, este dinero electrónico puede ser usado de cualquier manera, sin que necesariamente su propietario sea identificado, de la misma forma como lo hacemos con los billetes comunes y corrientes; además, debe ser autentificable, y su validez debe ser verificada de una manera sencilla, y puede ser transferido a otros monederos, tanto como el dinero en papel⁶¹. Estos sistemas pueden ser utilizados a través de tarjetas prepagadas, como las que utiliza la tienda digital de música *i-tunes* para la compra de sus canciones en línea, y que, en principio, son anónimas para los consumidores.

Estos sistemas, sin duda alguna, hacen que el comercio electrónico se presente como una opción muy cómoda para adquirir productos y servicios, pues ofrece mayores facilidades para los usuarios a la hora de hacer sus transacciones electrónicas otorgándole varias opciones de pago, según las necesidades del consumidor. Es relevante anotar cómo, a medida que la tecnología evoluciona, aparecen nuevos medios para hacer este tipo de transacciones, cada vez más fáciles de usar y con una mayor seguridad.

59 Equipo Pymex. "¿Qué formas de pago electrónico existen?" 2009 [acceso 20 de marzo de 2014] <http://pymex.pe/emprendedores/comercio-electronico/ique-formas-de-pago-electronico-existen#>.

60 Chile, Ministerio de la Economía, Fomento y Turismo. "Inclusión financiera y medios de pago electrónicos". 2013 [acceso 20 de marzo de 2014]. <http://www.impulsocompetitivo.gob.cl/wp-content/uploads/2013/04/Informe-Inclusi%C3%B3n-Financiera-y-Medios-de-Pago-Electr%C3%B3nicos.pdf>.

61 Josep Pellerols Vallés, "Sistemas de Pago Electrónicos", 2002 [acceso 20 de marzo de 2014]. <http://upcommons.upc.edu/revistes/bitstream/2099/9763/1/Article008.pdf>.

Leyes relacionadas con el comercio electrónico en Colombia

Primeros intentos legislativos de regular aspectos de las nuevas tecnologías

Uno de los primeros intentos por regular temas electrónicos en la legislación colombiana se encuentra en el Decreto 2150 de 1995, por medio del cual se buscaba simplificar trámites de las entidades estatales⁶². Dicha ley establece en su artículo 26 el uso de sistemas electrónicos de archivo y transmisión de datos para los usuarios para las actuaciones que deban llevar a cabo los usuarios frente a la administración.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1112 de 1999, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, debido a vicios de forma, mediante la Sentencia C-923 de 1999⁶³, y que ya hablaba del uso del documento electrónico en las actuaciones administrativas.

La Ley 527 de 1999: un hito para las nuevas tecnologías y el derecho en Colombia

Las normas que pretendían regular aspectos de nuevas tecnologías y el derecho fueron ratificadas en nuestro país mediante la Ley 527 de 1999, sobre comercio electrónico en Colombia, y la cual, sin duda alguna, es la piedra angular sobre la que han girado todas las leyes alusivas de alguna manera a la aplicación de nuevas tecnologías en el derecho.

La Ley 527 de 1999⁶⁴, sobre comercio electrónico, es una ley inspirada en Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y la Ley Modelo de Firma Electrónica, aprobadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

62 Mauricio Carvajal, "La Ley del Comercio electrónico en Colombia", *Revista Electrónica Alfa-Redi*, 18 (2000), [acceso 31 de marzo de 2014]. <http://alfa-redi.org/node/9828>.

63 Ibid.

64 Esta Ley fue reglamentada posteriormente por el Decreto 1747 de 2000.

•El comercio electrónico y sus paradigmas en torno al derecho del consumo en Colombia•

(CNUDMI)⁶⁵, y promulgadas entre 1996⁶⁶ y 2001, respectivamente⁶⁷, de manera que nuestra ley dispuso de todo un conjunto de reglas internacionalmente aceptadas⁶⁸, y ello les otorga una certeza y una seguridad jurídica a los actos y los contratos celebrados a través de medios electrónicos⁶⁹.

Así fue como Colombia, al percatarse de que su normatividad no era suficiente para enfrentar los retos que conllevaba la implementación de las nuevas tecnologías de información y el uso común de medios electrónicos para hacer transacciones y negocios dentro del marco del comercio, decidió enviar a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) una comisión entre 1996 y 1998, la cual asistió como observadora, y conoció de primera mano todos los trabajos realizados por la Comisión de la CNUDMI en lo relativo a aspectos de comercio electrónico⁷⁰.

Como consecuencia de esta etapa de observación, el Estado colombiano promovió la creación de una comisión redactora de la ley, representada por organismos públicos⁷¹ y privados, y que se dedicó a estudiar la Ley Modelo de Comercio Electrónico que había sido promulgada por la CNUDMI, y después de casi un año de trabajo concluyó que la ley modelo de la CNUDMI era un instrumento idóneo para adecuar en Colombia los retos que las nuevas tecnologías planteaban al sistema jurídico, lo cual, a su vez, se tradujo en la presentación del Proyecto

.....
65 Esta comisión es el principal órgano jurídico del sistema de Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil; es la encargada de adelantar las labores de armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional. Así, esta comisión formula normas modernas, equitativas y armonizadas para regular las operaciones comerciales, como los instrumentos jurídicos, las normas y las leyes modelo que son aceptables a escala mundial. Esta comisión lleva trabajando en legislación mercantil en el mundo entero por más de 40 años. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [acceso 29 de marzo de 2014]. http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html.

66 La Asamblea General de la ONU aprobó esta ley modelo a través de la Resolución 51/162 de 1996.

67 Hernán Zubieta Uribe, "Los mensajes de datos y las entidades de certificación" en *Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2002), 51.

68 A manera de ejemplo, se pueden ver el Real Decreto 14 de España de 1999 y la Ley 27269 de Perú de 2000, la Ley de firma digital de Singapur y la Directiva Europea de Firma digital.

69 Nelson Remolina Angarita, "Desmaterialización, documento electrónico y centrales de registro" en *Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2002), 10.

70 María Gutiérrez Gómez, "Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico" en *Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2002), 185.

71 Entre ellos, podían encontrarse funcionarios de los ministerios de Justicia, de Transporte, de Desarrollo Económico y de Comercio Exterior, además de sectores de la academia.

de Ley No. 227, presentado a la Cámara de Representantes y culminado el 18 de agosto de 1999, y que posteriormente se convertiría en la Ley 527 de 1999, mediante la cual se reglamentó el “uso de mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, se establecen las entidades de certificación, y se dictan otras disposiciones”⁷².

Como hemos venido sosteniendo, la Ley 527 de 1999 resultó una herramienta de considerable importancia para el comercio electrónico en Colombia, ya que se convirtió en el eje esencial para el uso de los mensajes de datos como un canal mediante el cual se manifiestan la voluntad y el soporte de documentos electrónicos⁷³.

De la citada Ley 527 de 1999 se desprende el reconocimiento del equivalente funcional por medio del que se le otorga el mismo valor probatorio a las operaciones realizadas en medios digitales que en los medios físicos, reconocimiento de vital importancia en materia probatoria; especialmente, en lo que concierne a la evidencia digital⁷⁴. Este reconocimiento, sin duda, genera una confianza entre los usuarios del comercio electrónico, por cuanto estos pueden tener la certeza de que los registros de sus transacciones electrónicas tienen el mismo valor probatorio que los registros físicos, y que en caso de controversia van a ser aceptados y valorados de acuerdo con las normas probatorias aplicables por el juez correspondiente.

En ese sentido, la Ley 527 de 1999 consideró que la función más importante de los documentos electrónicos es permitir el acceso de la información almacenada en el mensaje de datos con posterioridad a su creación⁷⁵; así, el mensaje de datos que contenga la declaración de voluntad de una transacción digital dentro del marco del comercio electrónico, y que deba ser suministrado por escrito, quedará satisfecho con la entrega digital⁷⁶.

.....
72 Cfr. 38.

73 Nelson Remolina Angarita, “Conceptos Fundamentales de la Ley 527 de 1999” en *El Peritaje informático y la evidencia digital en Colombia. Concepto, retos y propuestas* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2011), 5.

74 Ibid.

75 Rueda Plazas, Andrea, Jeimy Cano, “Valoración de la evidencia digital” en *El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia. Concepto, retos y propuestas* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2011), 5.

76 En este sentido, podemos observar la redacción del artículo 6 de la Ley 527 de 1999: “Escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará

Esta eficacia probatoria de los documentos electrónicos es recalcada en la citada ley, cuando el legislador contempló:

[...] Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba... y que en toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original⁷⁷.

De igual manera, la Ley 527 de 1999 establece que para que un mensaje de datos tenga plena validez probatoria, debe existir una garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información; además, debe haber permanecido completo e inalterado (es decir, debe ser posible corroborar que el mensaje no ha sido reformado, transformado, cambiado, variado, rectificado o modificado por cualquier medio después de haber sido producido); el mensaje de datos debe ser confiable en la forma como se haya generado, archivado o comunicado, y debe ser conservado en un formato que permita demostrar con exactitud la información enviada o recibida a través del mensaje de datos⁷⁸.

Consecuentemente con lo enunciado, no caben dudas sobre la pertinencia y el reconocimiento jurídico otorgado a los mensajes de datos cuando se los quiera utilizar como medios de prueba, ni sobre la declaración expresa de que estos se entienden como documentos originales a la hora de ser aportados a cualquier tipo de procedimiento, tanto jurisdiccional como administrativo.

La Ley 527 de 1999 también contempla una consideración importante para el desarrollo futuro del comercio electrónico, pues define el mensaje de datos como “la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”⁷⁹; así pues, el legislador, al utilizar la expresión “como

tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito”.

77 Congreso de la República de Colombia. *Ley 527 del 18 de agosto de 1999*, “Por la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* 43.673, 21 de agosto de 1999), artículo 10.

78 *Ibid.*, artículos 8, 9, 11 y 12.

79 *Ibid.*, artículo 2 a).

pueden ser, entre otros”, hace predominar el criterio de neutralidad tecnológica, de tal manera que las formas de hacer transacciones dentro del marco del comercio electrónico pueden ser reemplazadas en el futuro por el uso de diferentes tecnologías, que pueden ser más avanzadas y, sin embargo, seguirán estando cobijadas dentro de la definición de mensaje de datos expuesta en la Ley 527 de 1999.

Posición de la jurisprudencia constitucional en torno a la Ley 527 de 1999

Es pertinente resaltar que la Corte Constitucional avaló la congruencia de la Ley 527 de 1999 con nuestra Constitución Nacional; especialmente, la de los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44 y 45, al señalar que debe otorgárseles plena validez a los mensajes de datos, siempre y cuando de ellos se desprendan los elementos necesarios para identificar al emisor del mensaje de datos, verificar que el documento generado y enviado por el emisor es el mismo que recibió el receptor del mensaje de datos, garantizar que el generador del mensaje de datos no pueda desconocer el envío de dicho mensaje, y en ciertos casos de confidencialidad, avalar la privacidad de la información⁸⁰.

De igual forma, cabe resaltar que la misma Corte Constitucional señaló en un pronunciamiento posterior que operadores jurídicos, tales como los juzgados, los tribunales, las cortes y las corporaciones judiciales podrán hacer uso de las nuevas tecnologías de información para el cumplimiento cabal de sus funciones y, específicamente, el uso de mensajes de datos, para la emisión de documentos entre los cuales se encuentran las notificaciones y las órdenes judiciales⁸¹.

Según la misma Corte Constitucional, estos mensajes de datos son válidos siempre y cuando se cumpla con lo estipulado en la Ley de Comercio Electrónico; es decir, que se cumpla con los requisitos de autenticidad, integridad, inalterabilidad, rastreabilidad, no repudio, confidencialidad en los casos en los cuales esta se requiera, y las demás normas de carácter procesal y que la citada ley establezcan⁸².

80 Corte Constitucional Colombia, *Sentencia C-662 de 2000*, M. P. Fabio Morón Díaz.

81 Corte Constitucional Colombia, *Sentencia C-831 de 2001*, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

82 Ibid.

•El comercio electrónico y sus paradigmas en torno al derecho del consumo en Colombia•

Leyes y decretos posteriores a la Ley 527 de 1999, y su función armonizadora

Con posterioridad a la Ley 527 de 1999, vino otra serie de normas y políticas públicas, impulsadas por el Gobierno Nacional para el uso y la aceptación de las tecnologías en lo que tiene que ver con la validez y la eficacia legal de documentos electrónicos, y que fueron complementando la Ley 527 de 1999.

A manera de ejemplo, podemos citar la Ley de la Sociedad de la Información y de las TIC, la cual señala:

El Estado garantizará la libre adopción de tecnologías, teniendo en cuenta recomendaciones, conceptos y normativas de los organismos internacionales competentes e idóneos en la materia, que permitan fomentar la eficiente prestación de servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y garantizar la libre y leal competencia, y que su adopción sea armónica con el desarrollo ambiental sostenible⁸³.

Consecuentemente con dicha normatividad, el Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos buscó flexibilizar la manera de hacer transacciones electrónicas, de tal forma que fuese relativamente sencillo para el usuario hacer uso de ellas dentro del marco de las tecnologías de información. Dicho tratado expresó que:

No se podrá adoptar o mantener legislación sobre autenticación electrónica que impida a las partes en una transacción electrónica determinar en forma mutua los métodos apropiados de autenticación o que les impida establecer, ante instancias judiciales o administrativas, que la transacción electrónica cumple con cualquier requerimiento legal con respecto a la autenticación⁸⁴.

En el mismo sentido, las políticas públicas del Gobierno de Colombia recomendaban el uso de firmas electrónicas como esquema alternativo de las firmas digitales⁸⁵, con lo cual se da vía libre a que las transacciones electrónicas puedan

83 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1341 del 30 de julio de 2009*, "Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones" (Bogotá: *Diario Oficial* 47.426, 30 de julio de 2009), artículo 6.

84 Ministerio de Comercio de Colombia, *Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos*. Washington, 2006, artículo 15.6.

85 Colombia, CONPES. *Documento 3620 de 2009*, lineamientos de política para el desarrollo e impulso del comercio electrónico en Colombia (Bogotá, 2009).

ser utilizadas por diversos medios, como el esquema de firma electrónica, que demandan un grado técnico tal como el de la firma digital.

La Ley 527 de 1999 señala que la firma digital es “un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación”⁸⁶, razón por la cual requiere ciertas características técnicas y ciertos procedimientos delimitados por la ley y ofrecidos por las entidades certificadoras.

Por su parte, en lo que se refiere a la firma electrónica, la misma Ley 527 de 1999 establece que dicha firma está comprendida dentro de métodos tales como:

[...] códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permite identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando el mismo sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente⁸⁷.

Así, la firma electrónica es un procedimiento mucho más sencillo a la hora de autenticar transacciones electrónicas, que el uso de claves para identificar a una persona, y la vemos reflejada cada vez que hacemos una transacción electrónica con una tarjeta débito o crédito.

De la misma forma, otras normas procedimentales han otorgado validez a los documentos y a las notificaciones hechas por medios electrónicos. A manera de ejemplo, el Código General del Proceso prescribe que: “La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos”⁸⁸. Acá, el legislador reafirma la presunción de autenticidad de los mensajes de datos y les otorga plena validez probatoria a los mensajes de datos.

86 Congreso de Colombia, *Ley 527 de 1999*, “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* 43.673, 21 de agosto de 1999). Op. cit., artículo 2.

87 Cabe anotar que el artículo 7 de Ley 527 de 1999 fue reglamentado por el Decreto 2364 de 2012.

88 Código General del Proceso, artículo 244.

En la misma dirección, en lo que se refiere directamente a las notificaciones electrónicas, el Código General del Proceso establece que:

Cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la comunicación podrá remitirse por el Secretario o el interesado por medio de correo electrónico. Se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo. En este caso, se dejará constancia de ello en el expediente y adjuntará una impresión del mensaje de datos.

A manera de conclusión, se puede señalar que la Ley 527 de 1999, a pesar de que, en su esencia, no es una ley que regule especificidades propias del comercio electrónico (pues solo hasta el Estatuto del Consumidor, o Ley 1480 de 2011, fue cuando la normatividad colombiana estableció un cuerpo normativo específico y directamente aplicable a las transacciones hechas por los consumidores a la hora de adquirir productos o servicios por medios digitales), sí les sirvió de piedra angular a todos los desarrollos legislativos que se promulgaron posteriormente, y que, sin duda alguna, sirvieron de base de inspiración al estatuto del consumidor, aunque en algunos casos no fueron del todo congruentes.

El Estatuto del Consumidor y el comercio electrónico en Colombia

Después de haber analizado las principales características y el marco legal que tuvo el comercio electrónico en Colombia antes del Estatuto del Consumidor, y tras haber observado algunas tendencias de carácter global (y, sobre todo, de nuestros vecinos de la región latinoamericana), las siguientes líneas analizarán cuál es el estado actual de nuestra normatividad en un tema tan esencial para el crecimiento de la economía como el comercio electrónico, desde su regulación en el Estatuto del Consumidor y, específicamente, cómo esas nuevas tecnologías de información pueden ser utilizadas de manera efectiva por jueces, abogados y el público en general.

Algunas distinciones sobre el concepto de consumidor

Algunos estatutos del consumidor, como los pertenecientes a la Unión Europea, no siempre guardan una uniformidad conceptual a la hora de definir con claridad los conceptos de *consumidor* y de *comerciante*. Por ejemplo, en Colombia se define al consumidor en términos de toda persona natural o jurídica que, como

destinatario final, adquiera o disfrute un producto para la satisfacción de una necesidad personal familiar o doméstica, o, incluso, empresarial, cuando no esté ligado intrínsecamente a su actividad comercial⁸⁹. En ese mismo sentido, la Directiva Europea de Comercio Electrónico define al consumidor como cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, su negocio o su profesión⁹⁰.

En este punto, valdría la pena denotar los avances en la legislación colombiana, en el sentido de incluir a las personas jurídicas dentro de los potenciales consumidores, los cuales podrían, eventualmente, disfrutar de los beneficios que trae el estatuto.

Esta noción en Colombia tiene sus antecedentes en la sentencia 5000131030011999-04421-01 de la Corte Suprema de Justicia del 3 de mayo de 2005, en la cual una empresa de transporte aéreo, en su calidad de demandante, pretendía que la demandada, una empresa estatal de Kiev, resarciera los perjuicios causados por la fabricación de una aeronave accidentada en la vía entre Rionegro y Bogotá, acudiendo a una norma del Estatuto del Consumidor, vigente para la fecha, sobre la garantía mínima a cargo del productor. La Corte estableció que una persona jurídica podía ser considerada un consumidor siempre y cuando cumpliera con dos requisitos; a saber⁹¹: “a) la posición de destinatario o consumidor final del bien o servicio; y b) la adquisición o utilización de bienes o servicios con una finalidad ubicada por fuera del ámbito profesional o empresarial”. En este caso, denegó las pretensiones de la parte convocante en el litigio, por cuanto la mencionada empresa no era el destinatario final del bien, pues los destinatarios finales eran los pasajeros del avión y, por otro lado, la adquisición del bien tuvo como fin satisfacer una de las necesidades que correspondían al objeto social de la empresa demandante: prestar el servicio de transporte aéreo⁹².

89 Congreso de la República de Colombia. *Ley 1480 de 12 de octubre de 2011*, “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* 48.220, 12 de octubre de 2011), artículo 5, numeral 3.

90 Directiva Europea de Comercio Electrónico. Directiva 2000/31/CE Artículo 2 (e).

91 Juan Carlos Villalba, “La noción del consumidor en el derecho comparado y el derecho colombiano”, *Revista Universitat*, 119 (2009): 305-340.

92 Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Sentencia del 3 de mayo de 2005*, expediente 1999-904421-1, M. P. César Julio Valencia Copete.

No obstante lo anterior, a la hora de definir a los proveedores o los expendedores en el Estatuto del Consumidor, no siempre es claro cuándo hablamos de nuevas tecnologías de información, o comercio electrónico, pues los bienes o los servicios prestados en la web 2.0 pueden dar lugar a que se presenten situaciones ambiguas, en las cuales puede no ser tan fácil adecuar cada uno de los papeles que los intervinientes en la compra de un producto puedan tener. Imaginemos a un usuario que lleva a cabo ventas de productos a través de portales de subastas *online*, como eBay o mercadolibre.com.

Este usuario podría ser alguien que, simplemente, quiere vender algunos productos que ya no necesita, o los ofrece porque quiere comprar otros más recientes. En este caso, no nos cabe la menor duda de que se presenta una relación entre consumidores sujeta a las normas convencionales de los contratos civiles o mercantiles, y la cual excluye, de cualquier forma, la aplicación del Estatuto del Consumidor. Pero supongamos que a dicho usuario le pareció productiva esta actividad, y entonces dedica su tiempo a vender productos como su principal fuente de negocios⁹³. En tal caso, bajo el Estatuto del Consumidor en Colombia, el papel de este usuario cambiaría sustancialmente, por cuanto se hallaría encuadrado dentro de la definición que el Estatuto del Consumidor en Colombia fija para un proveedor de productos o servicios. Recordemos que este es definido como quien, de manera habitual, directa o indirectamente, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro⁹⁴.

Así las cosas, al mencionado usuario del portal de subastas se le aplicarían, en principio, las normas que especifica el Estatuto del Consumidor, y sería un responsable solidario, junto con el productor, en temas como la garantía legal, la calidad, la idoneidad y la seguridad de los productos; más aún, como estamos hablando de comercio electrónico, el comprador podría ejercer su derecho de retracto.

No obstante lo planteado, cabría preguntarse qué entiende exactamente el estatuto por la manera habitual de comercializar productos. ¿Es, acaso, alguien que lo hace por tres meses? ¿Por un año? ¿Por dos años, etc.? Pensamos que el estatuto colombiano debió haber sido más claro y más específico en esa definición,

.....
93 Christine Riefa, Julia Horne, "The changing face of electronic consumer contracts", *Lex Electronica*, 14 (2009): 94-96.

94 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 5, numeral 10.

pues, como ya anotamos, el comercio electrónico y las nuevas tecnologías de información traen consigo nuevas formas de distribución de bienes o servicios.

Lo descrito evidencia que existe una línea muy delgada entre un consumidor de Internet que busca ofertar algunos productos en Internet para su venta y quienes utilizan la red como una fuente de ingresos comprando y revendiendo diferentes tipos de artículos⁹⁵, con las consecuencias que conlleva aplicar a un determinado caso el Estatuto del Consumidor o las normas clásicas de los contratos civiles y mercantiles. En tal sentido, la Ley 1480 de 2011 debió haber dicho directamente que se limitaba la aplicación del estatuto a quienes no se dedicaban al comercio⁹⁶.

Esa distinción en el comercio electrónico entre comerciantes (ya sean proveedores o distribuidores) y entre consumidores es crucial, dados los alcances de la ley para cada uno de los casos en los que el consumidor goza de una especial protección, por el desequilibrio en la relación comercial con el proveedor, el distribuidor o el productor. Sin embargo, no hay que perder de vista estos nuevos escenarios virtuales en los cuales el consumidor puede asumir un papel híbrido y convertirse en un productor o un distribuidor de bienes o de servicios⁹⁷.

Posición de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el concepto de consumidor

Actualmente, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha adoptado, en la práctica procesal de la delegatura jurisdiccional, un concepto más informal de consumidor, y según el cual no es condicional que se pruebe la *relación de consumo* entre este y el vendedor⁹⁸. Hay casos en los cuales basta con que reclame ante la autoridad para que se presuma que usa y se beneficia del bien, si bien no es suficiente que el expendedor alegue que quien adquirió el producto es otra persona.

95 Ibid., artículo 5.

96 Una solución práctica la trae el portal de subastas *online* Ebay en Francia, donde el usuario de la página, cuando hace su inscripción, se identifica como consumidor o como comerciante, y así hace que sea la autonomía de la voluntad (en este caso, la del usuario) la que identifique a qué papel pertenece el usuario y, por ende, teniendo un criterio importante de identificación. Sin embargo, es un procedimiento voluntario al que no obligan las leyes.

97 Cfr. 66.

98 Expediente de la Superintendencia de Industria y Comercio 13-113252. Demandante Hermes Parra, quien no prueba la legitimidad de la causa por activa, no obstante esta condición no resulta ser causal de nulidad, la superintendencia afirma que prueba su uso con el reclamo ante la SIC también el 13-285054.

Se observa, por otra parte, que las personas que figuran como demandantes en algunos procesos no necesariamente prueban ante la SIC la relación de consumo, pues resultan no ser los verdaderos adquirientes o compradores del producto del cual alegan su insatisfacción; aunado ello, tampoco prueban el mandato del comprador para que los represente, ni tan siquiera el pronunciamiento de la naturaleza de cómo lo obtienen para legitimar su uso y su goce; esto es, esclarecer por qué el comprador resulta ser una persona distinta de quien reclama.

El numeral 2 del artículo 58 de la Ley 1480 indica: “Será también competente el juez del lugar donde se haya comercializado o adquirido el producto, o realizado la relación de consumo”.

Lo anterior confirma que, en uso de la acción de protección del consumidor, el demandante deberá probar la relación de consumo con el demandado, en virtud del servicio o el bien adquirido del cual funda su inconformidad, no obstante la ley ha sido clara en que no es su deber aportar la factura de venta, pues en caso de que la pérdida, ello no es causal para negar el deber del proveedor o el expendedor de dar trámite a la garantía, por cuanto la carga probatoria recaería en cabeza del empresario o del vendedor, a quien se le facilitaría, sin duda, la búsqueda de la información.

Así mismo, el artículo 2 de la Ley 1480 cita en su objeto lo siguiente:

Objeto. [...] Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial [...].

Por lo expuesto, se entendería que es requisito de procedibilidad para admitir la acción de protección la existencia de una relación de consumo; tan es así, que el propio Estatuto del Consumidor ha definido que no ostentaría la calidad de consumidor quien no sea el destinatario final que adquiera y utilice un determinado producto:

[consumidor es] Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

De lo citado, es claro que debieron probarse: i) la adquisición y ii) el uso o el disfrute del producto, pues se entienden dichas características como condiciones *copulativas*, y no *disyuntivas*, para considerar consumidor o no al demandante, pues mal haría el despacho en dar trámite a una demanda sin tener la certeza de que el producto, quizás, nunca fue el ofrecido por la demandada, o, por otra parte, que el tenedor legítimo del producto nunca quiso impetrar una acción por insatisfacción.

Generalidades del comercio electrónico en la práctica colombiana

La razón del creciente y acelerado aumento de la celebración de ventas a distancia se deriva de que este modo particular de negociación satisface cada vez más las exigencias del nuevo consumidor, no obstante la legislación colombiana las define como “aquellas realizadas sin que el consumidor tenga contacto directo con el producto que adquiere, que se dan por medios tales como correo, teléfono, catálogo o vía comercio electrónico”⁹⁹, sin que el estatuto señale cuáles son las ventajas que ofrece tal tipo de ventas a distancia frente a las ventas tradicionales.

La breve definición del nuevo estatuto motiva a examinar si, efectivamente, la realidad de las ventas a distancia se limita a que el consumidor no tiene contacto directo con el producto y, por ello, “no tiene claridad sobre la características y condiciones del bien o servicio que va a adquirir”¹⁰⁰. Se podría traer a colación el caso de un consumidor que adquiriera la actualización de un *software* en línea que, además, tenga un periodo de prueba gratuita, un videojuego que permita el uso de un demo, una canción en I-tunes en la que el posible comprador pueda reproducir parte de la canción o cualquier otro producto o servicio intangible, y ninguno de los cuales, claramente, figura en la definición de los productos susceptibles de comercializarse en las ventas a distancia que trae el Estatuto del Consumidor, pues, a pesar de que la adquisición del producto se haga a través de un medio digital, el consumidor en estos casos tiene un contacto directo con el producto antes de decidirse a efectuar la transacción. Se percibe, entonces, que la definición

.....
99 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 5, numeral 16.

100 Definición de ventas a distancia según Alejandro Giraldo López, *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor Ley 1480 de 2011* (Bogotá: Legis, 2012).

del legislador cobija solo los bienes que tradicionalmente se comercializan en el mundo físico.

En la actualidad, podrían considerarse los medios electrónicos y los métodos no tradicionales entre las herramientas más importantes y eficientes con las que cuentan los empresarios para dar a conocer sus productos y sus servicios a la hora de competir en el mercado, ya sea a través de las ofertas que comuniquen al público por mensajes de datos o por mecanismos que eviten el desplazamiento del posible comprador al establecimiento de comercio; sin embargo, cuando se habla de métodos no tradicionales se define la forma de negociación como “[...] el escenario dispuesto especialmente para aminorar la capacidad de discernimiento del consumidor [...]”¹⁰¹. Parecería que tanto las autoridades como el legislador presumen de antemano las desventajas del comercio moderno, al considerar al consumidor de este tipo de ventas como un ser ajeno a la globalización y, por ello, ingenuo o descuidado.

De igual forma, las ventas *online* le ofrecen al consumidor moderno la facilidad de adquirir productos sin necesidad de que se desplace, a tal punto que para 2013, el 79,8% de la población mundial asegura usar Internet¹⁰², y, por ello, debe estar más preparada e informada para tomar decisiones asertivas que permitan aprovechar las facilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información.

Ni la legislación ni la jurisprudencia son ajenas¹⁰³ a llamar la atención sobre los inconvenientes que pueden presentarse para los consumidores cuando no disponen de la posibilidad real de ver, palpar y contrastar el producto o de conocer el servicio antes de la celebración del contrato; sin embargo, hay circunstancias en

101 Define la Ley 1480, artículo 5 numeral 6 la ventas con utilización de métodos no tradicionales, de la siguiente manera: “Ventas con utilización de métodos no tradicionales: Son aquellas que se celebran sin que el consumidor las haya buscado, tales como las que se hacen en el lugar de residencia del consumidor o por fuera del establecimiento de comercio. Se entenderá por tales, entre otras, las ofertas realizadas y aceptadas personalmente en el lugar de residencia del consumidor, en las que el consumidor es abordado por quien le ofrece los productos de forma intempestiva por fuera del establecimiento de comercio o es llevado a escenarios dispuestos especialmente para aminorar su capacidad de discernimiento”.

102 International Telecommunication Union (ITU). *The World in 2013: ICT Facts and Figures*. Estados Unidos, 2013, [acceso 23 de abril de 2013]. <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2013.pdf>.

103 Véase, entre otras, la sentencia del 30 de abril de 2009 del magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena, la cual ha recalcado la supuesta asimetría entre consumidores y proveedores que obligaría a generar una regulación que proteja la parte débil (consumidor) y llevaría el derecho del consumidor a superar los límites del derecho privado e individual.

las que el proceso de compra *online* es una experiencia que le reporta al consumidor más ventajas y beneficios que desplazarse a un establecimiento de comercio, circunstancias que no se ven reflejadas en el Estatuto del Consumidor.

Antes de citar las diferencias o las ventajas de las compras realizadas entre un punto de venta *online* y un establecimiento físico, se hace necesario citar la definición que de cada uno trae la legislación colombiana:

Según lo dispuesto en la Ley 527 de 1999¹⁰⁴, la definición de comercio electrónico

[...] abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar [...];

y por mensaje de datos se entiende

La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax¹⁰⁵.

La Honorable Corte Constitucional se refirió al contenido del mensaje de dato en los siguientes términos¹⁰⁶:

La noción de “mensaje” comprende la información obtenida por medios análogos en el ámbito de las técnicas de comunicación modernas, bajo la configuración de los progresos técnicos que tengan contenido jurídico. Cuando en la definición de mensaje de datos, se menciona los “medios similares”, se busca establecer el hecho de que la norma no está exclusivamente destinada a conducir las prácticas modernas de comunicación, sino que pretenden ser útil para involucrar todos los adelantos tecnológicos que se generen en un futuro [...].

Obviamente, está bien que los mensajes de datos reciban el mismo tratamiento que los documentos consignados¹⁰⁷ en papel, al darse la misma eficacia jurídica y probatoria, por cuanto comporta, para el caso de la compraventa electrónica,

.....
104 Congreso de la República de Colombia, *Ley 527 de 1999*, artículo 2 literal b).

105 *Ibid.*, literal a).

106 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-662 del 8 de junio de 2000*.

107 Principio de equivalente funcional. *Ley 527 de 1999* y *Sentencia C-831 de 2001* y *C-662 de 2000*.

los mismos criterios de oferta y de aceptación que trata el Código Civil¹⁰⁸ y de Comercio Colombiano¹⁰⁹.

No obstante lo anterior, y en virtud de las normas citadas líneas atrás, además de tener certeza de que las representaciones en forma electrónica de hechos jurídicamente relevantes son susceptibles de ser reconocidas y dotadas de plenos efectos jurídicos, parecería que la legislación en materia de comercio electrónico intentó en sus comienzos adecuar superficialmente los principios y las características del documento probatorio tradicional a los del documento electrónico, y omitió, por ello, analizar las especialidades o las circunstancias diferenciadas con claridad que presenta el cumplimiento ordinario del contrato electrónico¹¹⁰ frente al contrato otorgado por medios análogos (*off-line*), ya sea presencial o a distancia.

Ventajas de la contratación a distancia en materia de consumo

La especialidad de la contratación a distancia en Internet consiste en que las partes están ausentes, pero, a la vez, contratan en tiempo real; por lo tanto, podemos precisar que la contratación electrónica es contratación entre ausentes en sentido físico, pero no es propiamente una contratación a distancia en sentido jurídico¹¹¹, por cuanto existe simultaneidad en las declaraciones de voluntad, ya que estas se producen en tiempo real. Dicho esto, veamos cuáles son las notas características que diferencian ambas figuras:

- El comercio electrónico le facilita al consumidor comparar de manera mucho más fácil uno de los aspectos más relevantes en su decisión de

.....
108 Código Civil Colombiano, artículo 1857. Perfeccionamiento del contrato de venta: "La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio [...]".

109 Código de Comercio Colombiano Artículo 911. Sobre la cosa vendida: "En la compraventa de un cuerpo cierto o de un género que tenga 'a la vista', no se entenderá que el comprador se reserva la facultad de gustar o probar la cosa, a menos que sea de aquellas que acostumbra adquirir en tal forma, o que el comprador se reserve dichas facultades. En estos casos el contrato solo se perfeccionará cuando el comprador dé su consentimiento, una vez gustada la cosa o verificada prueba" [cursiva fuera del texto].

110 A manera de ejemplo, podemos citar la reglamentación del artículo 7° de la Ley 527 de 1999, sobre firma digital y firma electrónica, ya que la definición de estos conceptos vino a ser clarificada a través del Decreto 2364 de 2012; es decir, 13 años después de expedida la ley.

111 Rodolfo Fernández Fernández, *El contrato electrónico formación y cumplimiento* (Barcelona: Editorial Boch, 2013).

compra: “el precio”¹¹²; ello es posible gracias al uso de buscadores de “puntos de ventas y productos” y otros recurso de información *online* que, sin lugar a dudas, ayudan a reducir el tiempo, el esfuerzo y los costos que genera el desplazamiento del consumidor hasta el establecimiento físico.

- La notable diferencia entre los contratos a distancia y la contratación en el establecimiento mercantil es que en la primera el consumidor tiene tiempo suficiente para reflexionar antes de efectuar su pedido, por lo cual el medio garantiza que pueda informarse sin prisas de las características y la información que del producto le ofrezca el expendedor¹¹³.
- Los consumidores que usan la Internet como medio de adquisición saben regularmente que pueden hacer búsquedas mucho más amplias que si las hacen *off-line*; saben, además, que en segundos pueden hallar varias alternativas entre marcas, clases y expendedores que no hallarían en una visita a un establecimiento comercial; el vendedor *online* reduce los costos del desplazamiento y, a la vez, ofrece mejores precios, lo cual se traduce en *beneficios para el consumidor*. Cuando un empresario reduce los costos del mantenimiento de un establecimiento físico y del personal que lo atiende, puede ofrecer al público en general precios más cómodos e incentivos y promociones más atractivos¹¹⁴.
- El consumidor *online* tiene la gran ventaja de comparar los competidores de ventas electrónicas con los propios establecimientos físicos, y así tiene la oportunidad de tomar una decisión más acertada y reflexiva; como lo señala el tratadista español Fernández Novoa¹¹⁵, en el ordenamiento español se consideraba consumidor medio a una persona que no se destaca por sus particulares conocimientos, ni tampoco, por ser especialmente ignorante: se trata de una persona dotada de un raciocinio y de facultades

112 Claudia Montoya Naranjo, “Reflexiones sobre las ventas a distancia y el comercio electrónico” en Carmen Ligia Valderrama Rojas, *Perspectivas de derecho del consumo* (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2013), 437.

113 Carlos Lasarte, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios* (Barcelona: Dikynson, 2015).

114 Es común observar en los portales de ventas *online* colombianas el ofrecimiento constante de productos y servicios con descuentos, promociones o incentivos que no son tan comunes ni periódicas en las ventas tradicionales.

115 Carlos Fernández Novoa, “Figura del consumidor medio” en *Manual de la propiedad industrial* Editorial Marcial Pons. *Manuales profesionales* (Madrid: Mercantil, 2009).

perceptivas normales; en cambio, si se aplica la literalidad de la definición “colombiana”, se concluye que el consumidor es un ser “escaso de discernimiento” o poco preparado y menos reflexivo frente a las tecnologías de la información, por lo cual es posible que, frente al amparo de la ley, el riesgo de confusión o de incurrir en error sea mayor, o, por lo menos, justificable¹¹⁶.

La contratación a distancia es comúnmente una operación que se desarrolla en tres fases o etapas fundamentales:

1. El consumidor recibe una oferta de un producto o de un servicio, a través de la descripción escrita y visual, y con indicación del precio y del resto de las condiciones de la *oferta contractual*.
2. Sobre esta base, el consumidor efectúa su pedido.
3. Más tarde, recibirá el producto o el servicio en la dirección que ha suministrado al empresario o el comerciante.

Los contratos a distancia son divididos según los medios en los que se emita la información, y los cuales el Estatuto del Consumidor cita, pero no define¹¹⁷, razón por lo cual se considera importante traer a colación la definición de algunos de los tipos de contratos citados por el tratadista Carlos Lazarte, en su artículo sobre los contratos a distancia, los cuales clasifica en:

- **Catálogo:** Es el medio esencial utilizado por las empresas más importantes del sector del comercio de bienes y servicios; sus dimensiones y su número de páginas, así como el número de referencias que presenta, varían mucho según la empresa.
- **Ofertas hechas por e-mail:** A través de la publicidad sobre uno o varios artículos; puede incluir una orden, un pedido o un sobre de respuesta, y pueden hacerse dos tipos de publicidad: 1) la primera consiste en una masiva dirigida al público en general, por lo cual puede exigirse y vincular al anunciante, sin importar que quien acepte la oferta no sea el receptor de la circular; y 2) un segundo tipo sería la *segmentación del cliente*, como cuando el empresario ofrece incentivos a clientes afiliados a sus servicios, o cuando dichos clientes están clasificados por su monto en

.....
116 Cfr. 5.

117 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 5, numeral 16.

compras, razón por la cual la oferta solo se sostiene al receptor de esta. Por ejemplo, el portal de Internet de *retail* carulla.com ofrece diferentes incentivos a sus clientes fidelizados, dependiendo de los puntos que tengan acumulados¹¹⁸.

- **Anuncios en prensa:** Estos le proponen al lector de un periódico o una revista la compra inmediata de un producto o un servicio, con el fin de que haga su pedido de venta por correspondencia¹¹⁹. De la misma forma, pueden utilizarse instrumentos informáticos o telemáticos, como la televisión y la radio *online*.

Entre los anteriores existen, a su vez, elementos comunes de información, que hacen referencia al mensaje publicitario, a la técnica comercial de venta y a la inexistencia de contacto o de relación personal entre las partes contratantes.

En el derecho del consumo, el contrato puede ser considerado desde una perspectiva *funcional* o *dinámica*, que se refiere al proceso de nacimiento, vigencia y extinción de los negocios contractuales que el contrato electrónico como en cualquier otro puede distinguirse jurídicamente en tres fases¹²⁰: la fase precontractual, contractual y poscontractual, cada una con consecuencias jurídicas diversas, por lo que se tratarán separadamente:

Obligaciones precontractuales en el comercio electrónico

La fase precontractual define la formación de la voluntad de contratar. Dicha fase está comprendida en la *oferta* y la *información* que suministre el empresario al posible comprador.

La oferta

La oferta es una declaración de voluntad en la que se formula un proyecto del contenido de un contrato, el cual lleva implícito lo que sería el *acuerdo de voluntades*:

118 Consultar en Carulla.com [acceso 3 de abril de 2014]. http://www.carulla.com/?gclid=Cle_lIjCor0CFU4aOgo-dlhEA2w y Éxito.com [acceso 3 de abril de 2014]. http://www.exito.com/puntosexitos/terminos_y_condiciones.html

119 Llama la atención que el Estatuto del Consumidor no categoriza ni define este medio de comunicación de la oferta a distancia, teniendo en cuenta que puede ser la estrategia más usada en las prácticas comerciales.

120 José Pardo Gato, "El estatuto del consumidor" [acceso 3 de abril de 2014]. <http://www.acaderc.org.ar/academias-iberoamericanas/congreso-de-academias-iberoamericanas/congreso-de-academias-a-coruna-2010/ConclusionesVIIcongresoacadiberoam.pdf>.

tanto el efecto querido por las partes como el objeto y la causa del contrato. Para que exista una oferta, deben incluirse en la oferta los elementos que, según el artículo 845 del Código de Comercio Colombiano, constituyen el objeto del consentimiento contractual para la oferta entre particulares:

[...] el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, el cual deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entiende que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.

Más adelante añade:

[...] que la propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria.

Si bien es claro que en los temas relativos al consumo es la Ley 1480 de 2011 la que lo regula, y que, por ende, el Código de Comercio no se aplicaría en principio (por cuanto este regula las relaciones entre comerciantes, mientras que el estatuto lo hace entre consumidores y comerciantes), también es cierto que en caso de existir vacíos jurídicos, el mismo estatuto dispone que se aplique, por analogía, la norma comercial.

La Ley 527 de 1999 indica, por su parte, que para la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, *la oferta y su aceptación* podrán ser expresadas mediante un mensaje de datos, por lo cual no se le negará la validez o fuerza obligatoria a un contrato tan solo por haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos; sin embargo, no define las condiciones en la que debe presentarse la oferta.

Ahora bien, no deben confundirse los términos de oferta anteriormente citados con el término genérico *oferta* entendido como incentivo o promoción; veamos cómo lo define el Estatuto del Consumidor:

Promociones y ofertas: Ofrecimiento temporal de productos en condiciones especiales favorables o de manera gratuita como incentivo para el consumidor. Se tendrá también por promoción, el ofrecimiento de productos con un contenido adicional a la presentación habitual, en forma gratuita o a precio reducido, así como el que se

haga por el sistema de incentivos al consumidor, tales como rifas, sorteos, concursos y otros similares, en dinero, en especie o con acumulación de puntos¹²¹.

En conclusión, si un punto de venta *online* publica por Internet la disponibilidad de venta de un televisor 3D a \$1 000 000 (precio regular), se considera que es una oferta en los términos del Código de Comercio; no obstante se publica por Internet la disponibilidad de venta de un televisor 3D a \$800 000 (precio en promoción), se considera que es una oferta en los términos del Código de Comercio y en los del Estatuto del Consumidor.

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se refirió al tema en sentencia del 4 de abril de 2001, expediente 5716, de la siguiente manera:

No puede confundirse la “oferta”, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra (artículo 845 del Código de Comercio) (que en cuanto reúne los requisitos allí previstos, además de ser irrevocable, da lugar al nacimiento del contrato, una vez ha sido aceptada por el destinatario), con cualquier invitación a emprender negociaciones que una persona exponga a otra u otras, manifestación, esta última que abarca múltiples posibilidades *tales como los avisos publicitarios y propagandísticos por medio de los cuales el comerciante anuncia sus productos, y a los que el artículo 847 del mismo código les niega obligatoriedad*, hasta las proposiciones que una persona hace a otras para que le formulen verdaderas ofertas, conductas todas ellas que apenas insinúan, como su nombre lo sugiere, el deseo serio y leal de querer contratar y solamente darán lugar a la responsabilidad propia de quien quebrante los deberes de corrección y buena fe que gobiernan la actividad preparatoria de los contratos. [Cursiva fuera del texto]

En la actualidad, no se compartiría la apreciación de la citada sentencia, pues la nueva legislación afirma la fuerza vinculante de las condiciones que se informen en la publicidad emitida por los anunciantes¹²².

Se concluye, entonces, que tanto para la oferta en derecho comercial como para la oferta emitida en medios publicitarios o en el mismo establecimiento comercial, existe la figura jurídica denominada *propuesta*; ambas i) informan un plan o el propósito de realización de un negocio jurídico ofrecido por una de la partes a la otra; ii) por lo mismo, dicha figura reviste la característica de ser

121 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 5, numeral 10.

122 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 29.

irrevocable; es decir, una vez la oferta haya sido comunicada por el proponente, este no podrá retractarse. Sin embargo, hay una diferencia sustancial entre ambos tipos de oferta, pues la oferta comercial acepta la contraoferta o la proposición de cambios del futuro aceptante, y así se formula una nueva oferta, si bien para el caso de la oferta en el derecho del consumo no existe una forma de facultar al consumidor para que genere cambios de la propuesta enviada, pues, por principios de economía e igualdad, deben mantenerse los contratos de adhesión en los cuales el consumidor, simplemente, acepta o no la celebración del contrato.

En los términos del comercio electrónico, la oferta coincide también con el ámbito de la *obligación precontractual*, que no es otra cosa que la declaración unilateral de la voluntad del oferente y, por tanto, tendría validez o fuerza probatoria por la sola razón de comunicarla a través de un mensaje de datos, o de publicarla en un portal de Internet; no obstante, podemos extraer del término *oferta*, que trae el estatuto del consumidor, que esta deberá ser precisa y clara, pues debe reunir todos los elementos para que la contratación se lleve a efecto. Por ello, debe ser completa; basta con la declaración de voluntad del aceptante para que el contrato se perfeccione, y para ello son válidas acciones como dar clic en el botón de “Aceptar” o “Comprar”, métodos generalmente usados por los portales de ventas *online*. Veamos qué cita al respecto el Estatuto del Consumidor en su artículo 33:

Promociones y ofertas. Los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley. Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente.

Validez y vigencia de la oferta

El artículo 33 del Estatuto del Consumidor nos lleva a entender que la oferta tiene a mantenerse en el tiempo, lo cual indica que tiene un plazo de vida, no puede

ser perpetua. El problema radica en determinar durante cuánto tiempo podrá darse la aceptación, lo cual es tanto como dar por sentado que la oferta es finita en su plazo; por ello, el legislador colombiano previó que tanto para el ofrecimiento de un producto con precio regular como para el que se oferte en descuento, el proveedor debía informar, previamente a la adquisición, “la disponibilidad del producto” y el término de duración de las condiciones comerciales¹²³.

En razón de la aceptación del mensaje de datos como instrumento equivalente a documento escrito, se aplica el *principio de temporalidad de la oferta*, lo cual quiere decir que esta no puede ser indeterminada en el tiempo¹²⁴.

En caso de que se omita informar el plazo de la oferta o de la promoción, la legislación prevé que esta deberá sostenerse hasta cuando el oferente no retire la oferta o no divulgue su revocabilidad por los mismos medios en los que comunicó la oferta inicial¹²⁵.

En el mercado colombiano, puntos de ventas virtuales, como éxito.com¹²⁶, no solo condicionan los términos de la oferta hasta llegada su fecha de terminación, pues también la condicionan hasta agotar las existencias del producto que ofrezcan, por lo cual informan la cantidad disponible (durante la vigencia o mecánica promocional), y debido a ello, la oferta se sostiene según lo que ocurra primero.

Así mismo, puede suceder que, por error, el oferente publique vigencias erróneas, por lo cual los puntos de ventas virtuales estarían obligados a emitir, en los mismos medios en los que publicitaron, la corrección o la revocatoria de la vigencia, no obstante nunca se tendría la certeza de que los receptores de la información inicial reciban la corrección de esta; eso, para los casos en los que se informen las ofertas en televisión, prensa o en el mismo portal de Internet, por lo cual la condición de comunicar la corrección por el mismo medio no sería suficiente para no defraudar la expectativa legítima del consumidor receptor de la información inicial.

.....
123 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 46.

124 Adriana Arango Rueda, “Aproximación a la formación de contratos en Internet”. En: *Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones* (Bogotá: Uniandes, Legis, 2002), 271.

125 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 33.

126 Véase el portal éxito.com [acceso 19 de marzo de 2014]. <http://www.exitocom.com/products/0001439271244178/Tv+Plasma+127cms+hd>

La información

Una segunda obligación precontractual presente en el estatuto del consumidor corresponde al deber de notificar, en cabeza del proveedor o del expendedor. Para que los consumidores obtengan acceso a la información de las ofertas reflejadas en el portal, se diseña una serie de datos mínimos, que identifiquen el producto de manera primaria, y otros, de manera secundaria; ahora bien, los *principales* son los que motivan al consumidor a adquirir o no el producto o el servicio, tales como el tamaño, el precio, el color, la marca, etc. Los *secundarios* son los relativos a la entrega y la realización de las distintas prestaciones relacionadas con el cumplimiento y las garantías del posible contrato, tales como: forma de envío, plazo, forma de pago, etc.

Así las cosas, el consumidor no va a ceder frente a las condiciones de la información primaria, en cambio puede ser flexible frente a las condiciones que le imponga el empresario respecto a la forma de entrega, el lugar, las condiciones de pago, entre otras.

Los contratos suscritos o informados en condiciones generales o de adhesión, en virtud de que obedecen a razones primordialmente de racionalización económica (sobre todo, porque la elaboración de un modelo de contrato único, o tipo) ahorra costes de organización a quien se dedica a la venta, por lo que la ruptura del esquema tradicional justifica el sometimiento a los llamados *contratos en masa*, o *de adhesión*, siempre y cuando estos se ciñan a la *norma especial del consumo*, la cual tiende a tutelar, de manera especial, la parte más débil de la relación contractual, y que aparece reforzada, básicamente, a través de los ya indicados *deberes de información* que se le imponen al prestador del servicio, o proveedor, en la fase precontractual.

El Estatuto del Consumidor señala en su artículo 1º, como principio general, el deber de todo proveedor de “otorgar el acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas”; de ahí que el artículo 3 numeral 1.3 del mismo estatuto señale el derecho del consumidor a “recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea *respecto de los productos que se ofrezcan*, o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los

mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos” (Cursivas fuera del texto). Tal concepto *no detalla qué información debe recibir el consumidor, sino cómo la debe recibir*; esto, es, de manera previa, clara e inequívoca, tanto del producto como de los pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato dejado a disposición, así como incluyendo los distintos mecanismos con los que cuenta el consumidor para ejercer sus derechos.

Luego, no como clasificación de uno de los derechos del consumidor, pero sí a manera de definición, el artículo 5 numeral 7 del Estatuto del Consumidor indica:

Información es todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, *el origen, el modo de fabricación, los componentes*, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación¹²⁷, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización. (Cursivas fuera del texto)

Más adelante, en el artículo 24, detalla:

La información mínima comprenderá: 1. Sin perjuicio de las reglamentaciones especiales, como mínimo el productor debe suministrar la siguiente información: 1.1. Las instrucciones para el correcto uso o consumo, conservación e instalación del producto o utilización del servicio; 1.2. Cantidad, peso o volumen, en el evento de ser aplicable; Las unidades utilizadas deberán corresponder a las establecidas en el Sistema Internacional de Unidades o a las unidades acostumbradas de medida de conformidad con lo dispuesto en esta ley; 1.3. *La fecha de vencimiento* cuando ello fuere pertinente. Tratándose de productos perecederos, se indicará claramente y sin alteración de ninguna índole, la fecha de su expiración en sus etiquetas, *envases o empaques*, en forma acorde con su tamaño y presentación. 1.4. Las especificaciones del bien o servicio. Cuando la autoridad competente exija especificaciones técnicas particulares, estas deberán contenerse en la información¹²⁸, 2. La información que

127 Las especificaciones técnicas se refieren a la información que debe suministrarse al consumidor en virtud de los reglamentos (normas técnicas) que apliquen a cierta clase de productos; un ejemplo: i) para el expendio de prendas de vestir, la Resolución 1264 de 2007, y la NTC es la 1806 de 2005 indican que debe suministrarse en las etiquetas, aparte del origen y de la hechura de la prenda, los componentes o los materiales de esta y sus accesorios. Existe otra regulación respecto a la información que debe suministrarse para el expendio de ii) lavadoras iii) televisores, regulación TDT, iv) lactosueros y v) tabaco.

128 Ibid.

•El comercio electrónico y sus paradigmas en torno al derecho del consumo en Colombia•

debe suministrar el proveedor será: 2.1. La relativa a las garantías que asisten al consumidor o usuario y el 2.2. El precio [...].(Cursiva fuera del texto)

En este mismo sentido, la Ley 1480 de 2011 establece para el expendedor de productos y servicios que utilice métodos de venta a distancia, el deber de informar, previamente a la adquisición, la disponibilidad del producto, el derecho de retracto, los términos para ejercerlo, el término de duración de las condiciones comerciales y el tiempo de entrega¹²⁹.

Información exclusiva que debe suministrarse en el comercio electrónico

Cita el Estatuto del Consumidor la información que debe suministrarse exclusivamente al consumidor del comercio electrónico, sin que fueren de obligatorio cumplimiento las alusivas al derecho de información general y de ventas a distancia. Estos deberes exclusivos son:

1. Informar, en todo momento y de forma cierta, fidedigna, suficiente, clara, accesible y actualizada, su propia identidad especificando su nombre o su razón social, su número de identificación tributaria (NIT), su dirección de notificación judicial, su teléfono, su correo electrónico y los demás datos de contacto. Aunque no se especifique en este literal que las ventas a distancia deben celebrarse entre un vendedor que ha de ser profesional, para efectos de la redacción de la norma, se entiende que dicha actividad debe ser desarrollada por un comerciante inscrito ante la respectiva cámara de comercio; esto es, que se dedique de manera habitual al ejercicio¹³⁰ consistente en ofertar la venta de cualquier artículo o servicio; o sea, el propósito del legislador, en tal sentido, es: i) evitar que los consumidores sean engañados por personas que no ejerzan de manera profesional el comercio, y que en caso de existir alguna reclamación, ii) el consumidor pueda identificarlo como una persona jurídica o sociedad comercial. A diferencia de la definición que trae el Código de Comercio Colombiano sobre “comerciante”¹³¹, quien en tales términos es la persona que profe-

129 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 46.

130 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 11.

131 Presidencia de la República de Colombia. *Decreto 410 de 1971*, “Por el cual se expide el Código de Comercio” (Bogotá, *Diario Oficial*, 1971, No. 33.339, 16 de junio de 1971), artículo 10: “Son comerciantes las personas que

sionalmente se ocupa en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles, para los casos del comercio electrónico, deberá constituir una sociedad comercial. Ello no tiene otra justificación distinta de que en los puntos de venta virtuales electrónicos los pagos sean anticipados, por lo que deben ofrecerse garantías adicionales no exigidas al comercio *off-line*.

2. Suministrar en todo momento información cierta, fidedigna, suficiente, clara y actualizada respecto a los productos que se ofrezcan. En especial, deberán indicarse sus características y sus propiedades, tales como el tamaño, el peso, la medida, el material del que están fabricados, su naturaleza, su origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad, la cantidad, o cualquier otro factor pertinente, con independencia de si se acompañan o no de imágenes, de tal forma que el consumidor pueda hacerse una representación lo más aproximada a la realidad del producto. La Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC, mediante la Sentencia No. 921 del 10 de septiembre de 2013, declaró judicialmente responsable a la aerolínea Viva Colombia Fast Colombia S. A. S. de infringir los derechos del consumidor, en virtud de que cinco consumidores demandantes habían adquirido tiquetes aéreos para el trayecto que cubre la ruta Santa Marta-Medellín (un trayecto). El itinerario de vuelo tenía como hora de partida las 2:55 p. m., y los demandantes se presentaron en el punto de atención a las 2:00 p. m. para tramitar el respectivo *check in*. Sin embargo, una vez fueron atendidos por el personal de servicio, se les informó que el vuelo ya había sido cerrado y, por tanto, no podían abordarlo. Los demandantes acreditaron que al momento de adquirir los tiquetes aéreos en la página web de la aerolínea, se les informó que debían presentarse entre 45 minutos y 2 horas antes de la salida del vuelo, para hacer el *check in*, frente a lo cual, la Superintendencia, en su condición de juez, consideró probado que, efectivamente, los consumidores se presentaron dentro del rango de tiempo exigido por la empresa (55 minutos antes). En consecuencia,

profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona".

ordenó a título de efectividad de la garantía que se les devolviera a los cinco consumidores la suma de \$766914, y se le impuso a la aerolínea una multa de \$14737500¹³². El sentido de esta norma, con una perspectiva jurídica, radica en que se trata de poner a los consumidores en un real conocimiento sobre las características, los fines y las funciones verdaderas de un bien o un servicio, de tal forma que su voluntad no sea constreñida y el consumidor pueda apreciar la verdadera dimensión y la aplicación de lo que se le ofrece, independientemente de si lo adquiere o no¹³³. También se deberán indicar el *plazo de validez de la oferta*¹³⁴ y la disponibilidad del producto. En los contratos de tracto sucesivo, se deberá informar, además, su duración mínima. Cuando la publicidad del bien incluya imágenes o gráficos de este, se deberá indicar a qué escala fue elaborada dicha representación.

3. Informar, en el medio de comercio electrónico utilizado, los medios de los cuales se dispone para hacer los pagos, el tiempo de entrega del bien o la prestación del servicio, el derecho de retracto que le asiste al consumidor y el procedimiento para ejercerlo, así como cualquier otra información relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido a error. Igualmente, deberá informar el precio total del producto, incluyendo todos los impuestos, los costos y los gastos que deba pagar el consumidor para adquirirlo. En caso de ser procedente, se deben informar, adecuadamente y por separado, los gastos de envío. Mediante la Resolución No. 524 de 2014, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó, en primera instancia, a Servicios Online S.A.S. *despegar.com* suspendiéndole su inscripción en el Registro Nacional de Turismo por el término de diez días; adicionalmente, impuso a Servicios Online S.A.S. *despegar.com* una multa de \$12320000, por

132 Tomado de la página: <http://www.revistapym.com.co/destacados/superindustria-declaro-responsable-viva-colombia-violacion-derechos-consumidores> [acceso 4 de abril de 2014].

133 Miguel Piedecabras, Jorge Mosset Iturraspe, "Apariencia, seguridad e información" en *Responsabilidad precontractual* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006), 77.

134 Entiéndase en este caso "oferta" para los productos que temporalmente ofrece una condición favorable a la regular.

haber hallado, entre otros, que algunos de los servicios turísticos ofertados en la página web de la entidad no incluían la totalidad de los impuestos del país o del exterior, como tampoco las tasas, los cargos, los sobrecargos o las tarifas que afectan el precio final¹³⁵.

4. Publicar, en el mismo medio y en todo momento, las condiciones generales de sus contratos, y que estas que sean fácilmente accesibles y disponibles para su consulta, su impresión y su descarga, antes y después de hecha la transacción, así no se haya expresado la intención de contratar. Previamente a la finalización o el término de cualquier transacción de comercio electrónico, el proveedor o el expendedor deberá presentar al consumidor un resumen del pedido de todos los bienes que pretende adquirir con su descripción completa, el precio individual de cada uno de ellos, el precio total de los bienes o servicios y, en caso de ser aplicable, los costos y los gastos adicionales que se deban pagar por envío o por cualquier otro concepto, y la sumatoria total que se deba cancelar. Este resumen tiene como fin que el consumidor pueda verificar que la operación refleje su intención de adquirir los productos o los servicios ofrecidos y las demás condiciones, y si así es su deseo, hacer las correcciones que considere necesarias o cancelar la transacción. Este resumen deberá hallarse disponible para su impresión o su descarga. La aceptación de la transacción por parte del consumidor deberá ser expresa, inequívoca y verificable por la autoridad competente. El consumidor debe tener el derecho a cancelar la transacción hasta antes de concluirla. Concluida la transacción, el proveedor o el expendedor deberá remitir, a más tardar el día calendario siguiente de efectuado el pedido, un acuse de recibo de este, con información precisa sobre el tiempo de entrega, el precio exacto, incluyendo los impuestos, los gastos de envío y la forma como se hizo el pago. Queda prohibida cualquier disposición contractual en la que se presuma la voluntad del consumidor o que su silencio se considere como consentimiento, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo.
5. Mantener en mecanismos de soporte duradero la prueba de la relación comercial; sobre todo, de la identidad plena del consumidor, de su voluntad

135 [Http://www.sic.gov.co/drupal/node/7030](http://www.sic.gov.co/drupal/node/7030) [acceso 4 de abril de 2014].

expresa de contratar, de la forma como se hizo el pago y de la entrega real y efectiva de los bienes o los servicios adquiridos, de tal forma que se garanticen la integridad y la autenticidad de la información, y que esta sea verificable por la autoridad competente, por el mismo tiempo que se deben guardar los documentos de comercio.

6. Adoptar los mecanismos de seguridad apropiados y confiables que garanticen la protección de la información personal del consumidor y de la transacción misma. El proveedor será responsable por las fallas en la seguridad de las transacciones realizadas en los medios por él dispuestos, sean propios o ajenos. Cuando el proveedor o el expendedor dé a conocer su membresía o su afiliación en algún esquema relevante de autorregulación, asociación empresarial, organización para resolución de disputas u otro organismo de certificación, deberá proporcionar a los consumidores un método sencillo para verificar dicha información, así como detalles apropiados para contactar con dichos organismos y, en su caso, tener acceso a los códigos y las prácticas relevantes aplicados por el organismo de certificación. Tal disposición no obliga al comerciante a resolver sus controversias ante la jurisdicción ordinaria, pues a su discrecionalidad podrá imponer al consumidor los escenarios de resolución de conflictos que este prefiera, tales como la jurisdicción arbitral¹³⁶.
7. Disponer en el mismo medio en el cual lleva a cabo el comercio electrónico, de mecanismos para que el consumidor pueda radicar sus peticiones, sus quejas o sus reclamos, de tal forma que le quede constancia de la fecha y la hora de la radicación, incluyendo un mecanismo para su posterior seguimiento. Dicha información resulta de vital relevancia para el consumidor, pues las reclamaciones directas son un requisito de procedibilidad para que el consumidor pueda acudir a la jurisdicción en caso que el empresario niegue el cumplimiento del deber de garantía legal¹³⁷.
8. Salvo pacto en contrario, el proveedor deberá haber entregado el pedido, a más tardar, en el plazo de 30 días calendario, a partir del día siguiente al

.....
136 Congreso de la República de Colombia. *Ley 1563 de 2012*, "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones" (Bogotá: *Diario Oficial* 48.489, 12 de julio de 2012), artículo 118.

137 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 58.

día en el cual el consumidor le haya comunicado su pedido. En caso de no hallarse disponible el producto objeto del pedido, el consumidor deberá ser informado de inmediato sobre esta falta de disponibilidad. En caso de que la entrega del pedido supere los 30 días calendario, o de que no se halle disponible el producto adquirido, el consumidor podrá resolver o terminar unilateralmente el contrato, según el caso, y obtener la devolución de todas las sumas pagadas, sin que haya lugar a retención o descuento alguno. La devolución deberá hacerse efectiva en un plazo máximo de 30 días calendario.

Es claro que, en principio, prima la voluntad de las partes para pactar el plazo de entrega del producto; no obstante, si hay silencio en el término, la ley lo suple otorgando un plazo máximo de 30 días calendario, para que el producto llegue a su destino. Así las cosas, no debería otorgársele al consumidor la posibilidad de resolver el contrato en los casos en los cuales la entrega supere los 30 días calendario, por cuanto pueden existir acuerdos de entrega que superen dicho término, razón por la cual la redacción de esta norma podría ser perjudicial para el proveedor que hizo un acuerdo de buena fe, amparado en el principio de *pacta sunt servanda*, que parece desprenderse de la redacción inicial de este acápite.

El proveedor deberá establecer en el medio de comercio electrónico utilizado un enlace visible, fácilmente identificable, que le permita al consumidor ingresar a la página de la autoridad de protección al consumidor de Colombia.

En virtud de todo lo anterior, los deberes informativos se configuran como carga para el vendedor; sin embargo, no deberían coexistir las distintas formas de contratación bajo el mismo régimen que obligue a los proveedores a suministrar información. Ello, en virtud de que algunas exigencias no interesan al consumidor *online*, y otras que no se exigen podrían acabar defraudando la confianza o la expectativa de dicho consumidor frente al producto que espera recibir, como se evidencia en el deber del productor o distribuidor de informar la fecha de vencimiento de un producto o las especificaciones técnicas en el embalaje o en el mismo producto, tales como el etiquetado de componentes para prendas de vestir, se detecta que los portales de ventas por internet visitados no ofrecen información referente a la i) fecha de vencimiento de percederos o información de todos los componentes de una prenda de vestir ¹³⁸, por lo cual se inferiría que

138 Véanse los siguientes portales: falabella.com.co; éxito.com.co y tiendasjumbo.co en los cuales no se informa sobre los productos información referente a la i) fecha de vencimiento o ii) información de etiquetado para prendas

dicha información es obviada, o, por lo menos, no es necesaria para que el consumidor tome una decisión asertiva; simplemente, se presume que les interesaría tal información —como es el caso del modo de uso o advertencias de uso— una vez llegado el pedido.

El consentimiento electrónico, la oferta y la aceptación

Para la formación del contrato se requiere que una de las partes tome la iniciativa y proponga al interesado el objeto, las condiciones y la modalidad del contrato que se quiere celebrar, y de esta manera nace el vínculo contractual, queda perfeccionado el contrato y las partes se obligan a cumplir determinados deberes. Estas etapas se denominan *oferta y aceptación*.

La formación del consentimiento en materia del comercio electrónico queda regulada por las disposiciones del Código Civil Colombiano, y de lo poco que sugiere la Ley 527 de 1999, si bien esta solo cita que no se negarán los efectos jurídicos, ni la validez ni la fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración tan solo por haberse hecho en forma de mensaje de datos.

La aceptación electrónica se define¹³⁹ para algunos tratadistas como la declaración unilateral de voluntad que una persona hace a través de medios de comunicación o medios informáticos manifestando su conformidad con una propuesta recibida por ella. Existen ciertas circunstancias o requisitos para que se forme el consentimiento, y ellos son los siguientes: i) la aceptación debe darse mientras la oferta esté vigente; ii) la aceptación debe ser oportuna, y iii) la aceptación debe ser pura y simple.

Obligaciones contractuales

La fase contractual “estricta” de la operación electrónica viene constituida por el contrato propiamente dicho, el cual incluye la *fase de nacimiento y cumplimiento*; en dicha etapa, al igual que en el contrato tradicional, hay, desde el inicio, el interés, por parte del comprador, de adquirir bienes y servicios y, conforme a la aplicación de las normas generales en materia de contratos, luego de aceptar las

de vestir. Entiéndase también, en la obligación de informar el modo o advertencias de uso.

139 Erick Cárdenas Rincón, *Contratación electrónica y la nueva forma del negocio jurídico* (Bogotá: Centro editorial Universidad del Rosario, 2006).

condiciones contractuales nace una serie de obligaciones en cabeza del consumidor y del proveedor o el expendedor.

Obligaciones del consumidor; el pago

Cita el Código de Comercio en su artículo 905 que la

[...] compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra *a pagarla en dinero*. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio; [Cursiva fuera del texto]

el artículo 1500 del mismo código cita:

[...] el comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato y, si no se hubiesen fijado, en el tiempo y lugar en que se produzca la entrega de la cosa.

Las mencionadas disposiciones están dedicadas a las acciones preparatorias del pago del precio que se especifican en el contrato tradicional; para el caso de los contratos electrónicos, ni la aceptación ni las obligaciones de las partes quedan perfeccionadas, sino que se anticipan a la entrega la cancelación del artículo o el servicio; es así que para que se perfeccione el contrato (y parecería una “obligación precontractual del consumidor”), el consumidor debe elegir el medio de pago y efectuarlo de inmediato; dichos medios consisten en cancelar el valor con cualquier instrumento de pago electrónico o por medio de una consignación en depósito bancario.

Obligaciones del proveedor

La entrega

Cita el artículo 923 del Código de Comercio Colombiano que la entrega de la cosa se entenderá verificada

[...] Por la expedición que haga el vendedor de las mercaderías al domicilio del comprador o a cualquier otro lugar convenido, [...]; más adelante indica: [...] El vendedor deberá hacer la entrega de la cosa dentro del plazo estipulado. A falta de estipulación deberá entregarla dentro de las veinticuatro horas siguientes al perfec-

•El comercio electrónico y sus paradigmas en torno al derecho del consumo en Colombia•

cionamiento del contrato, salvo que de la naturaleza del mismo o de la forma como deba hacerse la entrega se desprenda que para verificarla se requiere un plazo mayor.

La práctica en materia de contratos a distancia permite apreciar, a menudo, que los plazos de entrega representan un problema; frecuentemente, dichos plazos no son precisados, y el consumidor espera durante largo tiempo la recepción. Por ello, según el Estatuto del Consumidor, salvo si las partes acuerdan otra cosa, el proveedor deberá ejecutar su pedido, a más tardar, en el plazo de 30 días calendario, a partir del día en el cual el consumidor le haya comunicado su pedido¹⁴⁰. Ahora bien, sería conveniente que el legislador indicara la obligatoriedad del proveedor en suministrar al consumidor el plazo de entrega, el cual, en términos razonables, no deberá superar los 30 días calendario dentro del territorio nacional.

Por otra parte, cita el artículo 46 del Estatuto del Consumidor que

El productor o proveedor que realice ventas a distancia deberá cerciorarse de que la entrega del bien o servicio se realice efectivamente en la dirección indicada por el consumidor y que este ha sido plena e inequívocamente identificado.

Esta carga resulta importante; sin embargo, para algunos doctrinantes, sería desproporcionada¹⁴¹. Si bien la constancia de entrega le permite al proveedor probar a partir de cuándo corre el término de garantía, para el productor resultaría prácticamente imposible identificar de manera inequívoca al consumidor.

Es evidente que la costumbre aplicable a los contratos *off-line* dice que debe entregarse el bien o el servicio a quien paga por él; sin embargo, para el caso del comercio electrónico, no siempre quien cancela el producto es quien lo va a consumir, o, por lo menos, quien lo va a recibir. Tal es el caso de los regalos ofrecidos en puntos de ventas virtuales, por lo que si se revisa la norma, la identificación “inequívoca” conlleva que la entrega es personal, y debido a ello, según la norma, la empresa de transporte no podría dejar la mercancía que es ordenada a distancia,

.....
140 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 50, literal h): “Salvo pacto en contrario, el proveedor deberá haber entregado el pedido a más tardar en el plazo de treinta (30) días calendario a partir del día siguiente a aquel en que el consumidor le haya comunicado su pedido. En caso de no encontrarse disponible el producto objeto del pedido, el consumidor deberá ser informado de esta falta de disponibilidad de forma inmediata. En caso de que la entrega del pedido supere los treinta (30) días calendario o que no haya disponible el producto adquirido, el consumidor podrá resolver o terminar, según el caso, el contrato unilateralmente y obtener la devolución de todas las sumas pagadas sin que haya lugar a retención o descuento alguno. La devolución deberá hacerse efectiva en un plazo máximo de treinta (30) días calendario”.

141 Montoya Naranjo, Op. cit., 437.

y por ello, a su vez, la legislación actual no debería condicionar la entrega exclusivamente al consumidor, sino establecer la posibilidad a quien este delegue.

Calidad, idoneidad y seguridad

El Estatuto del Consumidor establece que todo productor o proveedor debe garantizar la idoneidad, la calidad y la seguridad de los bienes y los servicios que ofrezca¹⁴². De igual forma, y a partir de lo anterior, el artículo 7° de la misma disposición establece que la garantía es la obligación que tienen el productor y el proveedor de responder por la calidad, la idoneidad, la seguridad y el buen estado y el funcionamiento de los productos.

Por lo descrito, se analizará cada uno de los anteriores conceptos:

Garantizar la calidad

El Estatuto del Consumidor preceptúa el derecho a recibir productos de calidad: recibir el producto de conformidad con las condiciones que establece la garantía legal, las que se ofrezcan y las habituales del mercado. Seguidamente, el artículo define qué se entiende por calidad “la condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él”. De esta manera, el concepto de calidad está ligado a las características que hacen parte de la naturaleza del producto, propias de cada bien y que lo individualizan frente a los demás.

Las características “inherentes” corresponden a las propias, obvias de cualquier producto de similares condiciones y que el consumidor espera que cumpla sin necesidad de que se las hagan expresas; además, las características atribuidas

.....
142 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 6: “Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida. En ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias.

El incumplimiento de esta obligación dará lugar a

1. Responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantía ante los consumidores
2. Responsabilidad administrativa individual ante las autoridades de supervisión y control en los términos de esta ley.
3. Responsabilidad por daños por producto defectuoso, en los términos de esta ley.

Parágrafo. Para efectos de garantizar la calidad, idoneidad y seguridad de los productos y los bienes y servicios que se comercialicen, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, expedirá los Registros Sanitarios, de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, que ordena el control y la vigilancia sobre la calidad y seguridad de los mismos”.

por la información que se suministre sobre él son las *adicionales*, no obvias, dadas a conocer por el producto o por un proveedor en su proceso de comercialización del bien, ya sea por la publicidad o mediante la información que suministren el embalaje del producto o el manual sobre él.

Garantizar la idoneidad

La idoneidad, o eficiencia, es la aptitud del producto para satisfacer la necesidad o las necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado. En comparación con la característica antes descrita, la idoneidad define una función o el fin general del producto; es el caso de las lavadoras, que sirven para dejar la ropa limpia; de las cámaras, para capturar fotos, o de un par de tenis, para proveer protección y comodidad al pie de quien lo usa.

Ahora bien, un par de tenis podrían ser especializados para dar saltos, por lo cual no será suficiente si brindan protección y comodidad a quien los adquiera, pues si se informa que son especiales para satisfacer esta necesidad de “aumentar el salto” y no ofrecen tal cosa en realidad, se estaría quebrantando la respectiva obligación.

Garantizar la seguridad

Las directrices de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) impelen a los gobiernos a adoptar y fomentar medidas y reglamentaciones de seguridad para garantizar que los productos sean inocuos en el uso al que se destinan, o normalmente previsibles; tal es el ejemplo de que los artículos no deben perder su inocuidad debido a la manipulación o el almacenamiento que de él hagan sus expendedores o sus consumidores facilitando a quien lo use las instrucciones sobre el uso adecuado o las advertencias de los riesgos por un uso indebido¹⁴³.

El Estatuto del Consumidor ampara el derecho a recibir productos seguros, al punto de indicar que los consumidores tienen derecho a que los productos no causen daño en condiciones normales de uso, y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores.

.....
143 Directrices de las Naciones Unidas [acceso 31 de marzo de 2014]. http://www.consumersinternational.org/media/33875/consumption_sp.pdf.

Seguidamente, define el mismo documento qué se entiende por seguridad: la condición del producto conforme la cual, en situaciones normales de utilización, teniendo en cuenta la duración, la información suministrada en los términos de la presente ley y, si procede, la puesta en servicio, la instalación y el mantenimiento, no presenta riesgos irrazonables para la salud o la integridad de los consumidores; y en caso de que el producto no cumpla con requisitos de seguridad establecidos en reglamentos técnicos o medidas sanitarias, se presumirá inseguro.

Como daño, a su vez, el artículo 20 de la Ley 1480 de 2011 entiende:

- Muerte o lesiones corporales causadas por el producto defectuoso.
- Los efectos producidos a una cosa diferente del producto defectuoso, causados por el producto defectuoso.

En conclusión, un producto seguro es el que no genere riesgos ni cause daños a quien lo use. El párrafo del artículo 21 de la Ley 1480 de 2011 cita como ejemplo de producto inseguro el defectuoso, el que viole una medida sanitaria o fitosanitaria, o el que viole un reglamento técnico, caso en el cual se presumirá el defecto del bien.

Obligaciones poscontractuales

Garantía legal

También han citado las directrices de la ONU que los gobiernos deben adoptar o mantener políticas que especifiquen las responsabilidades del fabricante para asegurar que los artículos satisfagan los requisitos normales de durabilidad, utilidad y fiabilidad, y sean aptos para el fin al que se destinan, y que el vendedor vele por que dichos requisitos se cumplan. Las mismas políticas deben regir la prestación de servicios¹⁴⁴.

En este contexto, la garantía legal es la herramienta inicial que tiene el consumidor para buscar la protección de sus derechos y evitar el perjuicio de sus intereses económicos.

Cita el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 que la garantía es la obligación temporal, solidaria a cargo del productor y del proveedor, de responder por el

.....
144 Ibid.

buen estado del producto y la conformidad de este con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas. Adicionalmente, la garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto. Más adelante, el artículo 7° de la misma ley reitera como garantía legal la obligación, a cargo de todo productor o proveedor, de responder por la calidad, la idoneidad, la seguridad y el buen estado y el buen funcionamiento de los productos. En la prestación de servicios en la que el prestador tiene una obligación de medio, la garantía está dada, no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado. Así mismo, el Gobierno Nacional reguló, a través del Decreto 735 de 2013, el trámite y el plazo para dar cumplimiento a la efectividad de la garantía condicionando a los proveedores y a los expendedores a fundar la negación o el cumplimiento de esta, así como a entregar a los consumidores productos temporales cuando el plazo de la reparación se extiende, y definió, por primera vez, el trámite de garantía para las prestaciones de servicio y las garantías suplementarias.

En conclusión, la garantía es el instrumento que tiene el consumidor para exigir el cumplimiento de las estipulaciones contractuales.

Derecho de retracto

El artículo 47 del Estatuto del Consumidor define que en todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios, mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o el proveedor, de venta de tiempos compartidos o de ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, y que, por su naturaleza, no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de 5 días, se entenderá pactado el derecho de retracto por parte del consumidor. En el evento de que se haga uso de la facultad de retracto, se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado.

El consumidor deberá devolver el producto al productor o al proveedor por los mismos medios y en las mismas condiciones en las cuales lo recibió. Los costos de transporte y los demás que conlleve la devolución del bien serán cubiertos por el consumidor.

El término máximo para ejercer el derecho de retracto será de cinco días hábiles, contados a partir de la entrega del bien, o de la celebración del contrato, en caso de la prestación de servicios.

Se exceptúan del derecho de retracto, los siguientes casos:

1. En los contratos de prestación de servicios cuya prestación haya comenzado con el acuerdo del consumidor.
2. En los contratos de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el productor no pueda controlar.
3. En los contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor, o claramente personalizados.
4. En los contratos de suministro de bienes que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos, o que puedan deteriorarse o caducar con rapidez.
5. En los contratos de servicios de apuestas y loterías.
6. En los contratos de adquisición de bienes perecederos.
7. En los contratos de adquisición de bienes de uso personal.

El proveedor deberá devolverle en dinero al consumidor todas las sumas pagadas, sin que proceda hacer descuentos o retenciones por concepto alguno. En todo caso, la devolución del dinero al consumidor no podrá exceder de 30 días calendario, desde el momento en que ejerció el derecho.

Este postulado, nutrido por una lista de excepciones para la aplicación del derecho de retracto, no precisó la razón por la cual se incluía a este el contrato de suministro de bienes o servicios, suponiendo que en la mayoría de esta clase de acuerdos los bienes adquiridos van dirigidos a fines comerciales o a la satisfacción de una necesidad ligada a una actividad económica. Pero, ¿qué sucedería, entonces, si el consumidor decide pactar la adquisición de una serie de servicios o de bienes periódicos para la satisfacción privada, propia o familiar? Esa reglamentación, antes de incluir más excepciones y reclamos, debería centrarse en sortear dichos errores, para que la actividad del operador jurídico sea correcta y racional.

Reversión del pago

Otro aspecto importante se refiere a la reversión del pago. Se estipula en el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011 que las compras a distancia hechas por cualquier medio de pago electrónico son susceptibles de reversarse cuando medie fraude, cuando el pago corresponda a una operación no solicitada o cuando esta sea defectuosa. En tales casos, la ley impone la reclamación directa al proveedor, antes de que se inicie un proceso ante la autoridad competente:

[...] el consumidor deberá presentar queja ante el proveedor y devolver el producto, cuando sea procedente, y notificar de la reclamación al emisor del instrumento de pago electrónico utilizado para realizar la compra, el cual, en conjunto con los demás participantes del proceso de pago, procederán a reversar la transacción al comprador.

Lo planteado confirmaría que basta con la reclamación directa para dar por cierto el cumplimiento de cualquiera de las causales para la reversión del pago, sin que el consumidor pruebe o siquiera motive, el fraude, o que el producto entregado no sea el solicitado o que el entregado, a juicio del consumidor, cause daños o riesgos a su salud; no obstante, parece haber, más adelante en la norma, otra clase de reversión del pago, pues cita esta que:

En el evento que existiere controversia entre proveedor y consumidor derivada de una queja y esta fuere resuelta por autoridad judicial o administrativa a favor del proveedor, el emisor del instrumento de pago, en conjunto con los demás participantes del proceso de pago, una vez haya sido notificado de la decisión, y siempre que ello fuere posible, cargará definitivamente la transacción reclamada al depósito bancario o instrumento de pago correspondiente o la debitará de la cuenta corriente o de ahorros del consumidor, y el dinero será puesto a disposición del proveedor. De no existir fondos suficientes o no resultar posible realizar lo anterior por cualquier otro motivo, los participantes del proceso de pago informarán de ello al proveedor, para que este inicie las acciones que considere pertinentes contra el consumidor. Si la controversia se resuelve a favor del consumidor, la reversión se entenderá como definitiva.

Lo anterior, sin perjuicio del deber del proveedor de cumplir con sus obligaciones legales y contractuales frente al consumidor y de las sanciones administrativas a que haya lugar.

En el inciso citado, es claro que se trata de una controversia derivada de una queja, lo cual hace pensar que una autoridad competente ha asumido el caso de solicitud de reversión del pago para que la resuelva.

Esta interpretación señala que si la controversia se resuelve a favor del consumidor, la reversión del pago será definitiva, por lo cual la ley no da la posibilidad al proveedor ni al expendedor de negarse a revertir el pago, pues se debe asumir siempre que el consumidor tiene la razón, y que la orden de revertir debe llevarse a cabo, a pesar de que el proveedor o el expendedor no esté de acuerdo.

En caso de que el proveedor o el expendedor resultare vencedor (esto es, que no se prueben ante la autoridad competente las causales de solicitud de reversión del pago), se deberá ordenar que se cargue a favor de este la transacción inicialmente efectuada por el consumidor; no obstante, se corre el riesgo de que el consumidor no tenga con qué devolver la suma que le fue revertida, ante lo cual el proveedor deberá tomar las acciones ejecutivas obligándose a soportar el desgaste de iniciar la persecución del dinero que, en principio, no debió revertirse.

El gobierno deberá reglamentar este artículo, el cual tendrá que ser suficiente para diferenciar la figura de la reversión no definitiva del pago de la definitiva o jurisdiccional, sin que obvie la posibilidad que tenga el proveedor o el expendedor de negar la reversión, o, por lo menos, de que en la acción en la autoridad competente se pueda gestionar un depósito judicial a favor del proveedor o el expendedor, consignado por el consumidor por el monto del valor del artículo inicialmente adquirido en el punto virtual.

Conclusión

Quizás, la medida regulatoria no debe ser únicamente el escrito de la intimidante intervención estatal en la actividad mercantil, pues lo cierto es que cuando se transnacionalizó la normativa, para el caso del comercio electrónico, se delata una adopción parcial de la Directiva del Parlamento Europeo y de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista Español de 1996, modificada parcialmente por la Ley 47/2002. No se tuvo en cuenta la coordinación con la realidad del empresario y el consumidor, lo cual aplicaba, y se obtuvo como resultado que las autoridades aceptan que los vigilados no van a cumplir ciertas restricciones y obligaciones hasta cuando el Poder Ejecutivo no garantice el deber de discutir

su aplicación, para adecuar luego la normativa y finalizar con la educación del empresario y el consumidor.

Por lo anterior, surge la necesidad de contar con reglamentaciones sólidas, pero equilibradas, que no esquiven la especial importancia del principio de la buena fe, la costumbre mercantil ni la autonomía de la voluntad, y que, a la par, disponga de operadores jurídicos estables, conocedores de la ley, razonables y justos, y que procuren un régimen que funcione con todas las expresiones de las ventas modernas, pues, como se vio, no a toda relación de consumo deben exigírsele las obligaciones de la oferta *off-line*, ni trasladarse cargas indebidas al oferente, cuando el consumidor *online* cuenta con beneficios tales como disponer de todo el tiempo para informarse, comparar y reflexionar sobre la solicitud de su pedido.