

**Incidencia de las nuevas tecnologías como herramientas en el ejercicio del
comercio electrónico y la protección del consumidor a la luz del nuevo
Estatuto Ley 1480 de 2011.**

Gabriel Andrés López Vélez

Gabriel Esteban Uribe Montoya

Asesor(a):

Dra. NATALIA HOYOS GOMEZ

Facultad:

Derecho

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA

MEDELLÍN

2015

MEMORIAS METODOLÓGICAS

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

¿Cómo se llegó a esta investigación?

El motivo de esta investigación nace de la necesidad de optar por el título de abogado, queríamos un tema de gran impacto que pudiese orientar y ayudar a los estudiosos del Comercio, área que por demás nos apasiona y vimos en el Comercio Electrónico más que un tema un problema real que a nuestro juicio permea nuestra sociedad debido al grado de desconocimiento del comerciante del común. Sumado a lo anterior, las normas y procedimientos que tradicionalmente han regulado las relaciones comerciales y la contratación de bienes y servicios muestran falencias frente a las nuevas tecnologías, pues el comercio electrónico como producto o consecuencia de las mismas, genera la necesidad de implementar medios y procedimientos netamente electrónicos para la ejecución del mismo, hecho a lo que el Estado apuesta a través de la promulgación de leyes tales como la Ley 527 de 1999 “Ley del comercio electrónico”, Ley 1480 de 2011 “Estatuto del consumidor” o la Ley 1341 de 2009 “Ley de las TIC” que incentivan el uso de las TIC¹ en el territorio nacional.

Es aquel nexo precisamente entre Comercio y sus nuevas formas de ejercerlo en relación con su normatividad lo que llevo a la elaboración de esta investigación y a plantearnos nuestra hipótesis principal y objeto de estudio ¿Cómo han incidido las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el ejercicio del comercio electrónico y realmente se protege al consumidor a la luz del nuevo estatuto ley 1480 de 2011? Pues la correcta integración de las mismas al mercado nacional a través de nuestra normativa es lo que efectivamente garantizara al consumidor una certeza jurídica cuando participe del comercio haciendo uso de las TIC.

¹ Abreviatura: Tecnologías de la información y la comunicación.

¿Cuál es nuestro objetivo?

Así pues, el objetivo de este trabajo de grado no puede ser otro que la realización de un estudio del alcance del Comercio Electrónico en el ámbito nacional, abordando sus intérpretes y los medios que se emplean para su desarrollo, la protección de los consumidores que lo practican y aquellas problemáticas estrictamente jurídicas a la luz de la normativa colombiana.

¿Cómo lo lograremos?

Para el cumplimiento de dicho propósito, dividiremos el presente estudio en tres capítulos. En el primero, se presentarán algunos criterios de las tecnologías de la información y la comunicación y de su incidencia en la región, hablaremos de muchos de los medios electrónicos actuales que permiten participar del comercio, así como de los sujetos que están directamente ligados al desarrollo e inclusión de este tipo de ejercicio en el ámbito nacional e internacional.

En el segundo capítulo, se emprenderá un análisis del Comercio Electrónico como actividad económica y de la formación del contrato electrónico como herramienta que posibilita llevar a cabo el mismo, haremos un énfasis especial en sus aspectos y la viabilidad de su ejercicio según los mecanismos que se han adaptado en nuestro país para la consecución de estos fines.

En el tercero y último capítulo, será abordada la protección del consumidor del comercio electrónico a la luz de la normatividad nacional, los elementos a tener en cuenta cuando se practica y los mecanismos adaptados por el Estado a través de sus entidades que velan por la observancia de que efectivamente se proteja al consumidor.

Para finalizar se expondrán algunas consideraciones a manera de conclusión producto del análisis en desarrollo del proyecto.

Pretendemos desarrollar el esquema de trabajo bajo un enfoque cualitativo de tipo documental, a saber dirigiremos nuestros esfuerzos apelando a la búsqueda de la comprensión del tema a través de las personas que ejercen comercio electrónico y como se ven permeadas por esta realidad creciente, pues en efecto, la

investigación cualitativa² se orienta más bien a la comprensión de los significados que tienen para los seres humanos los eventos sociales, los fenómenos culturales, los hechos físicos y el contexto en que tales hechos se producen; y que para el caso no son otros que la incidencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el ejercicio del comercio.³

Asumiremos el estudio del escenario en el que se desarrolla el comercio electrónico desde la perspectiva del Estado hecha manifiesta en la Ley 1480 de 2011 “Nuevo Estatuto del consumidor”, a fin de comprender a los consumidores dentro del marco de referencia en que se desenvuelven, para que así una vez efectuado el análisis del medio podamos finalmente concluir si la protección que se les otorga es o no efectiva.

El análisis documental aspecto pilar de nuestra investigación se hizo necesario e imprescindible, toda vez que la mayor parte de los elementos que se pretenden recopilar y que conciernen al desarrollo de nuestra hipótesis central están contenidos en documentos de la normativa nacional que tienen carácter de imperativo cumplimiento y son regulados por el Estado.

No bastándonos con una recopilación documental será el correcto análisis de su contenido (otra de las técnicas de la investigación cualitativa) como transformaremos los datos que se recolecten en información y conocimientos útiles a nuestro objetivo.⁴ Será entonces nuestro papel como investigadores abstraer y asignar el valor o significado, ordenar y clasificar la información a fin de develar los aspectos que permitan comprender el comercio electrónico y su incidencia para quienes lo ejercen.

Fieles a ello y en procura de una correcta integración se hizo un rastreo bibliográfico en diferentes bibliotecas de la ciudad; la biblioteca de la Universidad Bolivariana⁵ sugerida por nuestros docentes, dispone de gran variedad de fuentes en áreas como la seguridad informática y derecho en Tecnología Cabe destacar la universidad pontificia posee la primera librería universitaria del país que cuenta

² La Investigación Cualitativa (IC) surge a principio de siglo XX, inicialmente en el área de la antropología, luego en sociología y psicología.

³ Las aplicaciones de la Investigación Cualitativa son: 1. Estudio de hechos, conceptos y temas poco conocidos que precisan una mayor aclaración. Ello permite generar nuevas hipótesis. 2. Comprensión de aspectos que están en el mundo subjetivo de los individuos, explorando creencias, expectativas y sentimientos. Explicando el porqué de los comportamientos.

⁴ En cuanto al método de recolección de datos, se busca que estos estén descriptos en forma detallada y clara, que se brinde suficiente información sobre cómo fueron utilizados y las medidas de control de calidad implementadas, que a su vez aumentan la validez del estudio.

⁵ Para mayor información visite la página oficial de la universidad: <http://www.upb.edu.co/>

con certificado de gestión de calidad ISO 9001:2000⁶ en los procesos de difusión de editoriales nacionales e internacionales, el perfil Bolivariano en este sentido apunta a la internacionalización del Derecho y su facultad de Derecho en el área comercial es de notorio reconocimiento en la ciudad de Medellín.

La biblioteca de la Universidad Eafit⁷ nos aportó un extenso repositorio de revistas académicas y de publicaciones que en materia de comercio se publicaron desde prestigiosas revistas de amplia circulación nacional tales como “Semana”, “Portafolio”, “Dinero”, “Gente” entre otras. A todo ello, pudimos sumar aquel interés del perfil Eafitense en trabajar para que las ideas se conviertan en hechos apuntando hacia la globalización y las nuevas tendencias económicas y normativas.

Y por supuesto es menester mencionar nuestra más grande aliada y oasis en esta travesía, la biblioteca Unaula "Justiniano Turizo Sierra" a quien con especial cariño agradecemos fuese nuestra base y sede principal durante estos años de academia; donde siempre guiados por el perfil Unaulista nos enseñó e inspiró para ser profesionales del Derecho con sensibilidad social y apertura creativa frente a las nuevas tendencias de un país inmerso en un mundo globalizado.

“Podemos perdonar fácilmente a un niño que teme a la oscuridad; pero la real tragedia de la vida es cuando los adultos le temen a la luz”

Platón

⁶ ISO 9000 es un conjunto de normas sobre calidad y gestión de calidad, establecidas por la Organización Internacional de Normalización (ISO)

⁷ Para mayor información visite la página oficial de la universidad: <http://www.eafit.edu.co/>

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

Capítulo 1. Las tecnologías de la información y la comunicación como instrumentos para el desarrollo del comercio electrónico

1. INTERNET UNA HERRAMIENTA PARA EL NEGOCIO.....	8
1.1. LA ACTIVIDAD COMERCIAL A TRAVÉS DE LAS REDES	9
1.1.1. EL CORREO ELECTRÓNICO O E-MAIL MARKETING.....	10
1.1.2. LA CHARLA INTERACTIVA O VIDEOCONFERENCIA (IRC)	11
1.1.3. LA MALLA MUNDIAL O WORLD WIDE WEB (WWW)	12
1.1.4. REDES SOCIALES O SOCIAL COMMERCE	14
1.2. LA ACTIVIDAD COMERCIAL A TRAVÉS DE LOS NOMBRES DE DOMINIOS.....	15

Capítulo 2. Comercio electrónico y la formación del contrato electrónico

2. COMERCIO ELECTRÓNICO.....	19
2.1. INSTRUMENTOS PARA EJERCER EL COMERCIO ELECTRONICO.....	21
2.1.1. PÁGINAS WEB.....	21
2.1.2. PORTALES DE PAGO.....	22
2.1.3. TRANSACCIONES COMERCIALES.....	23
2.2. LA FIRMA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO	25
2.2.1. FUNCIONES DE LA FIRMA ELECTRÓNICA	29
2.2.2. CERTIFICADO DIGITAL EN COLOMBIA	30
2.3 ACTORES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO	34
2.3.1. ENTIDADES NACIONALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO	34
2.3.2. ORGANISMOS INTERNACIONALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.....	38
2.4. EL CONTRATO ELECTRÓNICO	43
2.4.1. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	44
2.4.2. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO	49
2.4.3. SUJETOS EN EL CONTRATO ELECTRÓNICO.....	54

2.4.4. OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS DEL CONTRATO ELECTRÓNICO	56
---	----

Capítulo 3. La protección al consumidor a la luz del nuevo estatuto ley 1480 de 2011

3. CONTEXTUALIZACIÓN	59
3.1. PRINCIPIOS GENERALES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	62
3.2. LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE PROTECCION AL CONSUMIDOR.....	66
3.2.1. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	68
3.3. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR	69
3.4. DERECHOS DEL CONSUMIDOR A LA LUZ DEL NUEVO ESTATUTO LEY 1480 DE 2011 ..	70
CONCLUSIONES.....	74
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	77

CAPITULO 1

LAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LA COMUNICACIÓN COMO INSTRUMENTOS PARA EL DESARROLLO DEL COMERCIO ELECTRONICO

1. INTERNET UNA HERRAMIENTA PARA EL NEGOCIO.

En las últimas décadas, se han presentado grandes transformaciones en los diferentes ámbitos comerciales⁸ como consecuencia de los adelantos y las innovaciones tecnológicas y científicas propias de la llamada era digital⁹.

Así, una vez más, el hombre es testigo de la relación existente entre comercio y la tecnología, puesto que gracias a la creación del Internet se ha configurado una nueva alternativa para la realización del comercio, la cual se materializa en el comercio electrónico concepto que será ampliamente tratado más adelante.

De igual manera el Internet como herramienta para el desarrollo del comercio electrónico puede ayudar a cambiar los resultados de una compañía, consiguiendo nuevos clientes, descubriendo oportunidades de negocio, conociendo mejor a la competencia, o simplemente haciendo que sus clientes estén más satisfechos.

Por lo anterior en el presente capítulo, serán estudiados todos estos medios que hacen posible dichas acepciones y aquellas organizaciones llamadas a regular los efectos que de la actividad comercial puedan desplegarse, a partir de las nuevas tecnologías, teniendo en cuenta que estas, son la materia prima del comercio electrónico.

Internet ha sido determinante en el avance y el desarrollo de las relaciones comerciales modernas, puesto que su implementación abre la posibilidad a la prestación de un sin número de servicios electrónicos e interactivos, así como también facilita el intercambio de múltiple información, bien sea, mediante texto, sonido, imágenes, video, entre otras.¹⁰

⁸ Por ámbitos comerciales nos referimos a los ámbitos económico, financiero, el de las comunicaciones comerciales, el ámbito laboral y por sobre todo el ámbito empresarial.

⁹ También conocida como era informática o era de la información, es el nombre que recibe el periodo de la humanidad que va ligado a las tecnologías de la información y la comunicación.

¹⁰ Según Pedro A. de Miguel Asensio, en su obra *Derecho Privado de Internet*, Pág. 27: "en el plano técnico Internet constituye un entramado mundial de redes conectadas entre sí de un modo que hace posible la comunicación casi instantánea desde cualquier ordenador de una de esas

Transcurridos algo más de 30 años de su creación oficial¹¹ y siendo manifiesta la necesidad de una proyección global en razón a su notable sensación de velocidad, ahora es cuando empiezan a estar claras las ventajas del uso profesional y comercial de internet. Por un lado, el ahorro de costos y tiempo, por otro la ampliación de la red de contactos comerciales y aparición de nuevas oportunidades de negocio, además de ello la Internet genera grandes oportunidades a las empresas en mercados antes difícilmente atendidos.

1.1. LA ACTIVIDAD COMERCIAL A TRAVÉS DE LAS REDES

Gracias al Internet, a los usuarios de la Red se les ofrecen diferentes opciones de comunicarse entre sí, que fomentan el desarrollo de nuevas actividades empresariales. En este sentido se abre la posibilidad de establecer distintas tipologías que definen el ejercicio comercial según el tipo de relación que se crea entre emisores y receptores de oferta, tenemos:

- ✓ Entre un emisor y un receptor, como sucede con el correo electrónico o e-mail marketing.
- ✓ Entre un emisor y varios receptores, como sucede con los grupos de noticias y listas de distribución.
- ✓ Diálogo en tiempo real de dos o más personas, como sucede con el Chat en atención al cliente o el Social Commerce a través de redes sociales.
- ✓ Empleo de tiempo real de ordenadores remotos, como sucede con telnet.
- ✓ Transmisión remota de información, como sucede con la transferencia de ficheros o archivos, además de direcciones como www.etc

Al respecto, cabe anotar que es posible agrupar las diferentes opciones enunciadas en dos grupos. El primero, lo conforman el correo electrónico o e-mail, las listas de distribución y los grupos de noticias, y se denomina servicios de comunicación. Su principal rasgo es la falta de elementos interactivos durante la comunicación, es decir, en su ejercicio no resulta posible llevar a cabo un intercambio simultáneo de información. Por su parte, el segundo, está conformado por el chat (irc), las redes sociales, telnet, transferencia de ficheros y www, y se denomina servicios de utilización conjunta de información y de difusión y obtención

redes a otros situados en otras redes del conjunto, por lo que se trata de un medio de comunicación global”.

¹¹ Los orígenes se remontan a 1969, cuando se estableció la primera conexión de computadoras, conocida como Arpa net, entre tres universidades en California, en Utah y en Estados Unidos. Para mayor información visite: www.fib.upc.edu/retro-informatica/historia/internet.html

de información. Y se caracteriza por ser opuesto a los servicios de comunicación, es decir, sí es interactivo.¹²

Teniendo en cuenta lo anterior, asociaremos en el siguiente acápite algunos medios electrónicos propuestos, los cuales a nuestro juicio, tienen un papel determinante en el ejercicio del comercio y que directa o indirectamente pueden incidir o afectar a un consumidor cuando este haga uso de ellos.

1.1.1. El correo electrónico o E-mail marketing

El email marketing es un canal digital que data de los inicios de la red, pero cuya vigencia lo han mantenido como estrategia clave para generar ganancias en cualquier negocio en línea. Todas las empresas y en especial las que ejercen comercio electrónico deben tener una estrategia de email marketing bien ejecutada que permita realizar una oferta personalizada y exclusiva con el cliente.¹³

Esta opción de comunicación se caracteriza por ser individualizada, además de que el costo del medio empleado, que para el caso es el mismo correo electrónico para hacer llegar la oferta no es muy significativo por el contrario es un tanto irrisorio. En este sentido, las empresas dejarán de estar tan supeditadas a un costo-presupuesto y centraran su atención a lo que realmente importa, lo que buscan ofrecer a sus clientes o futuros clientes.

El e-mail destaca de los demás medios por su sencillez y la capacidad de vincular distintas ofertas ya que se pueden introducir elementos de medida personalizados para aquellos clientes “más exigentes” pudiendo gestionar las campañas comerciales de una manera más sencilla.

Al respecto Rafael Muñiz González¹⁴ nos sugiere una suerte de trucos para realizar con éxito las campañas de *e-mail* marketing:

- ✓ *Subject o asunto es el componente* donde se indica de qué se trata el mensaje. Aunque la mayoría de las veces pasa desapercibido su importancia radica en que este será el motivante para que el receptor decida si el mensaje será leído o en no. Es importante asociar conceptos

¹² ASENSIO, Pedro A. de Miguel. Derecho Privado de Internet. Madrid, España: Editorial Civitas, pg. 29.

¹³ Para mayor información visite <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/01-tl-04.pdf>

¹⁴ MUÑIZ, Rafael González. Marketing en el Siglo XXI. 5ª Edición..España.2010

serios a razón de que las frases de común recurrencia como “gratis “o “descuento”, los filtros de los *e-mail* están programados para tacharlos de correo no deseado o spam¹⁵ y eliminarlos.

- ✓ Mensaje. Atender las preferencias de tus clientes y tener en cuenta su capacidad tecnológica a la hora de enviar la oferta De esta última dependerá que lo enviemos en versión texto o versión HTML. Además, tiene que contener ofertas o información realmente valiosa para el cliente.
- ✓ Cierre. Siempre debe existir un *link* para que el cliente, automáticamente, y de forma voluntaria pueda optar por no recibir más mensajes.
- ✓ Fecha de envío. Hay que tener en cuenta la fecha en la que se envía el *e-mail*.
- ✓ Atención al cliente. Todas las preguntas o cuestiones que realicen los clientes deben ser contestadas en un máximo de 24 horas. Los *e-mails* dirigidos al consumidor final o usuario suelen ser más eficaces cuando se envían los sábados por la noche o entre el martes y el jueves. Las cuentas de correo personales son leídas frecuentemente los domingos y, por ello, el envío durante el día anterior representa el mejor momento para el consumidor ya que está totalmente pendiente de la pantalla y de su contenido.¹⁶

El correcto uso de este medio es fundamental, ejemplo de ello en materia probatoria, se podría demostrar entre otras cosas la fecha y hora exacta de la aceptación de una oferta que para cuestiones de ley de retracto o reversión del pago temas que expondremos más adelante son de suma importancia para el consumidor; otro uso relevante se lo encuentra el Estado para a través de este medio enviar notificaciones en asuntos que le competen facultado por la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo que en sus artículos 56 y 203 advierte que las autoridades podrán notificar sus actos a través de este medio.

1.1.2. La charla interactiva o videoconferencia (IRC)

La charla interactiva en atención al cliente se presenta como una tecnología en alza cada vez más demandada por los consumidores. Una atención al cliente directa y personalizada es decisiva para construir la confianza del mismo y garantizar la fidelidad en futuro negocio.

¹⁵ El término Spam o correo basura se refiere al envío de correo electrónico masivo no solicitado, Para mayor información visite: <http://www.internetglosario.com/560/spam.html>

¹⁶ “Marketing en el siglo XXI” fue publicado en el 2010 por el Centro de Estudios Financieros y es un libro de marketing totalmente gratuito

Con la evolución de internet, los compradores en línea se han hecho más inteligentes y esperan más de los vendedores en línea. Con cada vez más, quieren que sus transacciones¹⁷ hechas en línea¹⁸ tengan un respaldo del servicio de atención al cliente en directo del mismo modo que lo habría tenido en un establecimiento físico.

El servicio de atención al cliente es un factor fundamental para el consumidor a la hora de comprar en un sitio u otro. Tanto si nos referimos a tiendas físicas como a comercios online, los clientes valoran cada vez más la atención recibida para la decisión de compra final.

En pocas palabras, la charla interactiva “es el equivalente escrito, con un teclado y una pantalla, de una conversación telefónica.”¹⁹. Pero en nuestro concepto a todas luces lejos de prestar utilidad similar puesto que el consumidor podrá cerciorarse de lo que pretende adquirir hasta del más mínimo detalle para así poder tener mayor certeza en caso de que decida o no aceptar la oferta. El hecho que implica el uso de este medio y el factor identidad que produce es como si se tratase de un establecimiento comercial físico generando confianza al consumidor y a su vez prestigio al vendedor.

1.1.3. La malla mundial o world wide web (www)

Esta opción es la que facilita la prestación de otros servicios que ofrece el Internet, ya que a través de los navegadores es que funcionan los grupos de noticias y las transferencias de ficheros. La malla mundial, con el propósito de permitir el acceso y mostrar la información a los usuarios, hace uso de páginas web, en las cuales se encontrarán gestores de contenidos y catálogo de productos online. Además, en éstas se pueden incorporar links que conduzcan a los usuarios con un solo clic a plataformas de comercio en el mercado.²⁰

¹⁷ Se denomina transacción a una operación comercial consistente en intercambiar un bien o servicio por una suma determinada de dinero. Además de ello buscan suministrarnos la información necesaria para llevar un control más ordenado de las operaciones realizadas en una empresa o negocio

¹⁸ Con esto nos referimos a aquella alternativa virtual a la transacción convencional entre cibervendedor y ciberconsumidor . En Colombia existen varios tipos de transacciones online. Por un lado, las que permiten el pago de productos y servicios a través de tarjetas débito y crédito; y, por otro, las operaciones interbancarias.

¹⁹ ASENSIO, Op.cit, p. 31.

²⁰ Ibid, p. 29 y 30.

Ahora bien, es importante resaltar que para la transmisión y divulgación de cualquier tipo de información mediante el uso de la Red, se requiere únicamente ser titular o, por lo menos, haber contratado el uso de un ordenador que se encuentre conectado a Internet y que tenga los programas de servidor www. Requerimientos que son realmente fáciles de cumplir en la época actual, siendo ese el motivo por el cual los particulares, las empresas y gran cantidad de entidades públicas y/o privadas tienen páginas web, a las cuales se puede acceder con tan solo ingresar en la Red.

Un estudio realizado por ComScore²¹ destaca los sitios con mejor reputación para comprar y vender en la Web, entre los destacados encontramos:

- ✓ AMAZON. Es una de las primeras compañías que le apostó a Internet para vender productos. Hoy en día ofrece diferentes líneas comerciales, además de libros, como software, ropa y artículos para el hogar
- ✓ EBAY. Para subastar artículos en Ebay solo es necesario registrarse en su página web. Su modelo de operación es la subasta, en la cual los interesados ofrecen lo que quieren y pueden por los productos que allí se ofrecen.
- ✓ ALIBABA. Allí se pueden negociar diferentes productos de procedencia china. Su fortaleza radica en que la mayoría de empresas de la potencia asiática están inscritas en esta Web y buscan fortalecer a través de la red su comercio con el mundo.
- ✓ MERCADO LIBRE. Es la página más grande y visitada de comercio electrónico en Latinoamérica y la cuarta en el mundo. Tiene sede en la mayoría de países de la región y su nivel de operaciones sigue creciendo gracias al auge que vive el comercio electrónico en Suramérica.

Así pues encontramos que el internet se convierte indiscutiblemente en un vehículo para el desarrollo del comercio, pues es evidente como influye en el comerciante, ejemplo de ello permitiéndole estar las 24 horas y los 7 días disponible para sus consumidores, como también reducir los costos de operación en comparación al comercio tradicional, y agilizar las operaciones del negocio entre otras

²¹ ComScore es una prestigiosa compañía americana de investigación de marketing en Internet que proporciona datos de marketing y servicios para muchas de las mayores empresas del medio. Es líder mundial en medición del mundo digital y fuente predilecta de analíticas de negocios digitales. Para más información visitar: www.comscore.com/companyinfo.

1.1.4. Redes Sociales o Social Commerce

Pasando de ser solo simples medios de comunicación, las redes sociales se han convertido en la última década en grandes plataformas de comercio electrónico, todo ello a razón de que diariamente acceden millones de potenciales consumidores que comparten sus intereses e impresiones sobre determinados productos o servicios, opiniones claves cuando se tome la decisión final de adquirirlos.

El denominado Social Commerce, es una rama del comercio electrónico que conlleva el uso de las redes sociales para ayudar en la compra y venta en línea de productos y servicios. Actualmente son incontables las redes sociales que se asientan como las seleccionadas por los usuarios para opinar sobre los beneficios de determinada oferta, ahora bien entre las más visitadas de acuerdo con el último estudio realizado por ComScore en presente año²² se destacan:

Facebook

- ✓ 1,150 millones de usuarios activos
- ✓ 751 millones de usuarios acceden a Facebook desde el móvil
- ✓ Existen más de 10 millones de aplicaciones para Facebook hasta ahora
- ✓ El 74% de los especialistas en Marketing creen que Facebook es importante para su estrategia de generación de leads²³ o ventas conseguidas.
- ✓ 350 millones de fotos son subidas cada día
- ✓ El 75% del posible engagement de un post sucede en sus 5 primeras horas

Twitter

- ✓ 500 millones de usuarios activos
- ✓ Existen más de 288 millones de usuarios mensuales activos
- ✓ El 28% de los retweets son debidos a la inclusión de “por favor RT”
- ✓ El 60% de los usuarios de Twitter acceden desde el móvil
- ✓ Aproximadamente 20 millones de cuentas de usuario son falsas
- ✓ Como término medio, más de 400 millones de tweets son mandados cada día
- ✓ 208 es la media de tweets por cuenta

²² Para mayor información sobre el mencionado estudio visite:

<http://www.comscore.com/esl/Prensa-y-Eventos/Comunicados-de-prensa>

²³ En internet un lead es el cumplimiento de cualquier acción previamente marcada como objetivo del usuario, ya sea una venta directa, la descarga de un ebook o un formulario rellenado y enviado. Para mayor información visite: <http://www.marketingenredes.com/inbound-marketing-2/que-es-un-lead.html>.

Linkedin

- ✓ 238 millones de usuarios
- ✓ Existe un total de 1.5 millones de grupos en Linkedin
- ✓ El 27% de los usuarios acceden a través del móvil
- ✓ El 81% de los usuarios pertenecen al menos a un grupo
- ✓ El 42% de los usuarios actualizan su perfil regularmente
- ✓ Hay más de 3 millones de páginas de empresas en Linkedin
- ✓ Hay más de mil millones de confirmaciones de conocimientos

Instagram

- ✓ 130 millones de usuarios
- ✓ Más de 16 mil millones de fotos están ya subidas
- ✓ Cada usuario de Instagram tiene en promedio 40 fotos
- ✓ Cada segundo, a 8000 usuarios le gusta alguna u otra foto
- ✓ Instagram genera mil comentarios por segundo
- ✓ Más de 5 millones de videos son compartidos en las primeras 24 horas de subirlo
- ✓ Más de 5 millones de fotos son subidas cada día.

Aunque los servicios de redes sociales aportan un amplia gama de oportunidades de comunicación, así como el intercambio en tiempo real de todo tipo de información, la utilización de estos servicios puede plantear riesgos para la privacidad de los usuarios que quieran ejercer a través de ellos actos de comercio, es preciso resaltar en este punto que los datos personales relativos a los usuarios son accesibles de forma pública y global, de tal manera que de una u otra forma plantean la posibilidad de atentar contra la intimidad, el prestigio, la propiedad intelectual e industrial y por sobre todo la fidelidad de la información, punto de inflexión para que la normativa en este sentido precisamente mitigue aquellos riesgos inherentes, en procura de hacer efectiva la protección al consumidor.

1.2. LA ACTIVIDAD COMERCIAL A TRAVES DE LOS NOMBRES DE DOMINIOS

Como ya fue dicho anteriormente, a través de Internet se posibilita el intercambio de información entre diferentes ordenadores que se encuentren debidamente conectados a la Red, pero no basta con la mera conexión, pues también es necesario que cada uno de esos ordenadores se encuentre plenamente

identificado a fin de dar al usuario la certeza jurídica que necesita. La manera como esto se consigue es mediante de la utilización del protocolo IP²⁴, el cual le otorga una dirección numérica a cada ordenador.

Sin embargo, el carácter numérico del protocolo IP no facilita la recordación de las direcciones por parte de los usuarios de la Red, así como tampoco permite que éstos asocien dichas direcciones con las entidades a las cuales pertenecen.

En este sentido, se creó el sistema de nombres de dominio el cual abre las puertas para que sean otorgados nombres diferenciadores con el fin de identificar los ordenadores conectados a la Red, de tal manera que los nombres que aparecen en las páginas web sean equivalentes con las direcciones IP.

Un nombre de dominio es una identificación electrónica de un sitio web en Internet y está conformado por una serie de campos, que comúnmente son dos, debidamente separados por puntos. El primero, es conocido como el Dominio Superior (Top-Level Domain) e indica el tipo de entidad que lo está usando ó el sufijo geográfico de la organización nacional que ha asignado el dominio, como por ejemplo: “.com” para entidades comerciales²⁵, “.edu” para instituciones educativas y “.gov” para organizaciones gubernamentales ó “.es” para España, “.fr” para Francia y “.co” para Colombia. Por su parte el segundo dominio, llamado *Dominio de Segundo Nivel* (Second-Level Domain), usualmente está compuesto por el nombre de las entidades que solicitan el registro del nombre de dominio y facilita la identificación de las dependencias administrativas de dichas entidades.²⁶

Es por esto que las compañías que realizan negociaciones a través de Internet usualmente utilizan sus nombres como nombres de dominio, porque esto les permitirá a sus clientes acceder a sus páginas web sin tener que llevar a cabo una laboriosa búsqueda. Así pues, es frecuente que quienes estén interesados en celebrar negocios haciendo uso de la Red, opten por el registro directo de un nombre de dominio de segundo nivel, puesto que esto les permitirá una efectiva identificación.

Esto es importante en el desarrollo del comercio ya que permite una seguridad desde el momento en que se registre un dominio garantizando que terceros de

²⁴ Es un número único e irreplicable con el cual se identifica una computadora conectada a una red que corre el protocolo IP. Su función principal es el uso bidireccional en origen o destino de comunicación para transmitir datos mediante un protocolo no orientado a conexión que transfiere paquetes conmutados a través de distintas redes físicas previamente enlazadas.

²⁵ No obstante en algunas ocasiones entidades que no tienen un interés comercial también hacen uso de este dominio.

²⁶ MILLAR, Roger Leroy y JENTZ, Gaylord A. Fundamentals of Business Law. 4ª Edición. EE.UU. 1999. p. 100-122

mala fe registren dominios con nombres que no les pertenecen y logrando así el estancamiento de las compañías quienes tienen que detener su evolución mientras logran recuperar el dominio. También es importante ya que con la dirección IP por ejemplo se identifica desde que ordenador se emitió la oferta que posteriormente fue incumplida.

Ahora bien respecto de la reserva y defensa de dominios nos permitimos decir que un dominio no solamente tiene como función ubicar un computador dentro de la red; también cumple funciones de mercadeo y de competencia empresarial ya que a través de estos mecanismos el comerciante se permite exponer su catálogo de productos brindando además la posibilidad de ser ubicado con solo digitar una palabra relacionada con su nombre comercial. En este sentido, pueden distinguirse al menos dos tipos de registros de dominios: en reserva y en defensa.

El primero de ellos nace a raíz de la dificultad que han encontrado algunas empresas y personas al momento de registrar un Nombre de Dominio; se ha masificado una práctica consistente en reservar varios Nombres de Dominio a pesar de que éstos no vayan a ser utilizados inmediatamente. Ésta práctica dificulta enormemente la posibilidad de encontrar dominios disponibles.

Una persona puede mantener un dominio sin usarlo físicamente, es decir, sin que éste se convierta en un sitio en la red pagando la tasa anual; nada obliga a usarlo a diferencia de una marca en la que el derecho se puede perder por el no uso.

Para que no ocurra lo anterior, las empresas tiene la posibilidad de reservar determinado número de Nombres de Dominio. Es una práctica bastante usual y tiene como objetivo evitar que las personas dedicadas a ocupar con anticipación los nombres de dominio de empresas renombradas registren los mismos antes que la empresa interesada. Al registrar los dominios en defensa es frecuente que se incluyan aquellos que pueden llevar a confundir al cliente, de igual forma pueden incluir los demás dominios de nivel superior genéricos o globales e igualmente los dominios de código de países.

Algunas empresas colombianas consideran que no es necesario separar dichos dominios porque no piensan utilizarlos; sin embargo, puede ser una práctica aconsejable. Teniendo en cuenta el bajo costo de mantenimiento de un dominio y lo costoso que pudiera llegar a tener alguna dificultad con ello, es un riesgo que no se justifica. Esto exige un buen asesoramiento de la empresa y estar pendiente de los nuevos dominios que vayan apareciendo; por ejemplo, Avianca posee los

dominios <.com>, <.net>, <.org> pero terceros tienen reservados los <.tv> y los <.cc>.²⁷

Conforme a lo anterior se aprecia que la naturaleza jurídica de los dominios nace como consecuencia de su posterior registro, pues por medio de este acto se genera el llamado así elemento identificador el cual acompaña al mismo durante toda su vigencia en el ciberespacio.

En Colombia los dominios han generado múltiples conflictos entre usuarios de las redes debido a que algunos tienden a confundirlos con los signos distintivos, que son todos aquellos símbolos, figuras, vocablos o expresiones que se utilizan en la industria o en el comercio para diferenciar los productos. La Superintendencia de Industria y Comercio se pronunció al respecto y manifestó “No es posible admitir que los nombres de dominio sean considerados como derechos de propiedad industrial en la medida que no se encuentran en los descritos por la normatividad aplicable”²⁸

La Corte Constitucional hace algunos años aprobó el Tratado de Ley de Marcas conocido como TLT²⁹ con el cual la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha propiciado la armonización de requisitos formales y de fondo del registro de las marcas. Al respecto se precisó que no solo la expresión con la que se da a conocer la compañía es susceptible de ser protegida como nombre de dominio, sino que todas las marcas que identifican los productos o servicios deberían ser salvaguardadas bajo esta modalidad, incluso antes de su lanzamiento al público consumidor.

Finalmente es menester aclarar que en el caso del registro de dominios de nivel superior en Colombia, la Universidad de los Andes es la entidad prestadora del servicio de registro. Por lo tanto, quien esté interesado en registrar un dominio “.co” tendrá que hacerlo por intermedio de dicha organización.³⁰

²⁷ RAMIREZ, Álvaro. Nombres de dominio y marca: Conflictos y soluciones entre dos signos distintivos. Colombia. Octubre de 2001

²⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Colombia. Concepto 027025 del 29 de Junio de 2009.

²⁹ Ley 1343 del 31 de julio de 2009

³⁰ Para mayor información visite: <https://www.nic.co/>.

CAPITULO 2

EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

2. COMERCIO ELECTRÓNICO

El Comercio Electrónico³¹ también conocido como (E-COMMERCE) ha sido entendido como la actividad económica que envuelve todas aquellas transacciones comerciales y financieras realizadas o basadas en sistemas electrónicos de procesamiento y transmisión de información, incluyendo texto, sonido e imagen.

Dicha actividad existe desde hace ya varios años y tradicionalmente ha sido ejercida a través de redes privadas reguladas por códigos o acuerdos de esa naturaleza en el contexto de intercambio de datos electrónicos; no obstante, el nacimiento de la INTERNET ha revolucionado la estructura del mercado y en la actualidad los comerciantes cuentan con el llamado mercado electrónico, el cual presenta, entre otros, los siguientes beneficios para quienes lo ejerzan:³²:

Es posible hallar todo tipo de bienes, productos, tecnologías y servicios.

Este mercado incluye todas las operaciones necesarias para concretar operaciones de compra y venta, matching³³, negociación, información de referencia comercial³⁴, intercambio de documentos, acceso a la información de servicios de apoyo³⁵ (aranceles, seguros, transportes, etc.) y banking³⁶ de apoyo.

Simplifica la necesidad de desplazar personas físicas, razón por la cual el tráfico adquiere mayor fluidez a un menor costo y le permite a las empresas llevar sus

³¹ Existen dos clases de Comercio Electrónico: Comercio Electrónico Directo y Comercio Electrónico Indirecto. En el primero, tanto el pedido como el pago y el envío de los bienes intangibles o servicios se producen on line, como sucede por ejemplo con la compraventa de música. Mientras que el segundo, es utilizado para la adquisición de bienes tangibles, los cuales requieren ser enviados a través de los canales tradicionales de distribución, como sucede por ejemplo con la compraventa de maquinaria industrial.

³² ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luís y SOTO, Carlos Alberto. Contratación Contemporánea: Contratación Electrónica y Tutela del Consumidor. Bogotá – Colombia: Editorial Temis, 2001. p. 69.

³³ Consiste en hacer reuniones de negocios para establecer contactos.

³⁴ En el evento se requiera servirse del historial de un consumidor.

³⁵ Permitiendo de antemano saber los costos totales de una transacción comercial.

³⁶ Por sus siglas en ingles productos de banca.

instalaciones a lugares menos cotizados, toda vez que sus empleados podrán ingresar a Internet desde cualquier lugar.

No obstante estos beneficios se vieron envueltos en varias vicisitudes, ya que para disfrutar de los beneficios del comercio electrónico E- Commerce era necesario estar atado a la pantalla de un computador, cosa que cambio con la llegada de los Smartphone por ejemplo, que cambiaron el marketing y su potencialidad para lograr nuevas formas de atraer al consumidor punto de partida para el M-Commerce³⁷ tendencia de negocio que consiste en la utilización de dispositivos móviles para comunicarse, interactuar y realizar transacciones mediante una conexión permanente de alta velocidad a Internet.

Un estudio realizado a nivel mundial por ComScore³⁸ arrojo que hoy en día los usuarios de los Smartphone utilizan el móvil para buscar información sobre productos y servicios, utilizan las redes sociales, consultan cupones de descuentos a través de Geolocalización³⁹, además ubican puntos de venta de locales y encuentran donde comprar productos. Esto evidencia la necesidad de seguir implementando el M- Commerce ya que nos brinda un plus como la movilidad, liberándonos de las conexiones fijas a la internet por intermedio de terminales y redes móviles que nos permiten usar nuestros teléfonos celulares, Palms, Laptops, desde cualquier lugar sin estar atado a un computador fijo.

Se aspira que en el 2015 se invierta en el M- Commerce un aproximado de 119.000 millones de dólares en el mundo ya que únicamente el 4.8 de los comercios cuentan con M- Commerce. Igualmente un 51% de los dueños de Smartphone están dispuestos a comprar a través de sus móviles y es por esto es que a nuestro juicio se debe seguir implementando en el mundo esta importante manera de realizar el comercio electrónico.

Puede afirmarse, que debido a los beneficios anteriormente descritos, día a día al Comercio Electrónico se le adhieren nuevos usuarios y, en consecuencia, su práctica cobra mayor importancia a nivel mundial.

En este punto, es importante resaltar que Colombia fue un Estado pionero en América Latina en la materia, pues con el propósito de impulsar y promover el Comercio Electrónico redactó y promulgó la Ley 527 de 1.999. Dicha normatividad define el Comercio Electrónico en su artículo 2 literal b) como aquel que:

³⁷ Para mayor información visite <http://www.simcolombia.com/articulo/7/116/la-potencialidad-del-m-commerce-en-el-marketing.html>

³⁸ Para mayor información sobre este estudio visite <http://www.comscore.com/Insights/Market-Rankings/comScore-Reports-March-2014-US-Smartphone-Subscriber-Market-Share>

³⁹ La GEOLOCALIZACIÓN es un término nuevo surgido con el avance tecnológico que da a entender por, ubicación satelital de un objeto o persona que trasmite coordenadas de su posicionamiento. Tomado de <https://es.wikipedia.org/wiki/Categoría:Geolocalización>

“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. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o de intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera”.

Además Colombia promulgo la ley 1480 de 2011 nuevo estatuto del comercio electrónico que define al comercio electrónico como “la realización de actos negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos, telemáticamente cursados entre proveedores y consumidores para la comercialización de productos y servicios”.

2.1. INSTRUMENTOS PARA EJERCER EL COMERCIO ELECTRONICO

2.1.1. Páginas web

Entre los instrumentos del comercio electrónico a destacar encontramos las páginas web, documentos o información electrónica, capaz de contener textos, sonido, videos, programas y enlaces adaptados para servir como puentes entre el consumidor y su propietario.

Las páginas web son herramientas que ofrecen a los proveedores la oportunidad de relacionarse con un mercado totalmente interactivo, donde las transacciones, transferencias, inventarios y recolección de datos, entre otras actividades, pueden realizarse en línea. Esto permite que las empresas puedan incrementar su eficiencia, disminuyendo el tiempo de estas operaciones; automatizar los procesos de administración; acelerar la entrega de productos y mejorar la distribución.

Entre otras ventajas, también permiten que los consumidores cuenten con una plataforma de compra durante las 24 horas del día, y las empresas se introduzcan en un mercado focalizado, a la medida de las necesidades de los clientes, al tiempo que disminuyen sus costos. En este sentido brindan la oportunidad a las

organizaciones de llegar a aquellos mercados geográficamente inalcanzables, de una manera rápida y eficaz, y de entrar en un nuevo segmento de consumidores.

Es preciso en este punto hacer claridad respecto y el ordenamiento jurídico colombiano advierte, la obligación en materia tributaria que nos insta la ley 633 de 2000, a saber:

Artículo 91. Todas las páginas Web y sitios de Internet de origen colombiano que operan en el Internet y cuya actividad económica sea de carácter comercial, financiero o de prestación de servicios, deberán inscribirse en el Registro Mercantil y suministrar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, la información de transacciones económicas en los términos que esta entidad lo requiera.

2.1.2. Portales de pago

El proceso de pago ha venido evolucionando y lo seguirá haciendo a raíz del aumento y desarrollo de las nuevas tecnologías, debido a que cada vez es más frecuente la venta de bienes y servicios a través de redes telemáticas, todo el proceso desde la oferta hasta la confirmación se materializa a través de medios electrónicos.

Dentro de este proceso encontramos los portales de pago, donde el comerciante emite una oferta que es recibida por usuarios indeterminados en la red, algunos de los cuales manifiestan su aceptación y proceden a realizar el pago utilizando distintos medios electrónicos.

En primer lugar está la tarjeta bancaria, sin duda la más popular de las formas de pago empleadas en el comercio electrónico, posiblemente por contar con medidas de seguridad y por la fiabilidad para su uso. Este nuevo uso plantea soluciones tecnológicas que, además de una comunicación por un canal seguro, añade sistemas de codificación de los datos objeto de envío, garantizados por el banco emisor quien revisa la autorización para que se efectúe la transacción.

En segundo lugar encontramos el dinero electrónico (e-Money) o también conocido como "Bit Coins"⁴⁰, esto es, la representación de un valor abstracto, admitido para la realización de intercambios y respaldado por una autoridad que

⁴⁰ Esta modalidad, en lugar de papel opera con bits, concretamente con cupones criptográficos y tiene las siguientes características: A) Goza de aceptación universal como medio de pago. B) El pago no depende de la existencia de fondos en una cuenta ni de la concesión de crédito por parte de un tercero. c) Prevalece el anonimato, a diferencia de las tarjetas bancarias que dejan un rastro fácil de seguir y permiten construir un perfil del titular. Flórez Rojas María Lorena- Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías No 10- Julio- Diciembre 2013-Universidad de los Andes.

se utiliza llegado el momento del pago, donde el deudor o consumidor, mediante el software de gestión, transfiere al comerciante “Bit Coins”. Recibidas estas por el comerciante, este se conecta con el banco y verifica la autenticidad de las”, comprobación que realiza la entidad bancaria constatando tanto su firma electrónica⁴¹ en las “Bit Coins” remitidas por el comerciante.

El tercer medio de pago electrónico son las órdenes de pago y los cheques electrónicos⁴². Esta modalidad le permite al cliente pagar directamente desde su cuenta corriente o de ahorros personal, y se procesa a través de los portales que utilizan los bancos para los depósitos y pagos electrónicos.

En lo que respecta a los portales de pago es evidente se están produciendo importantes transformaciones que influyen tanto en los nuevos modelos de relación con el cliente como en la adaptación producto de la innovación tecnológica. La seguridad que brindan los mismos a los consumidores, sumado a la rapidez y simplicidad que generan, son incentivo suficiente para que el consumidor haga uso de ellos y se permita evolucionar en pos de estas nuevas modalidades.

2.1.3. Transacciones comerciales

Uno de las principales dificultades que suponen el ejercicio del comercio electrónico y principal temor de los sujetos que participan en el mismo, se encuentra en el trámite de pagos a través de los sistemas electrónicos y en el riesgo que ese tipo de operaciones conlleva.

Es menester por tanto, para un correcto ejercicio, acceder a un sistema de medios de pago idóneo que brinde certeza y seguridad jurídica al mercado y en virtud del mismo, establezca un marco de protección para el ciberconsumidor.

El principio declara “se debe proporcionar a los consumidores mecanismos de pago seguros y fáciles de usar e información sobre el nivel de seguridad que brinden tales mecanismos.”⁴³

⁴¹ A través del registro de esta se identifica un usuario en la red.

⁴² Este sistema funciona a partir de los números impresos en la parte inferior del cheque de papel, el sistema transforma la información de la cuenta en un elemento de transferencia de fondos electrónica y luego procesa a través de la red de la Cámara de Compensación Automatizada (Automated Clearing House –ach), que es el mismo sistema que se utiliza para las transacciones de cajeros automáticos

⁴³ Numeral V, Segunda Parte, Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico.

En este sentido cobran especial relevancia los portales de pago ofrecidos por las distintas entidades que ejercen comercio proporcionando una conexión segura entre su tienda en línea y su cuenta de comercio en línea, generando claves cifradas a los usuarios garantizando un mejor control y por sobretodo proporcionando eficiencia y confianza evitando los desplazamientos.

Una de las novedades más significativas en relación con las operaciones de comercio electrónico en el nuevo Estatuto del Consumidor Ley 1480 de 2011, es la de la reversión de pago con relación a su alcance y las hipótesis de su aplicación.⁴⁴

Esta medida es efectiva y permite a los consumidores ejercer su libertad de contratar, incluso luego de adquirido el bien o servicio dentro los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que el consumidor tuvo noticia de la operación fraudulenta o no solicitada o que debió haber recibido el producto o lo recibió defectuoso o sin que correspondiera a lo solicitado. Sin embargo, también deben otorgarse al comerciante reglas de juego clara para mitigar los riesgos propios de la reversión de la transacción.

En el evento que existiese 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, cargara definitivamente la transacción reclamada al depósito bancario o instrumento de pago correspondiente o la debitara de la cuenta corriente o de ahorros del consumidor y el dinero, será puesto a disposición del proveedor.

La reversión del pago se ejerce cuando el pago de la transacción se haya efectuado por medio de mecanismos de comercio electrónico y la aplicación de la misma se estableció como uno de los campos del derecho del consumidor y su objeto no es otro que la devolución del dinero cuando medien determinadas circunstancias, a saber⁴⁵:

- ✓ Cuando el consumidor haya sido objeto de fraude.
- ✓ Cuando corresponda a una operación no solicitada.
- ✓ Cuando el producto adquirido no sea recibido.
- ✓ Cuando el producto entregado no corresponda a lo solicitado.
- ✓ Cuando el producto sea defectuoso.

⁴⁴ Artículo 51 de la ley 1480 de 2011

⁴⁵ FLOREZ, María Lorena, Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías No.10, 4Julio-Diciembre de 2013

La reversión del pago ha sido tema de gran controversia en el país por ser un instrumento de uso frecuente por los consumidores e incluso actualmente cruza un proyecto de ley que podría reglamentar su uso en los próximos años⁴⁶. No debe perderse de vista que uno de los deberes del consumidor consiste en “obrar de buena fe frente a los productores y proveedores y frente a las autoridades públicas” y en este sentido el uso de la mala fe para sacar provecho de una reversión sin fundamentos debe castigarse a severidad.

Viabilidad de las transacciones

Tratándose de una negociación desarrollada entre sujetos distantes, la identidad de las partes adquiere suma importancia en procura de hacer viables las transacciones en los negocios jurídicos a celebrarse a través de las redes informáticas, quienes se obligan posiblemente nunca se han visto y nunca se verán, por ello se hace necesario crear mecanismos que permitan acercarlos y dar seguridad, elemento absolutamente indispensable para el ejercicio y el crecimiento del Comercio Electrónico, toda vez que quienes están dispuestos a contratar a través de medios electrónicos siempre querrán saber a lo sumo con quien contratarán y, además, querrán tener certeza de que la información que le sea suministrada, con ocasión a la negociación, pertenezca efectivamente a la persona con la cual se disponen a intercambiar bienes y/o servicios.

Es así como en el presente estudio abordaremos los mecanismos electrónicos que permiten identificar los sujetos que han de obligarse y el rol que cada uno cumplirá dentro del contrato:

2.2. LA FIRMA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

El correcto ejercicio de la contratación por medios electrónicos aparece subordinado a la presencia de mecanismos que permitan comprobar el origen y la integridad de los datos suministrados, así como de acreditar la identidad de la persona que transmite su voluntad.

Ahora bien, los sistemas de información se encuentran expuestos constantemente a grandes riesgos, de tal manera que la información que poseen los usuarios se

⁴⁶ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo publicó la primera versión del proyecto Circular - 088 de 2014

encuentra amenazada por el espionaje informático, los ataques de virus, el acceso remoto no autorizado, la interceptación de correos y un sinnúmero de softwares maliciosos.

Es menester entonces, crear mecanismos que permitan brindar protección a los usuarios y a la información que suministran, tales como los sistemas antivirus, los sistemas firewall o los sistemas de autenticación como las firmas electrónicas. Necesidad que se previó y como resultado fue creada la firma electrónica, la cual cumple con las funciones de una firma manuscrita y a su vez constituye un mecanismo de restricción de acceso a la información de los usuarios de los sistemas de información.

De acuerdo a lo preceptuado por la CNUDMI, la firma electrónica será posible cuando cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y
- b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.⁴⁷

Hoy en día, se cuenta básicamente con dos tipos de firmas que cumplen con los requisitos enunciados, la firma electrónica y la firma digital, siendo la primera el género y la segunda la especie. Los diferentes ordenamientos jurídicos procuran regular específicamente la firma digital hablando de ambas indistintamente.

La firma electrónica

Si en el ejercicio comercial se genera duda frente a la identidad del firmante, la única forma de despejarla es cotejando dicha firma con un patrón de firma establecido previamente por el creador de dicha firma. Supone lo anterior, que la seguridad de la firma tradicional manuscrita que se encuentra directamente vinculada con los rasgos personales del autor al suscribir cada documento, en este sentido se torna ineficaz en la medida en que cada vez es más la información digital circulante, razón por la cual la firma electrónica adquiere día a día mayor importancia.

⁴⁷ Artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Para conocer el texto completo visite http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf.

A pesar de sus diferencias, la firma digital⁴⁸ fue creada con el propósito de brindarles confianza a los usuarios de los sistemas de información, en la medida en que con ella se garantiza la autenticidad de la información digital circulante.

La firma electrónica en concepto, es en sí misma el resultado de unos métodos matemáticos y numéricos, ahora bien agrupa un número determinado de instrucciones que sirven esencialmente para la identificación de un sujeto que se comunica a través de redes de comunicación, con el fin de crear, procesar, enviar, recibir o almacenar información en forma de mensajes de datos.⁴⁹

La CNUDMI definió la firma electrónica de la siguiente manera:

a) Por firma electrónica se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos.⁵⁰

El ordenamiento jurídico colombiano por su parte:

Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;

b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma.⁵¹

⁴⁸ Debemos distinguir entre los conceptos de Firma Electrónica y Digital entendiendo que la firma digital es un tipo de firma electrónica, el termino genérico es firma electrónica y la firma digital su especie basada en la tecnología de dígitos (unos y ceros).

⁴⁹ Biddle Bradford, Legislating Market Winners: Digital Signature Laws and Electronic Commerce Market Places, San Diego Law Review, Vol. 34, 1997, p. 1225.

⁵⁰ Artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas. Para conocer el texto completo visite <http://daccess-ods.un.org/TMP/4700419.html>.

⁵¹ Artículo 7 de la Ley 527 de 1.999.

La firma digital

Las firmas digitales como antes lo mencionamos son la especie de la firma electrónica, se encuentran basadas en la encriptación asimétrica y utiliza llaves o claves públicas y privadas en el proceso de creación y verificación de las firmas. Esta clase de firma electrónica, también es conocida con el nombre de criptografía de clave pública.⁵²

Colombia consagró en los artículos 2 y 28 de la Ley 527 de 1.999 el alcance de la firma digital, en este sentido es el artículo 2 el que define este concepto como “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.”

Incorporando al ordenamiento jurídico colombiano elementos técnicos de la firma digital, apoyándose en tecnología de criptografía de clave pública⁵³.

Es esencial y de vital relevancia diferenciar, a propósito de la tecnología de criptografía dos procedimientos: el procedimiento de creación de la firma digital y el procedimiento de verificación de la firma digital.

La creación de la firma se caracteriza por emplear un programa de computador basado en un procedimiento matemático que ha sido denominado “algoritmo de creación de firmas”. La firma digital gracias a ello solo cambiará de un documento

⁵² Marco Pérez, “El tratamiento legal de la firma electrónica en Colombia y en el derecho uniforme”, Revista Mercatoria, Vol. 1, Número 1. 2002.

⁵³ “La tecnología de criptografía de clave pública consiste en generar dos números a través de un programa de computo, matemáticamente relacionados, a los que se les denomina llaves. Una llave es un número de gran tamaño, que se puede conceptualizar como un mensaje digital, como un archivo binario o como una cadena de bits o bytes. Las llaves tienen características. Su generación es siempre en parejas y están relacionadas de tal forma que si dos llaves públicas son diferentes, entonces las correspondientes llaves privadas son diferentes y viceversa. En otras palabras si dos sujetos tienen llaves públicas diferentes, entonces sus llaves privadas son diferentes. La idea es la de que cada individuo genere un par de claves: pública y privada. El individuo debe mantener en secreto su clave privada, mientras que la llave pública la puede dar a conocer a otros individuos. El procedimiento de firmado consiste en que mediante un programa de computo, un sujeto alimenta un documento a firmar y su llave privada (que solo el conoce). El programa produce como resultado un mensaje digital (la firma digital). Juntos el documento y la firma constituyen el documento firmado. El proceso de autenticación consiste en que mediante un programa de computo se alimenta el documento firmado y la llave pública del supuesto firmante. El programa indica si el documento es autentico o no es autentico.” (MENDÍVIL, Ignacio, ABC de los documentos electrónicos seguros, México, 1999, p. 3).

a otro cuando los datos de la clave privada del firmante se mezclen con otros datos de otros documentos que sean firmados con la misma clave privada. Es por ello que se afirma que cada vez que se crea un documento electrónico se crea una nueva firma digital, sin que ello implique cambiar la clave privada del firmante.

Por otra parte, la verificación de la firma digital, se caracteriza por emplear un programa de computador que se basa en un procedimiento matemático, similar a la creación, denominado “algoritmo de verificación de firmas”, en virtud del cual es posible determinar que el documento fue firmado con la clave privada del firmante y que la información se encuentra completa e inalterada.

Finalmente el artículo 28 de la Ley 527 de 1.999 establece los atributos jurídicos de la firma digital, reconociendo la equivalencia de este tipo de firma con la manuscrita, señala que “cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo”. Además de ello establece una serie de requisitos para que dicha firma adquiriera la misma validez que la manuscrita. Son:

- ✓ Que sea única a la persona que la usa.
- ✓ Que sea susceptible de ser verificada.
- ✓ Que se encuentre bajo el control exclusivo de la persona que la usa.⁵⁴
- ✓ Que se encuentre ligada a la información, de manera tal que si se presenta un cambio en la información, la firma digital sea inválida.
- ✓ Que se encuentre conforme a las reglamentaciones establecidas por el ordenamiento jurídico.

2.2.1. Funciones de la firma electrónica en el comercio electrónico

Las principales funciones de la firma electrónica a nivel mundial son las siguientes:

- ✓ Permitir al receptor de un mensaje de datos determinar que la transformación del mismo fue creado utilizando la llave privada, la cual se corresponde con la llave pública del firmante, con lo cual es posible verificar su origen.
- ✓ Brindar seguridad y certeza de que el mensaje inicial no ha sido alterado desde su creación y transmisión.

⁵⁴ Es pertinente advertir sobre la imprecisión en que incurre el legislador al momento de incorporar este requisito, toda vez que lo que se encuentra en control exclusivo del firmante es la clave privada y no la firma digital.

- ✓ Garantizar que el receptor no ha modificado el mensaje de datos recibido. Toda vez que, como la firma se encuentra indisolublemente ligada al documento, si el mensaje de datos es alterado la firma automáticamente será invalidada. En otras palabras, la firma digital no impide que la información se altere, sino que detecta si está siendo o si fue alterada.
- ✓ Identificar a los participantes de una transacción electrónica.
- ✓ Dar certeza de la participación personal de un determinado individuo en el acto de firmar.
- ✓ Asociar al emisor de un mensaje de datos con su contenido.

Funciones que sin duda alguna serán eficaces para generar la seguridad jurídica necesaria a los usuarios del comercio electrónico quienes ven en esta un sistema preciso de verificación de partes que permitan comprobar la autenticidad y adecuación de los intercambios de información en la realización de dichas operaciones.

2.2.2. Certificado digital en Colombia

Ahora bien en Colombia, Certicámara es la primera entidad de certificación digital abierta creada por las Cámaras de Comercio del país, se trata de un tercero de confianza que garantiza la seguridad jurídica y tecnológica a las transacciones, comunicaciones, aplicaciones y en general a todo proceso de administración de la información digital con respaldo jurídico en las leyes nacionales, entre los más importantes beneficios tenemos:

- ✓ La autenticidad o identidad de quien remite el mensaje o realiza la transacción.
- ✓ La integridad del mensaje, lo que garantiza que el mensaje o documento no fue alterado.
- ✓ La confidencialidad, es decir que la información sólo pueda ser leída por personas autorizadas.
- ✓ El no repudio, se refiere a que no se pueda negar la autoría de un mensaje firmado.

Certicámara está autorizada y vigilada por la Superintendencia de Industria y Comercio y cumple con los más altos estándares internacionales exigidos por el American Institute of Certified Public Accountants (AICPA)⁵⁵ y el Canadian

⁵⁵ El AICPA es la asociación norteamericana de los auditores públicos de cuentas, cuya función fundamental es promover la elaboración de estándares profesionales para la auditoría del estado de cuentas y otros tipos de auditorías financieras o relacionadas. Para mayor información visite: www.aicpa.org/

Institute of Chartered Accountants (CISA)⁵⁶, razón por la cual posee el sello WEB TRUST⁵⁷ que la califica como entidad de certificación de categoría y clase mundial, permitiendo que Microsoft incluya a Certicámara dentro de las entidades de certificación que son reconocidas automáticamente por el Navegador de Internet.⁵⁸

Es preciso señalar en este punto, el gobierno nacional mediante documento Conpes 3620 de 2009 ordenó al Ministerio de Industria y Comercio, definir los atributos de la firma electrónica con el objetivo de buscar esquemas alternativos a la firma digital obteniendo los siguientes:

- ✓ La autenticidad o identidad de quien remite el mensaje o realiza la transacción.
- ✓ La integridad del mensaje, lo que garantiza que el mensaje o documento no fue alterado.
- ✓ La confidencialidad, es decir que la información sólo pueda ser leída por personas autorizadas.
- ✓ El no repudio, se refiere a que no se pueda negar la autoría de un mensaje firmado.

Buscando satisfacer las diferentes necesidades que surgen en el contexto del comercio electrónico, Certicámara abre a disposición del usuario el siguiente portafolio de productos y servicios⁵⁹, a saber los siguientes:

⁵⁶ CICA apoya el establecimiento de normas de contabilidad, de auditoría y aseguramiento para los negocios, organizaciones sin fines de lucro y el gobierno, y desarrolla y ofrece programas de educación. Para mayor información visite: <https://cpacanada.ca/>.

⁵⁷ WEB TRUST es el sello de confianza, calidad y seguridad que se concede a la “página Web” de la empresa que, previamente ha obtenido un Informe Favorable de Auditoría Independiente, por una Firma de Auditoría Habilitada para la Prestación de Servicios WebTrust al cumplir, durante un cierto periodo de tiempo, los Criterios y Principios WebTrust, establecidos por las entidades promotoras y licenciatarias del sello; Instituto Americano de Auditores Públicos de Cuentas (AICPA), Instituto Canadiense de Auditores de Cuentas (CICA)

⁵⁸ A la fecha CERTICÁMARA cuenta con la autorización de la Superintendencia de Industria y Comercio; certificaciones de seguridad de la información ISO 27001 y de calidad 9001, sello WEB TRUST que los califica como una entidad de certificación digital de clase mundial y reconocimiento de productos y servicios por Microsoft, la Fundación Mozilla y Adobe PDF.

⁵⁹ Para mayor información acerca del portafolio ofrecido visite <http://www.cccucuta.org.co/secciones-44-s/certicamaras.htm>

1. Expedición de certificados digitales de firma digital⁶⁰:

- ✓ Certificado de Representación de Empresa: se expide a los representantes legales de una persona jurídica o Entidad del Estado, o a un comerciante persona natural en el ámbito de su actividad profesional o mercantil con el fin de que se identifiquen como tales frente a terceras personas y puedan de esa manera comprometer jurídicamente a la Entidad a la que representan.
- ✓ Certificado de Pertenencia a Empresa: permite a una persona identificarse como perteneciente o vinculada a una organización empresarial o entidad del Estado, o como una persona que desempeña una determinada función o tiene una determinada relación respecto de la misma.
- ✓ Certificado de Profesional Titulado: se expide a personas naturales que hayan obtenido un título profesional debidamente reconocido en la República de Colombia o en un Estado Extranjero, y que hayan obtenido el correspondiente registro, licencia, colegiatura o tarjeta profesional requerido para el ejercicio de su profesión en la República de Colombia o en un Estado Extranjero. Este certificado permite al suscriptor identificarse ante terceros como profesional titulado.
- ✓ Certificado de Titular de Función Pública: certifican que una determinada persona natural ha afirmado: 1. Que ha sido nombrado o es titular legal del cargo de notario, cónsul, juez de la república, magistrado o registrador en la República de Colombia. 2. Que se encuentra en ejercicio del mismo.
- ✓ Certificado digital Persona Natural: Se expide a personas naturales nacionales o extranjeras que se han identificado plenamente ante Certicámara con documento(s) de identidad válido(s) y vigente(s) expedidos por la autoridad competente de la República de Colombia, o con documento(s) equivalente(s) expedido(s) por la autoridad competente de cualquier Estado Extranjero. Este certificado permite al suscriptor identificarse ante terceros como Persona Natural.

2. Expedición de certificados para seguridad en redes⁶¹:

- ✓ Certificado de Servidor Seguro (Certificado SSL): Este le permite a una persona jurídica o a un comerciante registrado, asegurar a quienes realizan

⁶⁰ El tiempo de aprobación y expedición de un certificado digital es de 8 días hábiles contados desde el momento en que el cliente radica virtualmente documentos en la url <http://solicitudes.certicamara.com/ssps> , este tiempo puede variar de acuerdo al proceso de verificación de la entidad y calidades de los funcionarios para quienes la empresa ha solicitado el certificado. Para mayor información visite: <https://web.certicamara.com/soporte-tecnico>

⁶¹ El certificado digital me permite: Firma de documentos ofimáticos: MS Office, Adobe Acrobat. Firma y encriptación de correos electrónicos: MS Outlook, MS Outlook Express, Netscape Messenger. Autenticación en software, redes.

transacciones a través de su sitio web, que tiene el control sobre su dirección en Internet (URL), que el canal es seguro y le permite a sus usuarios realizar operaciones confiables.

- ✓ Certificado de Servidor Seguro con firma automatizada: permiten el aseguramiento de aplicaciones que requieren la autenticación e integridad de mensajes de datos.
- ✓ Certificado para Firma de Código: permite a una persona jurídica o natural firmar mensajes de datos que contengan información, software, aplicativos, código fuente o código objeto para garantizar ante terceros que el software es distribuido de manera segura e inalterada por esa persona jurídica o natural.
- ✓ Certificado de VPN (Virtual Private Network)/Intranet: certifican que una persona natural o jurídica o entidad del Estado ha afirmado que, dentro de una red privada, tiene el control de una determinada máquina en dicha red privada.

3. Soluciones de Certificación: Sistema Administrador de Firmas Digitales (SAFD): es un aplicativo que permite: la gestión, recepción, verificación, clasificación, archivo y consulta de grandes volúmenes de documentos firmados digitalmente.

El SFA - Servidor de Firma Automatizada, es un componente de software cuya función principal es la de firmar automáticamente grandes volúmenes de archivos, empleando para ello un certificado digital X.509 V. 3 con atributo de firma.⁶²

Además se ofrece servicio de estampado cronológico mediante el cual se puede garantizar la existencia de un documento (o mensaje de datos) en un determinado instante de tiempo. Mediante su utilización se puede garantizar el instante de creación, modificación, recepción, etc. impidiendo su posterior alteración, haciendo uso de la hora legal colombiana suministrada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Nos parece importante resaltar y Certicámara advierte que para aquellos documentos expedidos por agentes diplomáticos y consulares no es posible realizar el firmado digitalmente⁶³ ya que la firma digital sobre este tipo de documentos no es válida.⁶⁴

⁶² El manual de firmado y verificación de archivos se encuentra publicado en el siguiente enlace /media/69355/manual_certifirma_5%20%20-.doc.pdf

⁶³ Para mayor información visite :<https://web.certicamara.com/soporte-técnico>

⁶⁴ Para mayor información viste: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/tramites-gestiones-personales/legalizacion-unica-apostilla>

Las garantías financieras⁶⁵ y de seguridad jurídica que por medio del registro el consumidor obtiene, se materializan en el respaldo de las Cámaras de Comercio del país y de todos los procesos en los que intervenga su certificado digital, recibiendo una asesoría oportuna de estos gremios además de la información necesaria para evitar los riesgos consecuentes de las diferentes transacciones comerciales por medios electrónicos como la identidad de partes, entre otras.

Así pues, habiendo definido que se entiende por Comercio Electrónico, la viabilidad de su ejercicio y los distintos aspectos a tratar, pasemos ahora a examinar el instrumento idóneo para que se perfeccione el ejercicio del comercio electrónico., a saber el contrato electrónico.

2.3 ACTORES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Con el fin de profundizar el estudio jurídico de esta novedosa tecnología y el aporte que suscito para el derecho comercial, en el presente punto del trabajo serán abordados los sujetos que están directamente ligados al desarrollo e inclusión de este tipo de ejercicio en el ámbito nacional e internacional, a saber, aquellos organismos que regulan las operaciones comerciales e incentivan el correcto ejercicio del mismo.

2.3.1. ENTIDADES NACIONALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Son muchas las iniciativas del gobierno nacional en procura de incentivar el desarrollo y evolución de las TIC en nuestro país actualmente, la evolución vertiginosa de la tecnología a escala mundial y la penetración de los medios electrónicos entre la población Colombiana han transformado abruptamente el mercado en Colombia.

El comercio electrónico es percibido como un pilar de crecimiento económico y del desarrollo de las empresas. Lo anterior hizo necesario revisar la relación entre el desarrollo del comercio electrónico y el crecimiento de las actividades empresariales y comerciales. Ejemplo de ello el Documento Conpes 3620 de 2009 sobre lineamientos de Política para el Desarrollo e Impulso del Comercio electrónico en Colombia donde se examinaron los obstáculos para la consolidación de la actividad comercial por medios electrónicos, hecho que

⁶⁵ Para mayor información visite: <https://web.certicamara.com/convenios/superintendencia-nacional-de-salud/>

terminaría sirviendo de ruta para la expedición del nuevo estatuto del consumidor ley 1480 de 2011. El mencionado documento hizo evidente la necesidad de instruir a nuestros nacionales para el conocimiento y uso adecuado del Internet a fin de eliminar las barreras que impedían el desarrollo del mercado electrónico en Colombia, además trajo a consideración aquel afán de aumentar las legislaciones que demostraran el desarrollo de este tipo de mercado generando un sentido de confianza en el consumidor que antes no se tenía y por sobre todo que efectivamente pudiera verse la mano del Estado interviniendo dentro de este proceso de desarrollo del comercio electrónico.

Caso similar ligado al desarrollo del comercio electrónico y el crecimiento empresarial es el portal del Estado Colombiano o e-government ⁶⁶ punto web que unifica el acceso a la información, trámites y servicios de las entidades del Estado integrado en el plan de desarrollo 2010-2014 ley 1450 de 2011, dirigido a ciudadanos y empresarios colombianos quienes deseen encontrar información sobre trámites y servicios de todas las entidades del Estado. Fue creado como un espacio de participación ciudadana por medio de varias estrategias como Urna de Cristal⁶⁷, para finalmente seguir aquella iniciativa enfocada sobre seguridad, principalmente en la protección de información del consumidor que diera a conocer a las empresas los beneficios que puede traer consigo el comercio por medios electrónicos.

Consecuencia de muchas de estas iniciativas y gracias a la expansión que ha tenido el comercio electrónico en el territorio nacional en estos últimos años fue necesario que se instaran organismos que ayudaran a controlar y regular el crecimiento ordenado, surgen entonces entidades como el Ministerio de las TIC y la Cámara de Comercio Electrónico de Colombia cuyo aporte significativo en materia se expondrá en brevedad:

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Facultado por la Ley 1341 de 2009 o Ley de las TIC el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es la entidad que se encarga de diseñar,

⁶⁶ Gobierno en Línea es una iniciativa del Estado que busca construir y mejorar la gestión administrativa, prestando servicio en línea al ciudadano. Para mayor información visite: <https://www.gobiernoenlinea.gov.co>

⁶⁷ La urna de cristal o urna virtual es una plataforma del gobierno colombiano para la participación ciudadana donde el gobierno resuelve dudas y hace pedagogía con el ciudadano para que este participe de la política.

adoptar y promover las políticas, planes, programas y proyectos del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.⁶⁸

Dentro de sus funciones expresas en el artículo 18 de la normativa, destacamos la iniciativa en el incrementar y facilitar el acceso de todos los habitantes del territorio nacional a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a sus beneficios a través de políticas y programas, para mejorar la calidad de vida de cada colombiano y el incremento sostenible del desarrollo del país.

Los objetivos del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, conforme lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 1341 de 2009 son:

- “ 1. Diseñar, formular, adoptar y promover las políticas, planes, programas y proyectos del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en correspondencia con la Constitución Política y la ley, con el fin de contribuir al desarrollo económico, social y político de la Nación y elevar el bienestar de los colombianos.
2. Promover el uso y apropiación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones entre los ciudadanos, las empresas, el Gobierno y demás instancias nacionales como soporte del desarrollo social, económico y político de la Nación.
3. Impulsar el desarrollo y fortalecimiento del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, promover la investigación e innovación, buscando su competitividad y avance tecnológico conforme al entorno nacional e internacional.
4. Definir la política y ejercer la gestión, planeación y administración del espectro radioeléctrico y de los servicios postales y relacionados, con excepción de lo que expresamente determine la ley.”

Masificar el uso del Internet para el mejoramiento de las prácticas empresariales y el aumento de la productividad en la vida cotidiana es una tarea que preocupa al MinTic y es por ello que esta entidad presta su apoyo a iniciativas orientadas al fomento del comercio electrónico jugando un papel importante en el desarrollo de la actividad comercial en nuestro país.

En procura de hacer efectivas aquellas funciones proclamadas en la ley que lo faculta Ley 1349 de 2009 “Ley de las Tic”, el Ministerio TIC mediante la Resolución 1083 del 6 de mayo de 2013 adoptó el Modelo Integrado de Gestión - MIG, que sirvió para dar respuesta a las políticas de desarrollo administrativo promovidas por el Estado. El MIG como modelo de gestión integrado compone todo lo relativo a la arquitectura de la institución, la adaptación cultural que las Tic han tenido en la población, la estrategia a seguir y finalmente pero de manera especial, el seguimiento, control y mejoramiento para el fortalecimiento de la gestión.

⁶⁸ Para mayor información su sitio web oficial: <http://www.mintic.gov.co/portal/604/w3-propertyvalue-540.html>

Es de esta manera como el desempeño de la gestión del Ministerio a través del MIG es medido rigurosamente por indicadores de procesos expedidos anualmente por la entidad, que entre otros velan por la satisfacción de las necesidades y expectativas previstas, garantizando el cumplimiento de sus objetivos institucionales. Un análisis exhaustivo al indicador de desempeño expedido en el último año (2014)⁶⁹ nos permitió concluir en este punto de la investigación que la mencionada entidad desarrolla sus funciones a cabalidad con un plan finamente detallado, que comprende gran variedad de mecanismos⁷⁰ lo que de una u otra forma favorece el desempeño continuo y eficaz de sus funciones.

Cámara de comercio electrónico

Creada por empresas dedicadas al ejercicio del comercio electrónico con el propósito de divulgar y promover el uso y desarrollo de las nuevas tecnologías de información y comunicaciones aplicadas al comercio y los negocios electrónicos, la CCE surge de la voluntad y compromiso de diversas entidades y personalidades, que velan por el desarrollo del comercio electrónico en Colombia y la región. A la cabeza el presidente de la CCE es google Colombia y el vicepresidente es Mercado Libre Colombia empresas posicionadas en el mercado por tener buena reputación entre los consumidores además de ser las que más han crecido en los 3 últimos años según la cámara de comercio electrónico.⁷¹

Las empresas que deseen desarrollar y aprovechar las ventajas del comercio electrónico son las llamadas a asociarse con la cámara de comercio electrónico pues encontrarán constantes capacitaciones para orientarlos en el ejercicio continuo de esta forma de hacer negocios.

La visión de la CCE como gremio es ser para el año 2020 referente del comercio electrónico para los empresarios, el gobierno y la comunidad en general, promoviendo buenas prácticas para un comercio seguro que genere confianza y contribuya al crecimiento general de la economía.⁷²

⁶⁹ Para mayor información de la gestión del MinTic y sus resultados en los últimos años visite : <http://www.mintic.gov.co/portal/604/w3-propertyvalue-6082.html>

⁷⁰ Por estos mecanismos nos referimos a los de gestión administrativa, evaluativos, de monitoreo y los demás comprendidos en sus funciones.

⁷¹ Algunos de los miembros activos de la CCE son: Bea Digital, MercadoLibre, Falabella, Deloitte, Pagos online, Decameron, Dridco, ACH, entre otras empresas privadas que buscan contribuir al impulso del Comercio Electrónico.

⁷² Para mayor información la página oficial de la entidad: www.cce.org.co.

El trabajo de la misma se ha organizado por comisiones compuestas por representantes de las diferentes empresas afiliadas. Cada comisión tiene como función trabajar en un tema específico relacionado al Comercio Electrónico y desarrollar proyectos que aporten al desarrollo y el crecimiento de la CCE.

Desde la creación de la misma podemos evidenciar a través de sus comisiones⁷³ que nos aportan cifras de un crecimiento exponencial en el plano institucional⁷⁴ justificado en sus informes anuales se han cumplido con las expectativas propuestas, generando entre quienes son afiliados y los que no un punto de encuentro en el que se discuten medios, tendencias y categorías que ofrecen las distintas plataformas del comercio electrónico.

2.3.2. ORGANISMOS INTERNACIONALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

A través de ciertos organismos internacionales, los gobiernos sensibles a la importancia del desarrollo de la economía digital, emprendieron acciones específicas para contribuir a impulsar de forma ordenada la práctica del comercio electrónico dentro de su ámbito normativo.

Su objetivo especial no es otro que el de remediar los inconvenientes derivados del ejercicio, las implicaciones del comercio electrónico en áreas críticas de la microeconomía, en la aplicación de impuestos, prácticas fraudulentas, en la protección al consumidor, en la privacidad y la seguridad. Además investiga el impacto económico y social del comercio electrónico sobre esferas de interés público como el trabajo, la educación y salud que limitan el acceso de las empresas a los mercados internacionales.

A continuación se presentan algunos de ellos:

⁷³ Son 8 las comisiones instaladas por la CCCE para diversos fines, así pues existe la Comisión para la capacitación y educación, Comisión para divulgación, Comisión para la documentación y facturación electrónica, la Estadística, la Logística, la de Gobierno y regulación, la Comisión para el M-Commerce y la Comisión para pagos y antifraude.

⁷⁴ Vinculo Comisión Estadística de la CCCE
http://ccce.org.co/comisiones/lestadistica#.VcRch3F_Oko

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI- WIPO)

Su función principal es la de promover la protección de la propiedad intelectual en el mundo, mediante la cooperación de los Estados, y administrar varios tratados multilaterales que traten de los aspectos jurídicos y administrativos de la propiedad intelectual.⁷⁵

Las normas técnicas de la OMPI se presentan como recomendaciones y están destinadas a los Estados miembros y las organizaciones internacionales, en particular a sus oficinas nacionales o regionales de propiedad industrial, a la Oficina Internacional de la OMPI, y a toda otra institución nacional o internacional interesada en la información y la documentación en materia de propiedad industrial.

En materia de Internet, ha desarrollado recomendaciones referentes a cuestiones de propiedad intelectual relacionadas con los nombres de dominio, registros y solución de controversias.

Una considerable cantidad de los recursos de la OMPI están destinados a fomentar la cooperación con los países miembros en desarrollo.⁷⁶

La Organización Mundial del Comercio (OMC)

Las discusiones relativas a esta forma de ejercer el comercio se desarrollaron inicialmente en el marco de la declaración de Ginebra en el año 1998, estableciendo un programa de trabajo tendiente a comunicar todo avance significativo en materia de operaciones comerciales por medios electrónicos.

El examen de los aspectos relacionados con la OMC está dividido en siete partes. La primera, que trata de las cuestiones relativas a la infraestructura necesaria para el comercio electrónico, se centra en el resultado de las recientes negociaciones encaminadas a liberalizar el comercio de productos de la tecnología de la información y servicios de telecomunicaciones básicas, y en ella se examina también la cobertura de los servicios de acceso a Internet.

⁷⁵ <http://www.wipo.int/portal/es/>

⁷⁶ Para mayor información el siguiente enlace contiene el listado de países que pertenecen a esta organización. <http://www.wipo.org/eng/ratific/c-wipo.htm>.

La segunda parte se refiere a cuestiones de acceso a los mercados de los productos transmitidos por medios electrónicos, en particular a las repercusiones del acuerdo concertado hace poco por los Estados Unidos y la Unión Europea sobre derechos de aduana, que afecta a las transacciones a través de Internet, a la propuesta recientemente presentada por los Estados Unidos al Consejo General de la OMC sobre el régimen de aduanas de las transmisiones electrónicas y a la clasificación de las transacciones electrónicas en el marco de la OMC. En la tercera parte, se examina lo que se ha conseguido mediante los compromisos de liberalización del comercio asumidos en virtud del Acuerdo General sobre el comercio de Servicios (AGCS) en las esferas que parecen tener mayor importancia para el comercio electrónico.⁷⁷

La cuarta parte trata de la función de la OMC en la facilitación del comercio, con insistencia en las maneras en que Internet y el intercambio electrónico de datos pueden simplificar las operaciones comerciales y la administración de aduanas. En la quinta parte se examina la forma en que el comercio electrónico podría transformar el enfoque tradicional de la contratación pública mediante la utilización de tecnologías electrónicas. La sexta parte aborda los aspectos relacionados con el comercio de los derechos de propiedad intelectual y la importancia de la protección del derecho de autor y los derechos conexos, así como de las marcas de fábrica o de comercio y de los nombres de dominio, para el futuro desarrollo del comercio electrónico. En la última parte se examinan cuestiones de reglamentación relacionadas con el comercio electrónico desde la perspectiva de la OMC.⁷⁸

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI – UNCITRAL)

LA UNCITRAL se ha convertido en el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en la esfera del derecho mercantil internacional.

En el área relativa al Comercio Electrónico se tuvieron como base la propuesta de dos leyes modelos: Ley de comercio electrónico, elaborada en el año de 1996 y la ley de firmas digitales de 2001, ambas tendientes a facilitar el uso de medios modernos de comunicación y de almacenamiento de información, por ejemplo el

⁷⁷ Para mayor información acerca del acuerdo general sobre el comercio de servicios (AGCS): objetivos, alcance y disciplinas, visite: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gatsqa_s.htm

⁷⁸ Esta y otras declaraciones que al respecto a emitido la OMC se encuentran relacionadas en la página oficial de la OMC en su acápite :https://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico y la telecopia, con o sin soporte de Internet. De acuerdo con la Comisión, la primera de estas leyes se basa en el establecimiento de un equivalente funcional de conceptos conocidos en el tráfico que se opera sobre papel, como serían los conceptos "escrito", "firma" y "original". Acto seguido la ley de firmas digitales de 2001 contribuye enormemente a implementar los métodos tecnológicos de seguridad informática que propiciasen la equivalencia entre las transacciones electrónicas y las tradicionales.⁷⁹

Con el propósito de poder asistir a los legisladores, la Comisión ha elaborado además una Guía para la Incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico al derecho interno. Ya que el ámbito de aplicación normativo de esta se circunscribe al contexto de las actividades comerciales opera de manera supletiva, situación que obliga a los gobiernos a adaptar y coordinar sus marcos regulatorios para el desarrollo de estos nuevos espacios de mercado sin la ejecución de medidas que impidan el uso de estos nuevos y avanzados canales para el comercio.⁸⁰

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD)

Como consecuencia de la importancia del comercio electrónico, la OECD ha promovido, entre representantes de gobierno, negocios, sindicatos, y otras organizaciones internacionales, el desarrollo conjunto de una serie de estrategias para el impulso de esta nueva forma de transacción en una escala global.

La OECD recolecta datos, analiza escenarios, estudia tendencias e investiga el desarrollo económico para posteriormente publicar sus reporteros y remitirlos a países afiliados.⁸¹

Áreas críticas como la microeconomía, la aplicación de impuestos, las prácticas fraudulentas, la protección al consumidor, la privacidad y la seguridad de los usuarios han sido objeto de estudio de este organismo.

Es en ese mismo marco como aparece el instrumento internacional más representativo en cuanto a la protección del consumidor en línea; Las Guías para la Protección del Consumidor en el contexto del comercio electrónico aprobado

⁷⁹ PEÑA Valenzuela, Daniel. La protección del consumidor en el comercio electrónico. Bogotá-Colombia: Editorial U. Externado de Colombia, 2013. p. 468

⁸⁰ <http://www.uncitral.org/>

⁸¹ Los países afiliados sólo deben cumplir con dos requisitos fundamentales: una economía de mercados, y una democracia pluralista.

por el Consejo de la OCDE en 1999, que tienen como objetivo que los consumidores no tengan menor protección cuando adquieran bienes y servicios por medios electrónicos en comparación a cuando realizan tales operaciones por medios tradicionales.⁸²

Las guías plantean la necesidad de que las empresas actúen de buena fe de acuerdo con prácticas comerciales honestas, leales y transparentes para propiciar términos y condiciones equilibrados que garanticen la protección del consumidor.⁸³

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)

Este organismo tiene como objetivo estudiar las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho internacional privado y el derecho comercial, en particular entre los Estados, así como formular los instrumentos de derecho uniforme, principios y normas para alcanzar dichos objetivos.⁸⁴

Asimismo, se tiene dentro de sus principales funciones la redacción y aprobación de normativas respecto a temas de derecho privado aplicables a los países miembro de la UNIDROIT.⁸⁵ Uno de los principales logros, aplicables en la legislación nacional, son los principios generales sobre derecho privado. Estos principios abarcan los temas del derecho mercantil, civil y comercial.⁸⁶

Todos estos organismos y sus aportes directa o indirectamente permearon el mundo del comercio electrónico y la protección de los consumidores en el territorio nacional, toda vez que son pioneras en regulaciones y normatividad al respecto además de que como ya fue visto sirvieron de modelo guía para la elaboración de la normatividad del comercio electrónico.

A nuestro juicio estos institutos son los llamados a emprender la lucha para que sus países miembros consoliden una normatividad con reglas claras, para que cuando se presenten conflictos entre un proveedor y un consumidor de diferentes países se sepa la manera de solucionarlos. Se debe trabajar en este sentido por

⁸² PEÑA Valenzuela, Ibid, p.468

⁸³ <http://www.oecd.org/>

⁸⁴ Política del UNIDROIT <http://www.cancilleria.gov.co/international/multilateral/international-governmental/unidroit>

⁸⁵ La UNIDROIT cuenta con 63 Estados Miembro, Colombia hace parte desde 1940.

⁸⁶ <http://www.unidroit.org>

mejorar los tratados existentes y suplir lagunas jurídicas, pues nuestra normatividad como se verá más adelante es solo aplicable al territorio nacional.

2.4. EL CONTRATO ELECTRÓNICO

El Contrato Electrónico es aquel que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este tiene o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo de la interpretación futura del acuerdo; en otras palabras, nos encontramos frente a un contrato electrónico cuando dos o más personas, naturales ó jurídicas, se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntades, con el propósito de que nazcan obligaciones entre ellas y todo lo anterior haya sido conseguido a través de un medio computarizado. Por lo tanto, podemos afirmar que el comercio electrónico trae consigo una nueva modalidad para la formación del consentimiento en la celebración de negocios jurídicos, que como ya es sabido constituye un requisito esencial para la validez de los mismos.⁸⁷

Así pues, si bien es cierto que actualmente en Colombia no se cuenta con una regulación completa frente al ejercicio del comercio electrónico, en especial frente a la contratación electrónica, es perfectamente posible aseverar que la validez que se predica de la contratación electrónica es susceptible de tratamiento legal, toda vez que, tanto los contratos electrónicos como las estipulaciones en ellos contenidas, se consideran perfectamente válidos cuando se ajustan a la normatividad consagrada y se fundan en el principio de la autonomía de la voluntad.

En este orden de ideas, encontramos que el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido condiciones de validez y no de su forma, en donde lo esencial y determinante es que los contratos cumplan con los requisitos establecidos para manifestar el consentimiento y perfeccionar el contrato a partir de los procedimientos de oferta y aceptación, los cuales se encuentran establecidos en los artículos 845 y siguientes del Código de Comercio.

Como se puede observar, en principio todo contrato es susceptible de perfeccionamiento por medio electrónico siempre y cuando este cumpla con los requisitos de existencia y validez, donde no sólo se obligan las partes a lo pactado

⁸⁷ Según lo dispuesto por el artículo 1502 numeral 2 del Código Civil Colombiano, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que consienta en dicho acto o declaración de voluntad y su consentimiento no adolezca de vicios.

sino que además se deben someter a los requisitos y consecuencias que de los contratos mismos se deriven.

Sin embargo, dentro del tema que nos ocupa, encontramos como es común en todo principio general la existencia de una excepción, referida a la solemnidad o “Solemnitatem Causa”⁸⁸, puesto que no se puede perfeccionar por vía electrónica aquellos contratos cuya validez se encuentra condicionada al cumplimiento de una formalidad o cuando se requiere de perfeccionamiento por escritura pública y/o posterior inscripción en los registros públicos; casos en los cuales perfectamente se puede llegar a un acuerdo a través de equipos electrónicos, pero por disposiciones legales para su perfeccionamiento las partes que están interesadas en celebrar el negocio jurídico deberán presentarse y cumplir con las formalidades y/o solemnidades establecidas en la normatividad que regula el perfeccionamiento de los contratos solemnes.

2.4.1. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Conscientes del crecimiento del comercio y de la necesidad de unificar y armonizar las normas que rigen el comercio internacional, previendo la necesidad de adoptar medidas a fin de garantizar la seguridad en el contexto de la utilización del procesamiento automático de datos en el comercio internacional, la CNUDMI elaboro unos principios jurídicos aplicables a la formación de los contratos por medios electrónicos, con el objeto de contribuir a colmar las lagunas jurídicas y a reducir la incertidumbre sobre esta nueva práctica mercantil.⁸⁹

Estos principios derivados de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico, han sido regulados por diversas legislaciones latinoamericanas en búsqueda de la unificación del derecho mercantil internacional.

Con el firme propósito de no perder el norte del estudio emprendido, en el presente capítulo haremos referencia únicamente a los principios del derecho doméstico e internacional que, a nuestro juicio, revisten mayor importancia y son aplicables al ejercicio del Comercio Electrónico, los cuales, a su vez gobiernan la celebración de los Contratos Electrónicos.

⁸⁸ Dicha excepción encuentra su sustento de conformidad al artículo 1500 del Código Civil Colombiano que define el contrato solemne como aquel que está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, surgiendo la solemnidad cuando la forma es impuesta por la ley como requisito de existencia del contrato.

⁸⁹ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, resolución 51/162 de la Asamblea General de 16 de diciembre de 1996

Estos principios son: Autonomía de la voluntad, buena fe, libertad de forma, autenticidad, equivalencia funcional e integridad. Veámoslos:

Autonomía de la voluntad

El ordenamiento jurídico colombiano determina en el artículo 1602 del Código civil que todas las estipulaciones pactadas válidamente por las partes en un contrato son ley para las mismas y de igual manera establece en el artículo 824 del Código de Comercio que los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o a través de cualquier otro modo inequívoco.

Además, la UNIDROIT consagró dos principios que se encuentran directamente relacionados con lo anterior. El primero de ellos, se llamó *Libertad de Contratación* y establece que “las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido” y el segundo, denominado *Carácter Vinculante de los Contratos* y establece que “todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos principios.”⁹⁰

Por lo tanto, para que nazcan relaciones jurídicas entre sujetos a través de la implementación de los Contratos Electrónicos sólo es necesario el acuerdo libre y voluntario de las partes, y serán válidos siempre y cuando con su celebración no se afecte el orden público y las buenas costumbres.

Buena fe

La buena fe puede ser entendida como aquel que permite determinar si un sujeto está actuando o debió haber actuado correctamente.

Al respecto, el artículo 863 del Código de Comercio habla de la buena fe en la etapa precontractual, y establece que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios *que se causen*”, por lo tanto, es claro que el ordenamiento jurídico exige a quienes se dispongan a celebrar un negocio jurídico que los actos ejecutados con

⁹⁰ Artículos 1.1 y 1.3 de la declaración de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Para conocer el texto completo visite:
<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>.

anterioridad a la celebración de un negocio jurídico siempre deben cumplirse de buena fe.

En palabras de Marta Lucia Neme Villareal⁹¹, el sujeto debe actuar con lealtad y corrección plenas, de acuerdo con los patrones generales de conducta y, en cada caso en particular, de conformidad con los más estrictos que impone la naturaleza del contrato en cuestión. La buena fe contractual, como norma de comportamiento extiende autoridad y orientación a todo el ámbito contractual, convirtiéndose en una columna importante del contrato.

Podríamos afirmar que la buena fe obliga a lo dispuesto en el negocio jurídico y a los usos y costumbres usuales entre las personas honorables, como también obliga a todas aquellas prestaciones accesorias que circunscriben a cada negocio en particular teniendo en cuenta las particularidades del caso en concreto, con independencia o no de que hayan sido pactadas expresamente. Es por ello que son deberes naturales del contrato y que por virtud de la fuerza integradora de la buena fe se entienden incorporados a él los deberes de la obligación de información, de lealtad, de transparencia, de claridad, de diligencia, de vinculación al pacto celebrado atendiendo el interés de las partes, de cooperación, de solidaridad, de no contrariar los actos propios etc.⁹².

Del mismo modo, el Código Civil menciona la buena fe a la hora de contratar y en su artículo 1.603 dispone que “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”.

Por su parte, la UNIDROIT se ha pronunciado al respecto y consagró este principio, el cual denominó buena fe y lealtad negocial, según el cual:

- “1. Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional
2. Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.⁹³”

Así, a juicio de dicho organismo internacional, en toda relación jurídica internacional, incluidas aquellas que se lleven a cabo a través del comercio electrónico, se tendrá que exigir la buena fe y la lealtad negocial de las partes.

⁹¹ NEME VILLARREAL, Martha Lucía., "El principio de buena fe en material contractual en el sistema jurídico colombiano", En: Revista Derecho Privado, n.o 11, Año 2006, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 85.

⁹² NEME VILLAREAL, Op.Cit., p. 90.

⁹³ Artículo 1.7 de la declaración de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Para conocer el texto completo visite <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>.

Por lo tanto, al momento de contratar, el actuar de las partes contratantes siempre deberá estar regido por este principio, sin importar cuál sea la tecnología aplicada como medio de contratación.

Libertad de forma

Como ya fue dicho anteriormente, el contrato es ley para las partes y los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o a través de cualquier otro modo inequívoco. Por lo tanto, no existe ningún mandato legal que indique que en el ejercicio del Comercio Electrónico los negocios jurídicos tengan que cumplir con alguna formalidad para su perfeccionamiento.

Así pues, la consensualidad es un principio imperante en la contratación por medios electrónicos, es decir, que los contratos se perfeccionan con la manifestación del consentimiento o voluntad interna de las partes. Por lo tanto, la validez y fuerza obligatoria de un contrato no resulta en principio afectada por que las declaraciones de la voluntad negocial de las partes hayan sido transmitidas por medio del Internet o de cualquier otro medio que se considere electrónico

Autenticidad

Este principio al cual hacemos mención, se encuentra contenido en los artículos 8 y siguientes de la Ley 527 de 1.999, vincula todo lo referente a la autenticidad, admisibilidad, fuerza probatoria, integridad y originalidad de los mensajes de datos.

Su consagración resulta vital dentro del ejercicio del Comercio Electrónico, toda vez que con su aplicación es posible determinar la identidad de las partes de un negocio jurídico electrónico, de manera que exista suficiente seguridad jurídica para los contratantes. Además, también es importante al momento de requerir una prueba respecto de la originalidad de un documento específico.⁹⁴

⁹⁴ Jurídicas Gustavo Ibáñez: Introducción jurídica al comercio electrónico. Bogotá. 2.002, p. 229.

No repudio

Cuando se firma un documento lo que se hace es manifestar el acuerdo con el contenido del mismo, por ende, cuando un mensaje de datos se encuentra firmado, sea por una simple firma electrónica o a través de la firma digital, se infiere que el autor (iniciador) del mensaje que consta en el certificado debidamente expedido, está manifestando que su voluntad es la consignada en dicho documento electrónico y, por lo tanto, no puede negarse a los efectos que del mismo se derivan.

Inalterabilidad

Hace referencia a que si bien el contenido del mensaje de datos se puede llegar a alterar, la firma para el caso en que se utilizó este tipo de firma electrónica, permite demostrar que tal evento ha ocurrido y por lo tanto que dicho mensaje de datos carece de valor real, por cuanto es falso o ha sido alterado.

Equivalente funcional

Dicho principio hace referencia a la solvencia jurídica y al reconocimiento que se le pretende dar al uso de medios electrónicos al momento de llevarse a cabo una contratación. Así pues, con su promulgación se pretende asimilar la Contratación Electrónica a la contratación tradicional, para así no tener que modificar el régimen jurídico de las instituciones propias del derecho de la contratación.

En otras palabras, “este principio tiene como fundamento analizar los propósitos y funciones exigidas tradicionalmente para el documento físico, con el fin de determinar de qué manera estas funciones y objetivos se pueden cumplir por el documento electrónico”⁹⁵

⁹⁵ Ibid, p. 230.

Integridad

Dicho principio indica que las partes a la hora de contratar deben permitir la “verificación de la identidad exacta de la información enviada por el iniciador y el mensaje recibido por el destinatario”⁹⁶.

En este sentido, se entiende que todo mensaje recibido corresponde al mensaje que ha sido enviado. Sin embargo, en caso tal que una de las partes contratantes considere que el mensaje no es el mismo, sino que por el contrario éste fue modificado o alterado, sobre éste recaerá la carga probatoria. Por lo tanto, tendrá que demostrar que se produjo dicha alteración y, en caso de que efectivamente se haya presentado, también tendrá que demostrar que las normas de seguridad de contratación electrónica fueron vulneradas.⁹⁷

Por lo tanto, con la aplicación del principio de integridad se le da plena validez jurídica a los contratos electrónicos celebrados por las partes. Siendo aquí donde la firma digital y/o la firma electrónica cobran una especial e importantísima función, toda vez que se confía plenamente en éstas, ya que gracias a su implementación es como se asegura la integridad de la operación que ha sido firmada adecuadamente, sin importar el medio en que se almacene.

2.4.2. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Es con la oferta y la aceptación entonces como de manera tradicional funciona la contratación, no siendo la electrónica una excepción, solo diferenciándose por demás en el empleo de medios técnicos actuales para manifestar la voluntad de quien quiera obligarse.

Se hace imprescindible para el desarrollo de este medio de contratación que el ordenamiento jurídico atribuya a las manifestaciones de voluntad expresadas a través de redes informáticas efectos jurídicos similares o iguales a los de las manifestaciones expresadas por medios tradicionales.

Admitido el principio de libertad de formación de los contratos y con este la eficacia obligatoria de las declaraciones emitidas por medios de comunicación

⁹⁶ Ibid, p. 231.

⁹⁷ Según lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 527 de 1999, se considera íntegra la información consignada de un mensaje de datos. si ésta ha permanecido completa e inalterada, salvo algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación.

electrónica, se hace posible aceptar que en nuestro ordenamiento jurídico la validez y la fuerza obligatoria de un contrato no resulta en principio afectada por la circunstancia de que las manifestaciones de voluntad hayan sido emitidas haciendo uso de mensajes de datos enviados y recibidos entre ordenadores, o de redes informáticas.

En ese sentido, el ordenamiento jurídico colombiano en vigencia de la Ley 527 de 1.999 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, ha estipulado en su artículo 14 lo siguiente:

“Artículo 14. Formación y validez de los contratos. En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos.”

Se habla en principio de la equivalencia funcional, por la cual el contrato no pierde validez probatoria por el hecho de celebrarse a través de medios electrónicos.

Situación que de antemano ya había sido aceptada en el artículo 11 # 1 de la Ley modelo de la UNCITRAL sobre comercio electrónico, la cual estipulo lo siguiente:

“Artículo 11. – Formación y validez de los contratos: 1) En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos.”

A lo anterior es preciso agregar que la validez y fuerza obligatoria de los contratos electrónicos se verán afectadas cuando se hagan manifiestas excepciones que las legislaciones estatales establezcan para ciertos supuestos en los que se exijan una serie de formalidades como presupuestos de la celebración de un contrato.

La formación del contrato electrónico mediante la concurrencia de la oferta y la aceptación, además de lo expresado con anterioridad exige también una declaración que incorpore todos los elementos esenciales del contrato sin reserva del consentimiento por parte de quien ofrece y otra declaración por parte de quien acepte la oferta sin modificación alguna.

La oferta

Entendida como la manifestación de voluntad encaminada a la formación de un negocio jurídico, en palabras de Díez-Picazo “es una declaración de voluntad

emitida por una persona y dirigida a otra u otras personas determinadas, proponiendo la celebración de un contrato igualmente determinado”⁹⁸.

En la legislación mercantil colombiana la oferta se define, por lo preceptuado en el artículo 845 del Código de Comercio:

“La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicados al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.”

Ha de reunir la oferta todas aquellas características de una manifestación de voluntad inequívoca emitida por el oferente con la intención de obligarse. Tendrá que contener todos los elementos del negocio jurídico que se pretenda celebrar, de tal modo que si se presenta la aceptación por parte del destinatario, el negocio jurídico se entenderá concluido sin más.

La oferta siempre debe ser contundente, clara, así el oferente manifestará a su destinatario una intención definitiva de obligarse, intención que debe persistir hasta el mismo momento en que el negocio jurídico se perfeccione.

Es importante destacar que los negocios jurídicos celebrados a través de medios electrónicos, como las ofertas de bienes o servicios que eventualmente podrán ser aceptadas por los usuarios de las redes, contienen un acuerdo de voluntades entre personas que se encuentran distantes, en los cuales generalmente el destinatario de la oferta se adhiere a lo estipulado por el oferente.

Acto seguido el oferente expone el producto al público en general o a un grupo específico, estableciendo las condiciones del negocio y apoyándose en la gama cuasi infinita de técnicas modernas de mercadeo-marketing⁹⁹ para conseguir múltiples adquirentes o potenciales clientes.

Es menester poner de igual manera a consideración que la oferta electrónica no obliga por siempre al oferente, pudiéndose revocar cuando medien determinadas circunstancias¹⁰⁰ son estas:

- ✓ Cuando se produzca la cesación de la exposición del producto u ofrecimiento del servicio.

⁹⁸ DIEZ,-Picazo. Fundamentos del derecho civil patrimonial, p. 281.

⁹⁹ Lo más común es que los sitios web ofrezcan a sus clientes sus productos a través de la publicación de imágenes fotográficas, sonidos, dibujos y todo tipo de aplicaciones multimedia, lo cual les permite dar a conocer sus productos sin la necesidad de tener un gran inventario.

¹⁰⁰ MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. DERECHO-e, Derecho del Comercio Electrónico. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Barcelona España, 2.002, p. 9.

- ✓ Cuando se exponga al público una declaración expresa revocando la oferta.
- ✓ Cuando se agote el producto ofrecido o sea imposible prestar el servicio.¹⁰¹

Formas de oferta

Existen dos maneras en que puede presentarse la oferta, más hemos de ser congruentes con lo expuesto y admitir que la única que debería ser válida es la oferta presentada de manera expresa, toda vez que ésta es la única que le brinda protección a los ciberconsumidores y a su vez le da cierta certeza y seguridad jurídica al denominado mercado electrónico.

De manera expresa es aquella oferta que se produce en términos, sean verbales o escritos, y no deja lugar a dudas del ofrecimiento que se está haciendo al destinatario. Mientras que la tácita cuando el proponente realiza una invitación con el ánimo de que el bien o servicio sea aceptado en el comercio electrónico, pero dicha invitación no contiene expresamente una propuesta de negocio, sino que el destinatario debe inferir que quien lo está invitando tiene la intención de obligarse mediante el uso de medios electrónicos.

La aceptación

Al igual que la oferta, la aceptación es una manifestación de voluntad emitida por el destinatario de la oferta y dirigida al oferente de la misma. Es así entonces como el destinatario le manifiesta al oferente su voluntad de celebrar el negocio jurídico que le fue propuesto perfeccionándolo con su aceptación.

Han de coincidir plenamente propuesta y oferta, cualquier adición o modificación a la oferta inicial supondría un fenómeno jurídico denominado “contraoferta”, es decir, una manifestación de voluntad dirigida al oferente inicial quien haría las veces de destinatario a partir de la presentación de la nueva oferta.¹⁰²

Fenómeno similar ocurre con el contrato electrónico donde el ciberconsumidor se adhiere a la propuesta o a la oferta que hace el cibervendedor, manifestando su

¹⁰¹ El consumidor tiene derecho antes de formalizar el contrato a obtener información escrita de las características esenciales del bien o servicio, tales como la vigencia de la oferta, como lo especifica el artículo 3 numeral 1.3 de la ley 1480 de 2011

¹⁰² MORENO NAVARRETE, Op. Cit, p. 110.

voluntad de obligarse, aceptación que tiene que ser clara y sin condiciones, toda vez que se corre el riesgo, de presentarse una contraoferta.

Desde el momento en el que el cibervendedor realiza la oferta y hasta que el ciberconsumidor genera la aceptación, el contrato electrónico se encuentra en una etapa de suspenso, que solo conseguirá desvelarse cuando efectivamente se presente dicha aceptación.

De igual manera es válido hacer claridad que la aceptación es condición necesaria más no suficiente para el perfeccionamiento de los contratos electrónicos, toda vez que se hace preciso que el oferente tenga conocimiento de la misma. Ésta toma de conocimiento es la verdadera última etapa en la formación del contrato. Aceptación y conocimiento suelen coincidir en la contratación tradicional, pero no ocurre lo mismo en la contratación por medios electrónicos, entendiéndose el factor distancia media entre contratantes.¹⁰³

Formas de aceptación

El destinatario podrá aceptar de cualquier manera siempre y cuando el oferente no interponga alguna solemnidad o no requiera una forma especial para tal fin, al igual que en la oferta nos encontramos con dos tipos de aceptación:

La aceptación expresa, la cual se presenta en aquellos casos en los que el ciberconsumidor la formula en términos explícitos, bien sea de manera verbal o escrita, y sin equívocos. Siendo esta la aceptación que más se usa dentro del comercio electrónico, aplicando la llamada teoría de la aceptación del click¹⁰⁴, según la cual, hay una aceptación inequívoca cuando el ciberconsumidor da click en el icono determinado que se haya diseñado para tal fin, lo que determina que así se ha adherido a la propuesta presentada por el cibervendedor.

Mientras que la aceptación tácita, se presenta en aquellos eventos en los que el ciberconsumidor consciente al ofrecimiento del cibervendedor mediante una aplicación informática, acepta en virtud de una oferta bajo ciertos parámetros programados de manera previa. Ésta forma de aceptación también es

¹⁰³ Ibid, p. 110.

¹⁰⁴ Dicha aceptación parte del entendido de que el consentimiento se forma en el momento en que el aceptante exterioriza su voluntad, aunque la aceptación no haya sido remitida al oferente. La mencionada teoría ha sido objeto de crítica por encontrarse en una peligrosa situación de inseguridad, en tanto la parte ignora la actitud de su contraparte, quien además podría volver su decisión atrás.

completamente válida, ya que en este caso el consentimiento se dio con anterioridad al propio acto de disposición; por tanto, la declaración de voluntad es tácita por el hecho de haber aceptado la introducción de un programa en nuestro ordenador con las órdenes que se le han dado o trae causa de un contrato marco en un sistema cerrado¹⁰⁵.

Finalmente previo conocimiento de la aceptación por parte del oferente y presentada dentro del término que se encuentre publicado en la oferta, se entenderá el contrato electrónico perfeccionado y en consecuencia se convertirá en ley para las partes.

Tratándose de negocios jurídicos celebrados en ejercicio del comercio electrónico, tanto la oferta como la aceptación, tendrán que ser realizadas a través de los mismos medios. Miguel Ángel Moreno Navarrete, califica acertadamente la situación:

La oferta es una declaración de voluntad emitida por medios electrónicos por una persona, y dirigida a otra u otras, proponiendo la celebración de un determinado contrato; y la aceptación es una declaración de voluntad que emite el destinatario de forma electrónica de una oferta dando su conformidad a ella¹⁰⁶

2.4.3. SUJETOS EN EL CONTRATO ELECTRÓNICO

Nos encontramos ante uno los eventuales problemas en el ejercicio del comercio electrónico, el hecho distinguir cuales son los sujetos que hacen parte del mismo, pues las distintas definiciones que dan los estados y las entidades supranacionales imposibilitan preceptuar un concepto preciso.

Para entender con mayor facilidad los sujetos de los contratos electrónicos, expondremos brevemente algunas definiciones de los sujetos que hacen parte de la contratación a la luz de la ley 1480 de 2011 “Nuevo estatuto del consumidor” . Es así entonces:

¹⁰⁵ Ibid, p. 67.

¹⁰⁶ MORENO NAVARRETE, Op. Cit, p. 110.

El consumidor

Para el ordenamiento jurídico colombiano, de acuerdo a lo establecido en el Estatuto del Consumidor¹⁰⁷, se entiende por consumidor “toda persona, natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utiliza 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”.

En nuestro país, por lo anterior, tiene la calidad de consumidor toda persona, natural o jurídica, comerciante o no comerciante, que adquiera un producto o contrate la prestación de un servicio en particular para satisfacer una necesidad, sin importar que la persona adquiera dicho bien o servicio con un propósito propio o ajeno a su actividad económica, negocio o profesión.

Una vez creadas las redes informáticas y sabiéndose de la formación de contratos gracias a estos medios, los cuales manejan una similitud casi que general a los contratos tradicionales, aparece la figura del ciberconsumidor, persona natural o jurídica que contrata a través de medios electrónicos.

El ciberconsumidor realiza una negociación que en principio la podría hacer por el sistema tradicional de papel, pero la efectúa a través de medios electrónicos. Siendo esta la única diferencia frente al sistema tradicional, el medio empleado para llevar a cabo la negociación.

Es preciso advertir que frente a este sujeto de la relación negocial, se puede entrever la presencia de una situación problemática derivada del ejercicio del comercio electrónico, tratándose de sujetos ubicados en diferentes lugares del mundo, toda vez que será difícil proteger efectivamente a un consumidor si de entrada se presenta una confusión en cuanto a quien goza de dicha calidad.

¹⁰⁷ Artículo 5, numeral 3 de la ley 1480 de 2011 “Estatuto del consumidor”

El proveedor

El Estatuto del Consumidor colombiano define al proveedor como “Quien de manera habitual directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.”¹⁰⁸

Aquella persona que se encarga de ofrecer y vender productos y/o servicios a través de medios electrónicos, se le atribuye el concepto de cibervendedor.

Es necesario precisar que la ley 1480 de 2011 “Nuevo Estatuto del consumidor” da trato distinto a los conceptos de proveedor y productor, que tienden a confundirse por ser el origen del bien o servicio entendiéndose un vendedor puede ser productor. Al respecto debemos precisar que el productor es definido en el artículo 5 numeral 9 como “Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria”

2.4.4. OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Presentados los sujetos que generalmente hacen parte de un negocio jurídico celebrado haciendo uso del modelo de contratación electrónica, indagaremos sobre las obligaciones que los ciberconsumidores y los cibervendedores adquieren normalmente en el ejercicio:

Obligaciones del vendedor por medios electrónicos.

En Colombia con la entrada en vigencia de la ley 1480 de 2011 Estatuto del Consumidor en su artículo 50 se describen una serie de obligaciones para los nacionales colombianos que ejerzan comercio electrónico dentro del territorio nacional, a continuación expondremos algunas consideraciones:

- ✓ Informar en todo momento su identidad especificando su nombre o razón social, su identificación tributaria, dirección de notificación, teléfono, e-mail, y demás datos de contacto.

¹⁰⁸ Artículo 5, numeral 11 ley 1480 del 20011 Estatuto del consumidor.

- ✓ Informar sobre los productos que ofrece, sus características y propiedades.
- ✓ Se debe indicar el plazo de validez de la oferta y disponibilidad del producto.
- ✓ Informar los medios para realizar el pago, el tiempo de entrega del bien o la prestación del servicio, el derecho de retracto y el procedimiento para ejercerlo.
- ✓ Publicar las condiciones generales de sus contratos, que sean fácilmente accesibles y disponibles para su consulta, impresión y descarga.
- ✓ Mantener la prueba de la relación comercial.
- ✓ Tener mecanismos de seguridad que garanticen la protección de la información personal del consumidor.
- ✓ Disponer de mecanismos para que el consumidor pueda radicar sus peticiones, quejas o reclamos.
- ✓ También, si así lo desea el consumidor, el proveedor debe entregar copia de las condiciones bajo las cuales se celebró y ejecutó el contrato.

Vale la pena mencionar que tales responsabilidades fueron reglamentadas con la promulgación del Decreto 1499 de 2014, que en los artículos 8 y 9 especifican la información previa que el vendedor debe suministrar al consumidor de las transacciones de ventas electrónicas y el contenido de los contratos de ventas que utilizan métodos similares.¹⁰⁹

Obligaciones del consumidor por medios electrónicos

En lo que se refiere a los deberes y obligaciones de los consumidores, es preciso apuntar que éstos no difieren de los habituales del comercio tradicional.

Claro ejemplo de ello lo estipula el artículo 47 de la ley 1480 de 2011 en segundo inciso, en el evento que se haga uso de la facultad de retracto, será obligación del consumidor devolución de los productos por los mismos medios y en las mismas condiciones en que lo recibió.

Otro más se aprecia en el artículo 51 de la misma ley referido a la reversión del pago que señala como obligación del consumidor presentar queja ante el proveedor y devolver el producto cuando sea procedente, además de notificar la reclamación al emisor del instrumento de pago electrónico utilizado.

¹⁰⁹ Artículos 8 y 9 ley 1499 de 2014, por el cual se reglamentan las ventas que utilizan métodos no tradicionales y las ventas a distancia.

Ahora bien resaltaremos algunas generalidades propias de la actividad, previo estudio de nuestro estatuto:

- ✓ Informarse respecto de la calidad de los productos, así como de las instrucciones que suministre el productor o proveedor en relación con su adecuado uso o consumo, conservación e instalación.
- ✓ No interrupción de los pagos sin justificar
- ✓ Obrar de buena fe frente a los productores y proveedores y frente a las autoridades públicas.
- ✓ Cumplir con las normas sobre reciclaje y disposición de desechos de bienes consumidos.
- ✓ Celebrar las transacciones de bienes y servicios dentro del comercio legalmente establecido.

Es preciso recalcar que las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. Y en caso de duda se resolverá en favor del consumidor.

CAPITULO 3

LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR A LA LUZ DEL NUEVO ESTATUTO LEY 1480 DE 2011

3. CONTEXTUALIZACIÓN

En atención a la naturaleza supranacional del comercio electrónico, encontramos necesario brindar protección global a los ciberconsumidores, estableciendo un marco legal que regule el ejercicio de toda actividad comercial a través de las redes informáticas.

Se convierte entonces, en un desafío para todos los Estados ya que debido a la esencia internacional de éste, las diferentes normas de carácter domestico son una limitación para el avance del mismo. Además de hacerse evidente, que gran parte de los asuntos relacionados con el Comercio Electrónico, y especialmente los temas relacionados con la protección de los ciberconsumidores, requieren de la cooperación internacional.

En este capítulo, se abordaran los principales eventos que suponen un problema para la protección de los ciberconsumidores en el ejercicio del Comercio Electrónico; haciendo énfasis en aquellos que se encuentran enmarcados dentro de lo que a nivel mundial ha sido denominado B2C¹¹⁰, los casos de venta de productos y servicios a través de redes electrónicas entre empresas e individuos.

Nos detendremos en el ordenamiento jurídico colombiano, pues realmente Colombia pionera en materia posee normatividad significativa en cuanto a la protección del ciberconsumidor, verbi gracia todo lo estipulado en el nuevo Estatuto de Consumidor¹¹¹ y a la aplicación que por analogía se pueda hacer de las normas difusas del sistema de derecho internacional.

La Ley 1480 del 2011 (Estatuto del Consumidor) en buena parte se pone a tono con ciertas necesidades de la economía digital. Esta contiene una parte dedicada a la “protección al consumidor de comercio electrónico”, tema no previsto explícitamente en el estatuto de 1982.

En primer lugar, algunos estudios sobre las necesidades y preocupaciones de los consumidores o ciberconsumidores en Colombia, muestran que estos

¹¹⁰ Por sus siglas en inglés *business to consumer electronic commerce* (b2c).

¹¹¹ Ley 1480 de 2011 “Nuevo Estatuto del Consumidor”

consumidores le dan inmensa importancia a una sinnúmero de factores que les genera mayor o menor tranquilidad para llevar a cabo alguna actividad en Internet; entre los más destacados se encuentra por ejemplo el nivel de seguridad de la información del cliente pues son varios los casos conocidos de clonación de claves password y de problemas con los medios de pago, entre otros.

Estos frentes son abordados en la ley 1480 de 2011, la cual en su artículo 50 numeral f obliga al empresario a “adoptar mecanismos de seguridad apropiados y confiables que garanticen la protección de la información personal del consumidor y de la transacción misma”. El incumplimiento de este deber se traduce en un caso de responsabilidad objetiva por las “fallas en la seguridad de las transacciones realizadas por los medios por él dispuestos, sean propios o ajenos”¹¹²

Con esto, el empresario no solo debe ser muy cuidadoso con los mecanismos de pago que proporciona al consumidor sino que está en la obligación de exigir a sus eventuales proveedores de tecnología y medios de pago mayores niveles de seguridad y confiabilidad.

Por otro lado cabe resaltar que cuando se expide una norma nueva surgen muchas expectativas y especulaciones sobre esta. El tiempo se encargará de mostrar las bondades y deficiencias de ellas. En todo caso, y mientras esto sucede, no debe perderse de vista que la sola promulgación de estas no significa que ahora el consumidor tiene más y mejores derechos. Una ley sin la adopción de las medidas necesarias para que se aplique correctamente es mera letra muerta es decir no tiene aplicabilidad alguna.

En este orden de ideas los derechos del consumidor dependerán de la labor que realicen las autoridades competentes, la postura ética y el compromiso social de las empresas pero lo más importante es el rol del consumidor, el cual debe cambiar para que sea más cuidadoso y diligente a la hora de comprar utilizando las “TIC” para dicho efecto.

No obstante, es el Estado quien está llamado a demostrar que sirve para proteger adecuadamente y brindarle la seguridad necesaria al consumidor para que realice o ejerza el comercio electrónico. No puede fracasar en este objetivo pues esto serviría para desmotivar al consumidor en el ejercicio de sus derechos lo que sería fatal para la evolución de la economía y por ende el comercio electrónico.

¹¹² Para mayor información visite: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-12032708%28la_proteccion_del_consumidor_en_el_comercio_electronico_%28parte_1%29%29/noti-12032708%28la_proteccion_del_consumidor_en_el_comercio_electronico_%28parte_1%29%29.a.sp.

Son muchos los casos en que los consumidores no presentan sus quejas ante las empresas, y lo que es peor, ante las autoridades competentes pues se ven reflejados en otros casos donde ni lo uno ni otro garantizan o protegen sus derechos como ciberconsumidores y por ende, piensan que es una pérdida de tiempo acudir a estas

En la década pasada, el Comité de Política del Consumidor de la OCDE¹¹³ emprendió un trabajo que tenía como objetivo principal expedir unos lineamientos generales que permitieran brindarle protección a los sujetos que ejercen el Comercio Electrónico.

Tras un amplio periodo de discusión entre representantes de Estados miembros de la OCDE y organizaciones defensoras, fue expedida la Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico.

La mencionada recomendación, contiene una serie de dadas dirigidas a los gobiernos, empresarios y consumidores, acerca de los aspectos básicos que debe contener una normatividad que procure garantizar efectivamente la protección a los ciberconsumidores en el ejercicio. El documento pone de manifiesto, la creación de un marco de referencia y un conjunto de principios orientadores que inviten a:

- ✓ A los gobiernos para la revisión, formulación e implementación de leyes, prácticas, políticas y regulaciones en materia de consumo, para lograr una efectiva protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico;
- ✓ A las asociaciones empresariales, grupos de consumidores y organismos autorregulatorios, proporcionándoles la orientación relativa a los principios básicos que deben considerarse en la formulación e instrumentación de esquemas de autorregulación en el contexto del comercio electrónico;
- ✓ De manera individual a los empresarios y consumidores involucrados en el comercio electrónico, proporcionándoles una clara guía sobre las características fundamentales que debe contener la información que se difunda por este medio, así como de las prácticas comerciales equitativas que los empresarios deben realizar y que los consumidores tienen derecho a recibir en el contexto del comercio electrónico.¹¹⁴

¹¹³ Es oportuno anotar que Colombia aun no es un Estado Miembro de este organismo multilateral, cuya vinculación se proyecta para el 2016.

¹¹⁴ Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico, Pág. 2. Para conocer el texto completo visite http://www.oecd.org/document/51/0,3343,en_2649_34267_1824435_1_1_1_1,00.html.

La recomendación nos invita, y sobre esto pareciera existir claridad, existe una obligatoria necesidad de brindarle protección a los ciberconsumidores, pues hay un claro interés de los países en impulsar el comercio electrónico, especialmente en el campo de los contratos B2C, solo posible cuando exista una verdadera protección que permita que éstos confíen en el comercio electrónico.

Pasamos ahora a exponer los Principios Generales consagrados en dichos lineamientos:

3.1. PRINCIPIOS GENERALES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Protección transparente y efectiva

La diferencia fundamental entre el Comercio Electrónico y las demás formas de intercambiar bienes y/o servicios, es que éste es global y reduce significativamente los obstáculos para ingresar al comercio internacional. La protección al consumidor tradicional de alcance doméstico, resulta menos efectiva cuando surgen nuevas relaciones jurídicas entre sujetos que tengan su domicilio distante.

Se hace realmente necesario, en el entendido como se dispone “a los consumidores que participen en el comercio electrónico debe otorgárseles una protección transparente y efectiva que no sea inferior al nivel de protección que se otorga en otras formas de comercio.”¹¹⁵

Es así, como todos los sujetos que participan en el contexto del Comercio Electrónico deben adquirir el compromiso, e identificar los inconvenientes trabajando en simultáneo, para buscar soluciones conducentes al logro de la protección de los ciberconsumidores. No bastando con que cada Estado profiera una ley de protección a los consumidores, pues para el Comercio Electrónico es menester la creación de otros instrumentos de naturaleza supranacional.

¹¹⁵ Numeral I, Segunda Parte, Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico.

Equidad en las prácticas empresariales, publicitarias y de mercadotecnia

Pilar universal sobre el cual se funda toda actividad comercial, directamente relacionado con la comunicación entre los sujetos que ejercen el comercio, apuntando a que la información que estos aporten durante cualquier negociación sea verdadera y no contenga elementos que pretendan defraudar al consumidor.

El objetivo de este principio se centra en fortalecer la confianza del mercado, la transparencia en la competencia y la protección del consumidor, a fin de no lesionar sus intereses si la información que le dieran fuese falsa.

Según este “las empresas involucradas en el comercio electrónico deben respetar los intereses de los consumidores y actuar de acuerdo a prácticas equitativas en el ejercicio de sus actividades empresariales, publicitarias y de mercadotecnia.”¹¹⁶

Por lo anterior y con el ánimo de garantizar la protección de los ciberconsumidores de eventuales prácticas engañosas, es necesario examinar las políticas domésticas de protección al consumidor y, vista la necesidad reformularlas y alinearlas con políticas de orden supranacional que permitan prevenir se incumplan los contratos celebrados a través de las redes informáticas.

Partimos de la premisa fundamental de que el Comercio Electrónico no será una opción para el consumidor, sin la existencia de claridad, certeza y seguridad jurídica en el desarrollo de su ejercicio.

Información en línea

Abogar por la disminución de los riesgos en el marco del Comercio Electrónico es lo que este principio propende, se hace necesario detenerse en este punto entendiendo la gran mayoría de los conflictos en materia surgen como consecuencia de la desinformación de los ciberconsumidores.

Son tres las clases de información que se derivan de la consagración de este principio:¹¹⁷

¹¹⁶ Numeral II, Segunda Parte, Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico.

¹¹⁷ Numeral III, Segunda Parte, Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico.

Información sobre la empresa

Las compañías en efecto están obligadas a suministrar de manera amplia y suficiente información sobre las mismas, a efectos de que los consumidores conozcan, como mínimo, lo siguiente:

- ✓ Una completa identificación de la empresa, que contenga: el nombre, la marca (s) registrada (s), domicilio principal de la empresa y de sus directivos, correo electrónico, número telefónico;
- ✓ Las vías de comunicación rápidas, fáciles y efectivas con la empresa;
- ✓ Los mecanismos apropiados y efectivos para la solución de eventuales conflictos;
- ✓ Los servicios de atención a procedimientos legales.

Información sobre los bienes o servicios

Las compañías de igual manera están obligadas a suministrar de manera amplia y suficiente información que describa los bienes o servicios ofrecidos, a efectos de que los consumidores tengan de donde partir para tomar una decisión antes de que se realice la negociación, es decir se pretende es que los ciberconsumidores estén seguros de los bienes y/o servicios que contratarán.

Información relativa a la transacción

Las compañías que lleven a cabo negocios con ciberconsumidores, están llamadas a entregarles de manera clara y precisa, información suficiente sobre los términos, condiciones y costos que se relacionen con la transacción.

En el evento que converjan distintos idiomas de por medio entre los sujetos adscritos a la negociación, las empresas deben proporcionarle la información en cada uno de esos idiomas a los ciberconsumidores.

Adicional a ello, a los ciberconsumidores se les debe proporcionar un texto claro y completo sobre los términos y condiciones de la negociación, a fin de conservar un registro de toda la información suministrada.

Si bien el nuevo Estatuto del consumidor Ley 1480 de 2011 en capítulo único del Título V, proclama una lista de deberes de información básica que debe proporcionarse sobre los productos que se ofrezcan so pena de responsabilidad por todo daño que se produzca de la inadecuada o insuficiente información. Este a todas luces queda corto cuando se busca unanimidad en los criterios y se procura mitigar los riesgos consecuentes de este tipo de ejercicio a escala internacional ejemplo de ello los paraísos fiscales¹¹⁸, testaferros o personas fictas¹¹⁹; es por ello a nuestro juicio, al ciberconsumidor debe adicionársele:

- ✓ Los costos totales cobrados y/o impuestos desglosados;
- ✓ Los términos y condiciones de entrega de los bienes o de prestación de los servicios;
- ✓ Los términos, condiciones y formas de pago, incluyendo el tipo de moneda;
- ✓ Un listado claro y preciso de las restricciones, limitaciones o condiciones de compra, entre los cuales se encuentran, a manera de ejemplo: el requerimiento de autorización de los padres o tutores y las restricciones geográficas y/o de tiempo;
- ✓ Las instrucciones para el uso correcto del producto, incluyendo las advertencias de seguridad y cuidado de la salud;
- ✓ La información relativa a la posibilidad de prestar servicios postventa;
- ✓ Los términos y condiciones asociados con la retractación de la compra, terminación del negocio jurídico, devolución, intercambio, cancelación y/o políticas de reembolso; y
- ✓ Las pólizas y garantías disponibles en el mercado.

De acuerdo con el nuevo Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011 en su artículo 50 numeral d, “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 de cancelar la transacción hasta antes de concluirla”.

Lo anterior impone una obligación en la implementación de los sistemas de información que deben estar configurados para permitir la expresión del

¹¹⁸ Un paraíso fiscal es un territorio o Estado que se caracteriza por aplicar un régimen tributario especialmente favorable a los ciudadanos y empresas no residentes, que se instalan en el mismo y se benefician de los efectos legales que rigen en el mismo. Normalmente estas ventajas consisten en una exención total o una reducción muy significativa en el pago de los principales impuestos, lo cual resta ingresos a su país de origen en materia tributaria. Para mayor información visite: <http://www.dinero.com/pais/articulo/condiciones-para-declarar-pais-paraíso-fiscal/202087>

¹¹⁹ Testaferro o persona ficta es aquella que hace figurar su nombre en un contrato como si actuara por su propia cuenta, cuando en realidad no interviene sino como mandatario de otra, sin que el contratante tenga conocimiento de tal interposición. Definición: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/testaferro/testaferro.htm>

consentimiento del consumidor y tener adecuada la opción de evidencia digital así como de cancelación.¹²⁰

Otro aporte que introdujo el nuevo estatuto para el momento que concluya la transacción, es la obligación del expendedor de remitir al día calendario siguiente de efectuado el pedido un acuse de recibo del mismo, con información precisa de tiempo de entrega, precio exacto, incluyendo los impuestos, gastos de envío y la forma en que se realizó el pago.¹²¹ Esta situación ya había sido prevista en la ley 527 de 1999 pero fue con el nuevo estatuto que se cambió aquel carácter de solicitud a una obligación de parte.

3.2. LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

La eficacia de los mercados electrónicos trae consigo la necesidad de adaptar las medidas administrativas y judiciales para que sean igualmente eficientes. Dicha política tiene su fundamento en el reconocimiento de la necesidad de acciones tendientes a reconocer los derechos de los consumidores, a la seguridad, la salud y protección de los legítimos intereses económicos, así como a la información y a la participación.

Es en este sentido como la Superintendencia de Industria y Comercio adquiere un valor vigente para la defensa y protección de los consumidores en el territorio nacional, encontrando su sustento normativo en la ley 446 de 1998 donde atribuye a dicha entidad una serie de facultades para dichos propósitos, a saber:

“Artículo 145. Atribuciones en materia de protección al consumidor. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá, a prevención, las siguientes atribuciones en materia de protección del consumidor, sin perjuicio de otras facultades que por disposición legal le correspondan:

1. Ordenar el cese y la difusión correctiva, a costa del anunciante, en condiciones idénticas, cuando un mensaje publicitario contenga información engañosa o que no se adecue a las exigencias previstas en las normas de protección del consumidor;
2. Ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección del consumidor, o las contractuales si ellas resultan más amplias;
3. Emitir las órdenes necesarias para que se suspenda en forma inmediata y de manera preventiva la producción, la comercialización de bienes y/o el servicio por un término de treinta (30) días, prorrogables hasta por un término igual, mientras se surte la investigación

¹²⁰ PEÑA VALENZUELA, Daniel. La protección del consumidor en el comercio electrónico. Bogotá-Colombia: Editorial U. Externado de Colombia, 2013. P. 489

¹²¹ Artículo 50 numeral D Inc.6 Ley 1480 de 2011 Estatuto del Consumidor.

correspondiente, cuando se tengan indicios graves de que el producto y/o servicio atenta contra la vida o la seguridad de los consumidores;

4. Asumir, cuando las necesidades públicas así lo aconsejen, las investigaciones a los proveedores u organizaciones de consumidores por violación de cualquiera de las disposiciones legales sobre protección del consumidor e imponer las sanciones que corresponda”

Seguidamente sería el artículo 58 de la ley 1480 de 2011 quien en inciso segundo declararía la competencia de la SIC para reemplazar al juez de primera o única instancia competente por razón de la cuantía y el territorio, facultando en este entendido a la entidad con funciones jurisdiccionales. No podemos pasar inadvertido en este punto que con antelación por medio del Artículo 24 de la ley 1564 de 2012 se reglaron dichas facultades, a saber:

“Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:

La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos que versen sobre:

- Violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor.
- Violación a las normas relativas a la competencia desleal.”

Para ello tramita las denuncias que se presentan e inicia investigaciones de oficio tendientes a establecer su contravención como bien lo estipula el estatuto del consumidor.¹²² En este campo tiene facultades administrativas para ordenar la suspensión de conductas ilegales, sancionatorias y jurisdiccionales para reprimir a los infractores y resolver sobre la garantía mínima presunta.

Es así entonces como primero a través de la delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, la Superintendencia en ejercicio de las funciones jurisdiccionales de protección al consumidor¹²³, en primera o única instancia, podrá: i) Ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección al consumidor (Ley 1480 de 2011) o las contractuales si ellas resultan más amplias o, ii) Imponer las multas sucesivas que procedan de acuerdo con la ley, por incumplimiento de las órdenes de efectividad de garantías emitidas.¹²⁴

Y a su vez en ejercicio de sus facultades administrativas de acuerdo con el nuevo Estatuto del Consumidor Ley 1480 de 2011, en su artículo 54, señala que la Superintendencia de Industria y Comercio “de oficio o a petición de parte, podría imponer una medida cautelar hasta por 30 días calendario prorrogables por otros 30 días más, de bloqueo temporal de acceso al medio de comercio electrónico, cuando existan indicios graves que por ese medio se están violando los derechos

¹²² Artículo 56 y 58 de la Ley 1480 de 2011.

¹²³ Artículo 21 Decreto 4886 de 2011.

¹²⁴ Artículo 57 Ley 1480 de 2011.

de los consumidores”. Medida cautelar que deberá ser solicitada al proveedor de servicio de internet o de servicios de almacenamiento en la nube¹²⁵ o eventualmente al registrador del dominio siempre y cuando estos ejerzan sus operaciones en el territorio colombiano.¹²⁶

La Superintendencia de Industria y Comercio será entonces en este doble sentido, la encargada de velar por las disposiciones que en materia de protección al consumidor trajo consigo el nuevo estatuto del consumidor, tanto en materia administrativa como judicial.

Es una realidad que simultáneamente puede estarse presentando incontables incumplimientos contractuales que lesionen intereses de ciberconsumidores alrededor del planeta.

Es por ello, se hace imperativo que los consumidores se eduquen, a fin de que estos conozcan de manera anticipada la ley aplicable a los contratos que celebren a través los medios informáticos. A propósito de ello los esfuerzos de la cámara colombiana de comercio electrónico (CCCE) a través de la comisión de capacitación para educar, capacitar y promover el ejercicio del comercio electrónico y los servicios asociados, han beneficiado a más de 2.500 empresarios y profesionales en el marco de más de 115 horas de formación, durante el año 2014. Es así como el gremio generó más de 38 espacios de capacitación a través de los eventos El “Tour Colombia Emprende”, “Tour TPCE”, “Charlas Exclusivas para Afiliados”, “Martes de eCommerce”, “eForos”, eCommerce Day, “Talleres para Comercios”, entre otros.¹²⁷

Para finalizar el año, Cyberlunes, del pasado 1 de diciembre, superó las expectativas registrando 2.265.000 visitas al portal y más de 90.000 millones de pesos en ventas.¹²⁸

3.2.1. Funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio

Como se expuso anteriormente en virtud de lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 446 de 1998 de las atribuciones en materia de la Superintendencia de

¹²⁵ Dicho concepto hace referencia a los nuevos modelos de almacenamiento de datos basados en redes, donde los datos están alojados en espacios de almacenamiento virtualizados.

¹²⁶ PEÑA VALENZUELA. Op. Cit, p.494

¹²⁷ Diciembre 29 de 2014 se publicaron los resultados, <http://ccce.org.co/Comisión-de-Capacitación-y-Educación>

¹²⁸ Para mayor información visite: <http://ccce.org.co/biblioteca/reporte-cyberlunes-5ta-version--de-diciembre-de-2014>

Industria y Comercio, artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 Estatuto del Consumidor y artículo 24 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), la Superintendencia de Industria y Comercio es competente para conocer de litigios relativos o presuntas infracciones a los derechos de los consumidores.

Ahora bien en relación a la aplicación que la misma hace de la ley 1480 de 2011 el artículo 2 establece de manera inequívoca “Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los proveedores, productores y los consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente” lo que nos evidencia que la mencionada ley regula de manera exclusiva lo relativo a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de productores y proveedores respecto de quien es considerado consumidor finalmente.

Consecuentemente al tenor del numeral 22 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, por regla general corresponde a la Superintendencia de Industria y comercio, a saber:

“Artículo 1. La superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones (...) 22.Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso y ordenar las medidas que resulten pertinentes...”

Al respecto en el año 2014, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, emitió 1.390 sentencias judiciales sobre procesos de protección al consumidor, de las cuales el 62.1% fueron favorables para el consumidor (863 sentencias favorables al consumidor).¹²⁹

3.3. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 78, dispuso que los consumidores sean sujetos de protección especial, y para ello planteó un marco general cuyo desarrollo específico le corresponde al Estado por ley, a saber:

“La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

¹²⁹ Concepto Radicado 13-127867-1-0 Superintendencia de industria y Comercio

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”

A propósito del mismo podemos evidenciar como el Estado ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor inspirado la necesidad de establecer condiciones igualitarias frente a los productores y distribuidores.

Lo preocupante de ello como lo expresa la Corte en Sentencia C - 1141 de 2000 es que la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. De este modo, con la regulación de los derechos de los consumidores se presentaría algo similar a lo que se observa con otros derechos constitucionales en los cuales la Constitución delimita un campo de protección general pero no fija el contenido preciso del programa de defensa del interés tutelado, puesto que este es desarrollado y adicionado por la ley y por otras fuentes jurídicamente válidas, tales como la ley 1480 de 2011.¹³⁰

La norma de protección constitucional se convierte en este sentido, en un punto de inicio de la política de protección del consumidor, que obligó el surgimiento de una regulación especial, inmersa del derecho civil y comercial, que de forma sistémica se ocupó de delinear un marco específico de protección a los consumidores

Teniendo en cuenta lo anterior, si la protección de los intereses del consumidor tiene nivel constitucional, el legislador debe prever figuras tales como el derecho de retracto para garantizarlo, pues, como a continuación se verá, protege la voluntad del consumidor reforzando esta protección constitucional.

3.4. DERECHOS DEL CONSUMIDOR A LA LUZ DEL NUEVO ESTATUTO LEY 1480 DE 2011

En procura de evitar que se presenten ambigüedades sobre la intención de un ciberconsumidor al momento del ejercicio comercial¹³¹, se hace imperativo que los

¹³⁰ Hoy el país enfrenta varios dilemas complejos, con instituciones jurídicas avanzadas pero a veces ineficaces; un deber ser lejos de un ser.

¹³¹ Numeral IV, Segunda Parte, Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico.

ciberconsumidores, puedan identificar con exactitud los bienes y/o servicios que pretenden contratar haciendo efectivos los principios anteriormente mencionados

Por lo anterior, al ciberconsumidor se le debe permitir antes de hacer manifiesta su aceptación mínimamente:

- ✓ Identificar y corregir los errores y/o modificaciones de la orden de compra;
- ✓ Expresar su consentimiento para realizar la compra de manera voluntaria y razonada;
- ✓ Conservar el registro completo y preciso de la transacción; y
- ✓ Cancelar la transacción antes de concluir la negociación.

Es en este punto donde nos pareció importante traer a colación el aporte del nuevo Estatuto del consumidor referido al “derecho de retracto”¹³², donde si bien la aceptación ya se hizo manifiesta, por la naturaleza de la operación electrónica que suscita un método no tradicional a distancia; no habiéndose consumido el bien o no se haya comenzado a ejecutar el servicio antes de cinco (5) días, se entenderá pactado el derecho de retracto por parte del consumidor, que en el evento de materializarse, resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado.

Ahora bien con el decreto 1499 de 2014 por el cual se reglamentan las ventas que utilizan métodos no tradicionales y ventas a distancia, en materia de retracto aplica las siguientes reglas:

- a) El retracto debe ser ejercido dentro de las 48 horas corrientes siguientes a la operación de la compra (puede hacerlo a través de cualquier canal de atención de la agencia)
- b) Para operaciones nacionales sólo podrá ser ejercido con una anterioridad igual o mayor a 8 días calendario antes de la fecha de la prestación del servicio con una retención de 60.000 pesos y
- c) Para operaciones internacionales podrá ser ejercido con una anterioridad igual o mayor a 15 días calendario antes de la fecha de la prestación del servicio, con una retención de 50 dólares americanos a la tasa de cambio del día que el pasajero manifestó su deseo de retractarse.
- d) En todo caso el valor retenido no podrá ser mayor diez 10% de la tarifa, el valor de las retenciones se actualizarán el 01 de febrero de todos los años con el índice de precios al consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior.

¹³² Artículo 47 Ley 1480 de 2011

e) 30 días es el plazo máximo para reembolsar al cliente una vez éste haga la solicitud de retracto.

Sin lugar a dudas el retracto se ha convertido en una de las más importantes medidas adoptadas por la ley 1480 de 2011 “Estatuto del Consumidor” puesto que protege al consumidor del comercio electrónico cuando el producto no cumple con las características esperadas o simplemente en pocas palabras se arrepiente de la compra. Haciendo uso de la facultad consecuente reversión de la transacción.

Todo consumidor, por regla general en Colombia, tiene derecho a retractarse de una compra de bienes o servicios realizada por internet, dentro de los cinco días siguientes a la transacción, según lo prevé el nuevo Estatuto del Consumidor.

La sentencia No. 25 del año 2014 por ejemplo, emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio en la cual condenó judicialmente a LAN COLOMBIA AIRLINES S.A. es muestra de cómo la SIC protegió el derecho de retracto pues al usuario no se le devolvió el dinero después de haber ejercido oportunamente su derecho.

En síntesis la SIC condeno a LAN COLOMBIA AIRLINES S.A a restituir \$712.060 pesos correspondientes al valor pagado por unos tiquetes aéreos para la ruta Santa Marta – Bogotá - Santa Marta que se compraron de manera virtual a través de la página oficial de la aerolínea, además de la imposición de una multa de diez salarios mínimos mensuales legales vigentes 10 SMLMV correspondientes a seis millones ciento sesenta mil pesos \$6.160.000. Se probó en el proceso que transcurrieron más de dieciséis 16 meses para que la aerolínea LAN COLOMBIA AIRLINES S.A. emitiera una respuesta a la solicitud de devolución de dinero, omitiendo su obligación de proporcionar información veraz, oportuna y suficiente.

Cabe recordar que la simple decisión del consumidor es suficiente para ejercer el derecho de retracto y no se requiere que el bien o servicio presente alguna falla o deficiencia o que el consumidor dé explicaciones sobre sus motivaciones.

La SIC permanentemente está haciendo invitaciones a los consumidores colombianos que tengan casos en los cuales quieran ejercer el derecho de retracto idénticos o similares a éste, a que presenten sus demandas judiciales en esta Entidad, lo cual podrán hacerlo a través de la página www.sic.gov.co

Este caso es fiel muestra de que la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad que hace parte del sistema judicial colombiano protege los derechos del consumidor, por demás la decisión adoptada es de inmediato cumplimiento y contra ella no procede recurso alguno, teniendo en cuenta que este proceso judicial es de mínima cuantía y única instancia.

Otro caso de mucho revuelo por el desconocimiento del derecho de retracto en ventas a distancia o través de medios electrónicos fue el de MAILEX S.A.S, a saber, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Sentencia Judicial No. 156 de 2014, ordenó a la sociedad MAILEX S.A.S. restituir a una consumidora el ciento por ciento (100%) del valor pagado por la compra de una máquina para realizar ejercicio (\$2.999.990) y le impuso una multa de 55.440.000 millones de pesos equivalentes a 90 SMLMV, por el derecho de retracto previsto en el Estatuto del Consumidor y ejercido oportunamente por una consumidora.

En síntesis la consumidora compró por un catálogo virtual una máquina para hacer ejercicio (trotadora) y tres (3) días después ejerció el derecho de retracto establecido en el Estatuto del Consumidor, el cual no fue atendido por la sociedad vendedora.

Teniendo en cuenta que la sociedad MAILEX S.A.S., en su condición de vendedora, no dio respuesta a la solicitud de retracto de la consumidora ni reintegró el dinero pagado dentro de los treinta (30) días calendario siguientes, como era su obligación legal, la consumidora interpuso una demanda judicial ante la Superintendencia de Industria y Comercio para la protección de sus derechos.

Al ser notificada la sociedad demandada, guardo silencio, es decir no contestó la demanda, con ello la SIC sentenció que la sociedad MAILEX S.A.S. vulneró el derecho de retracto previsto en el Estatuto del Consumidor y, en consecuencia, ordenó la devolución.

La decisión de carácter jurisdiccional adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio a favor de la consumidora fue de inmediato cumplimiento y contra ella no se interpuso recurso alguno, habiendo quedado debidamente ejecutoriada.

Las sentencias proferidas por la SIC ponen de manifiesto el respeto que deben tener los productores y proveedores con el derecho de retracto que tiene todo consumidor cuando se adquieren productos o servicios por medios no tradicionales o a distancia como internet, ventas telefónicas o tele-ventas; el trabajo de la mencionada entidad es digno de emular pues con su ayuda vemos que efectivamente se están materializando los derechos particulares y concretos de los consumidores. En este sentido es pertinente concluir que la SIC (específicamente su dependencia para asuntos jurisdiccionales), se constituye en la vía idónea cuando haya ocurrido cualquier violación a las normas de Protección al Consumidor.

CONCLUSIONES

1. La implementación del comercio electrónico trae consigo nuevos desafíos para un Estado como Colombia que se ve obligado a legislar en materia y es allí cuando entra a jugar un papel determinante el Derecho, pues es éste quien, en cumplimiento de sus funciones regulatorias, está llamado a armonizar estos avances con la normatividad a fin de proteger al consumidor e incentivar el crecimiento del comercio.
2. El comercio electrónico castiga aquellas personas o usuarios que realizan operaciones comerciales o compras indiscriminadamente sin conocer de manera previa el origen o la reputación del proveedor, haciendo imposible la verificación de su origen y saber de antemano a que jurisdicción acudir. Se hace evidente que cuando medien este tipo de situaciones no hay una norma claramente estipulada.
3. La presentación de la información para los desarrolladores de páginas web o aplicaciones móviles se constituye igualmente en un desafío, por cuanto el estatuto del consumidor ley 1480 de 2011 impone que en todo momento se presente la información actualizada para adoptar buenas prácticas y por sobretodo se eviten dificultades en la negociación.
4. El comercio electrónico tiene en la practica un alcance internacional, sin embargo la aplicación territorial del nuevo estatuto ley 1480 de 2011 se circunscribe al ámbito nacional; es por ello que podemos concluir que el medio idóneo para otorgar un marco normativo uniforme y efectivo en entornos electrónicos es el derecho internacional, en la medida en que se le otorgue validez universal o se establezca como regla de carácter público de aplicación obligatoria.
5. A nuestro juicio son muchas las inquietudes relacionadas con la inadaptación de las convenciones a los intercambios electrónicos, especialmente en lo referente a la protección del consumidor, que genera dificultades en su aplicación debido a aquellos comerciantes que no cumplen con las formalidades mínimas de información, hacen imposible establecer su origen en caso de que se quiera ejercer derechos de retracto o reversión.

6. La reversión de los pagos electrónicos se configura como un reto para los operadores de comercio y pagos en línea, ya que los consumidores pueden ejercer tal derecho por la mera inconformidad de producto y servicios. La omisión del mismo como se evidencio es duramente castigada por la Superintendencia de Industria y comercio y en ese sentido es que el empresario debe estar atento para no defraudar la confianza del consumidor y hacer mella en su propia reputación.
7. Es evidente que las cámaras de comercio del país están a la vanguardia, ofreciendo servicios para un mercado de primer mundo como el registro ECER y el estampado cronológico con los que se simplifican trámites, ahorran costos, tiempos de desplazamientos, además de agilizar el acceso a los servicios para contribuir a la dinámica de los negocios; solo resta ahora educar a nuestros empresarios para su uso y elevar la competitividad de los mismos en ejercicio del comercio electrónico.
8. En procura de brindar certeza al consumidor cuando se adquieran productos o haga transacciones mediante portales de pago, Certicamara exige se cumpla con el registro de la firma electrónica, requisito de solemnidad a fin de que se identifique al empresario que quiera ejercer comercio electrónico, hecho que evidencia que en Colombia las entidades de certificación actúan con diligencia y eficacia previendo que se manifiesten operaciones fraudulentas que contraríen los intereses del consumidor.
9. Consideramos preciso aclarar que la oferta de bienes y servicios por medio del comercio electrónico, permite también que el pago de la operación se realice a través de medios tradicionales, con lo cual el consumidor, en algunos casos, tendrá la posibilidad de imprimir el recibo, la orden o el código de pago y cancelarlo posteriormente a través de medios que podríamos denominar fuera de línea, como establecimientos bancarios, entidades de recaudo internacional que tienen sedes locales, ejemplo de ello Efecty o entidades de recaudo nacional que actúan como intermediarios del pago, como por ejemplo Baloto, etc. A todo ello, el consumidor debe poder verificar que la operación refleje su intención de adquisición del producto o servicio ofrecido.
10. Colombia sin duda alguna es pionera en Latinoamérica en la implementación del comercio electrónico como herramienta que ayuda al Estado a la interacción con sus nacionales, ofreciéndoles portales de pago vía electrónica para el pago de multas, impuestos territoriales y nacionales,

consulta de bases de datos, etc., respondiendo de esta manera a las necesidades ciudadanas con la ayuda de las TIC.

11. Efectivamente el nuevo estatuto del consumidor ley 1480 de 2011 contiene una serie de dádivas que protege al usuario local del comercio electrónico. Sin embargo es su falta de especificidad en operaciones mercantiles de índole internacional lo que a todas luces nos permite concluir que realmente no protege a quienes desarrollan este ejercicio, adoleciendo de vicios similares contemplados desde su predecesor. El consumidor colombiano debe ser protegido de igual forma por los actos de consumo en el territorio nacional como por fuera del país, paso fundamental si se pretende avanzar en la cultura de los derechos del consumidor en el entorno digital.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ✓ ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luís y SOTO, Carlos Alberto. Contratación Contemporánea: Contratación Electrónica y Tutela del Consumidor. Bogotá – Colombia: Editorial Temis, 2001.
- ✓ ASENSIO, Pedro A. de Miguel. Derecho Privado de Internet.. Madrid, España: Editorial Civitas.
- ✓ BRADFORD, Biddle. Legislating Market Winners: Digital Signature Laws and Electronic Commerce Market Places. En: San Diego Law Review, Vol. 34, 1997.
- ✓ BURGOS PUYO, Andrea. El consumidor y los contratos en Internet. Universidad Externado de Colombia, Colombia 2007.
- ✓ COMPTIA, NATHAN ASSOCIATES Y SALLSTROM CONSULTING. Los beneficios económicos y sociales del uso de las TIC: una valoración y guía de políticas para América latina y el Caribe. 1ª edición, Washington D.C., Junio 2007.
- ✓ DIEZ, Picazo. Fundamentos del derecho civil patrimonial.
- ✓ HOCSMAN, Heriberto Simón. Negocios en Internet. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.
- ✓ JURÍDICAS GUSTAVO IBÁÑEZ. Introducción jurídica al comercio electrónico. Bogotá, 2.002.
- ✓ LINDSAY, David. International domain name law: ICANN and the UDRP. Hart Publishing, Portland, EE.UU. 2007.
- ✓ MENDÍVIL, Ignacio. ABC de los documentos electrónicos seguros. México, 1999.

- ✓ MIFSUD BONNICI, Jeanne Pia. Self-Regulation in Cyberspace. T.M.C. Asser Press, Holanda. 2008.
- ✓ MILLAR, Roger Leroy y JENTZ, Gaylord A. Fundamentals of Business Law. 4ª Edición. EE.UU. 1999.
- ✓ MINISTERIO DE COMUNICACIONES. Plan nacional de TIC 2008-2009: Todos los colombianos conectados, todos los colombianos informados. Bogotá D.C. Marzo de 2008.
- ✓ MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. DERECHO-e, Derecho del Comercio Electrónico. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Barcelona, España. 2.002.
- ✓ PÉREZ, Marco. El tratamiento legal de la firma electrónica en Colombia y en el derecho uniforme. En: Revista Mercatoria, Vol. 1, Número 1. 2002.
- ✓ POLANSKI, P.P. Customary law of the Internet: In the search for a supranational cyberspace law. T.M.C. Asser Press, Holanda. 2007.
- ✓ UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. Grupo de estudios en Internet, Comercio electrónico y Telecomunicaciones e Informatica. Comercio Electrónico. Editorial Legis, Colombia, 2005.
- ✓ MUÑIZ, Rafael González. Marketing en el Siglo XXI. 5ª Edición. España. 2010
- ✓ RAMIREZ, Álvaro. Nombres de dominio y marca: Conflictos y soluciones entre dos signos distintivos. Colombia. Octubre de 2001
- ✓ PEÑA VALENZUELA, Daniel. La protección del consumidor en el comercio electrónico. Bogotá-Colombia: Editorial U. Externado de Colombia, 2013.
- ✓ GINER PARREÑO, Cesar. El derecho de la competencia, comercio electrónico y marcas. España- Madrid. Editorial Tirant lo Blanch, 2014.

Normatividad Colombiana

- Ley 527 de 1999, Ley de Comercio Electrónico.
- Decreto 3466 de 1982, Estatuto del Consumidor.
- Ley 1480 de 2011, Nuevo Estatuto del Consumidor.
- Ley 1499 de 2014, Por el cual se reglamentan las ventas que utilizan métodos no tradicionales y las ventas a distancia.
- Decreto 2396 de 2012, Por el cual se establecen los lineamientos generales de la estrategia de Gobierno en línea de la República de Colombia.
- Ley 1341 de 2009, Por el cual se definen los principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las TIC.
- Sentencia C-831 de 2000, respecto de la libertad informática.
- Sentencia C-662 de 2001, respecto de la Aplicación de los requisitos jurídicos de los mensajes de datos
- Conpes 3620 de 2009, Lineamientos para el desarrollo del comercio electrónico.
- Código Civil.
- Código de Comercio.

Normatividad Internacional

- Declaración de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales.
- Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.
- Declaración de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.
- Anexo al Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo.
- Convención de Las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías – Viena.

Sitios WEB

- <http://ccce.org.co/> - Cámara Colombiana de comercio electrónico.
- <http://www.sic.gov.co/> - Superintendencia de industria y comercio.
- <http://www.semana.com/> - Revista Semana
- <http://www.portafolio.co/> - Revista Portafolio
- <http://www.eltiempo.co/> - Revista El tiempo
- <http://www.gente.co/> - Revista Gente
- <http://www.minjusticia.gov.co/> - Ministerio de Justicia.
- <http://www.comscore.com/> - Compañía de investigación de Marketing.
- <http://www.res.uniandes.edu.co> – Revista de estudios sociales Univ. de los Andes.
- <https://web.certicamara.com/> - Entidad de certificación autorizada por la Superintendencia de industria y registro.
- <http://www.wipo.int/portal/es/> - Organización mundial de la Propiedad Industrial.
- <http://www.mintic.gov.co/> - Ministerio de las Tecnologías de la información y la comunicación.
- <http://www.unidroit.org/> - Instituto internacional para la unificación del derecho.
- <http://www.icann.org/>. - Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números
- <http://www.oecd.org/>. –Organización para la cooperación y el desarrollo económico.