

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL ENTORNO DIGITAL¹

JAIR FERNANDO IMBACHÍ CERÓN²

RESUMEN

En Colombia existe una inmensa preocupación por los múltiples inconvenientes que se han generado por virtud de la llegada de nuevas tecnologías a los diferentes sectores en donde el consumidor realiza sus actividades comerciales. La Sociedad de la información es la base fundamental para poder consolidar la forma en que se

-
- 1 Este documento es un capítulo del texto a publicarse sobre el “Derecho del Consumidor en Colombia”. Las opiniones expresadas son personales y no comprometen a ninguna entidad pública.
 - 2 Abogado de la Universidad del Cauca, con especialización en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y especialización en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Universidad Sergio Arboleda. Laboró en el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, INCOMEX. Asesor de la Dirección General de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho. Coordinador y miembro de la Comisión Redactora de la Ley 527 de 1999. Delegado y relator del Grupo de Trabajo de Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - UNCITRAL. Abogado y auditor legal del Grupo de Trabajo de Comercio Electrónico de la Superintendencia de Industria y Comercio. Funcionario de las Superintendencias Delegadas para la Protección del Consumidor y Promoción de la Competencia.

miran las relaciones contractuales de los consumidores en un entorno digital. Sin embargo, la normatividad es poca. Es necesario acudir a fuentes del derecho internacional y a regulaciones en otros países para consolidar unas proposiciones en torno a la protección del consumidor en Colombia. El decreto 3466 de 1982 aun cuando no está actualizado, es el punto de partida para salvaguardar los derechos de los consumidores en el entorno digital, ya sea por vía de una efectividad de la garantía o buscando evitar la publicidad engañosa o falsa en medios electrónicos que utilizan nuevas formas de publicidad.

Palabras clave: consumidor, publicidad engañosa, comercio electrónico, sociedad de la información, mensajes de datos, garantía, publicidad.

CONSUMER PROTECTION IN THE DIGITAL SETTING

ABSTRACT

In Colombia, the arrival of new technologies, especially in the field where consumers make commercial activities, has generated a big concern because of the multiple inconveniences that these technologies bring. The information society is the main base to be able to consolidate the way to analyze the contract relationship between consumers into a digital setting. However the law is scarce. It is necessary to use sources of the international law and other countries' law to make some proposition about the consumer protection in Colombia. The decree 3466 of 1982, even if it is not updated, it is the starting point to safeguard the consumer rights in the digital setting, whether it is by offering effective warranties or by avoiding the fake or deceiving publicity in electronic media, using new forms of publicity.

Key words: *electronic commerce, consumer, spam, e-mail, banner, internet, warranty.*

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, dados los avances de las tecnologías de la información y de la comunicación, en donde la convergencia tecnológica se ha convertido en un mecanismo que involucra diversos medios de información, se generan múltiples expectativas por virtud de la innovación tecnológica. Esta innovación está precedida de una gran variedad de propaganda comercial, publicidad, marcas, etc., en la cual los productores, los comercializadores y proveedores de bienes y servicios de última generación se preocupan para que los compradores estén cada vez más expectantes y actualizados.

Esta consideración resulta preocupante en los entornos digitales si tenemos en cuenta que las relaciones se traban por regla general *on line*, sin que las partes se conozcan. Vale la pena entonces, acercarnos a los aspectos legales que guardan relación con ese consumidor que adquiere bienes y servicios a través de redes públicas como Internet, utilizando los mecanismos que le otorga el comercio electrónico.

1. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

En Colombia, el derecho del consumo deriva su aplicación del incremento y la masificación de las relaciones comerciales entre agentes y en donde uno de ellos es una persona que adquiere bienes o servicios para satisfacer sus necesidades. Ello surge a partir de la expedición de la Ley 73 de 1981. Resulta claro para la ley que hay una total desigualdad entre el productor, proveedor o expendedor y el consumidor. El decreto 3466 de 1982 expedido por virtud de la Ley 73 de 1981 trata de equiparar esa desigualdad.

Recientemente la Constitución Política de 1991 elevó a rango constitucional la protección del consumidor:

“Art. 78. Usuarios y consumidores de Bienes y Servicios. 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. 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”.

Con respecto a la protección del consumidor, el doctor JAIME ARRUBLA PAUCAR, señala:

“La tutela jurídica de los derechos de los consumidores es más necesaria en la medida que se avanza el desarrollo de una economía sin fronteras, donde las transacciones se hacen de manera masiva, a través de nuevas formas de poder económico, que impiden la aplicación de la autonomía de la voluntad a los contratos...”³.

La autonomía de la voluntad contractual —en una relación de consumo— de uno de los agentes en un entorno digital, se disminuye mucho más si tenemos en cuenta que el interlocutor del consumidor no es identificable a simple vista y en muchas ocasiones el consumidor se encuentra avocado a aceptar condiciones contractuales impuestas previamente a través de los denominados *disclaimers* a los cuales debe adherirse, en razón a que no hay lugar a discutir su contenido.

Ahora bien, para el presente estudio debemos observar el decreto 3466 de 1982 o Estatuto de Protección al Consumidor como piedra angular de esta protección, a pesar de que en él no se consagra ni la

3 “Contratos Mercantiles”, tomo II. Contratos atípicos. JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR. 5ª edición. Biblioteca Jurídica DIKE. Bogotá, 2004.

contratación electrónica ni el avance tecnológico. Debemos resaltar a su favor que el consumidor sigue siendo el mismo pero con un perfil diferente, es un consumidor que interactúa con los medios tecnológicos. Consideremos este punto:

“Por ello, una regulación deficiente de la contratación electrónica, como hasta ahora resulta de la falta de uniformidad de criterios utilizados (asignación de jurisdicción precisa, ley aplicable al caso concreto, seguridad de los datos personales y sensibles, protección de la competencia y defensa efectiva del consumidor), significa la corruptibilidad del ámbito propio de la negociación electrónica y con ello la insegura participación de quien interviene, lo que además llevará al consumidor si fuera objeto de engaño, a la casi segura negación de la posibilidad de volver a realizar dicha operatoria. Todo lo anteriormente dicho a más de la inequitativa y desigual asignación de recursos entre los participantes, perjudicando siempre a posición del consumidor, parte débil de la relación”⁴.

El consumidor que realiza operaciones a través de medios digitales hace parte de la denominada sociedad de la información pues el crecimiento exponencial de las tecnologías de la Información y la comunicación y la penetración de la red Internet como medio de transmisión e intercambio de información, así como el desarrollo de la actividad social y económica, obliga a la existencia de un marco regulatorio apropiado que produzca seguridad entre los diferentes actores.

En Colombia la sociedad de la información no tiene una consagración legal a pesar de un fallido proyecto de ley; sin embargo, es importante considerar una explicación tomada de la reciente legislación española:

“Lo que la Directiva 2000/31/CE denomina “sociedad de la información” viene determinado por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. Su incorporación a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la

4 AGUIRRE, CARLOS DIONISIO, “El desarrollo desde la perspectiva de la defensa del consumidor electrónico - el papel del conocimiento y la contratación”. Artículo publicado en <http://www.alfa-redi.com/>

eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo. Pero la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio”⁵.

Ahora bien, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 —que menciona el considerando de la ley española— relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior denominada “Directiva sobre el comercio electrónico”, define los servicios atinentes a la sociedad de la información:

“Los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea; dichas actividades en particular consisten en la venta de mercancías en línea. Las actividades como la entrega de mercancías en sí misma o la prestación de servicios fuera de la línea no están cubiertas. Los servicios de la sociedad de la información no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, en la medida en que representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquéllos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos. Los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio. La radiodifusión televisiva según se define en la Directiva 89/552/CEE y la radiodifusión radiofónica no son servicios de la sociedad de la información, ya que no se prestan a petición individual; por el contrario, los servicios que se transmiten entre dos puntos, como el vídeo a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico son servicios de la sociedad de la información. El uso del correo electrónico o, por ejemplo, de sistemas equivalentes de comunicación entre individuos, por parte de personas físicas que actúan

5 Exposición de Motivos. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico - Versión consolidada no oficial, a 31 de diciembre de 2007. España

fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usan para celebrar contratos entre sí, no constituyen un servicio de la sociedad de la información. La relación contractual entre un empleado y su empresario no es un servicio de la sociedad de la información; las actividades que por su propia naturaleza no pueden realizarse a distancia ni por medios electrónicos, tales como el control legal de la contabilidad de las empresas o el asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente, no constituyen servicios de la sociedad de la información”⁶.

Por lo tanto, los servicios o actividades económicas que prevé la Directiva Europea sobre la sociedad de la información, son, entre otros, la venta de mercancías en línea, la contratación en línea, el ofrecimiento de información en línea o comunicaciones comerciales, los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos, transmisión de información a través de una red de comunicación, almacenamiento de información, los servicios de comunicaciones comerciales por correo electrónico o equivalentes por parte de personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional incluso cuando los usan para celebrar contratos. En conclusión, son actividades comerciales que requiere transmisión electrónica de datos, es decir, son operaciones *on line*.

No obstante, debemos registrar que el Departamento Nacional de Planeación —DNP— a través del documento CONPES 3072 de 2000 hace una mención expresa a la sociedad de la información pero vista desde su infraestructura:

“III. SITUACIÓN ACTUAL EN COLOMBIA

A. Infraestructura de la Sociedad de la Información

Las posibilidades que una nación tenga de participar en la nueva economía, dependen fundamentalmente de su capacidad para procesar eficientemente la información. Dicha capacidad, está sujeta al nivel de desarrollo del

6 Documento de la Comisión Europea. En <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:ES:HTML>

país en tres aspectos principales: (i) Infraestructura Computacional; (ii) Infraestructura de Información y (iii) Infraestructura Social. Con el objetivo de evaluar la capacidad de una sociedad para acceder, absorber y usar eficientemente la información, se han identificado indicadores para cada uno de los tres aspectos... ”⁷.

Es innegable la relación entre los criterios de la sociedad de la información y el comercio electrónico como uno de los usos eficientes de la información y ello lo reconoce el documento Conpes 3072 de 2000. Esta discusión fue iniciada en el “Foro Permanente de Alta Tecnología”, que surgió, como lo dice el documento, de la iniciativa privada y adicionalmente de las discusiones en la Comisión Redactora y posteriormente del debate legislativo en el Congreso de la República del Proyecto de Ley sobre Comercio Electrónico que hoy es la Ley 527 de 1999. Es decir, los temas relativos a la sociedad de la información y desarrollo de las TIC ya se conocían desde el año 1999 en Colombia; sin embargo, reiteramos no existe una norma que la consagre.

A esta altura vale decir que el eje sobre el cual gravita toda la temática de la sociedad de la información son los servicios o actividades comerciales, es entonces que se habla de comercio electrónico, respecto al cual nos referiremos a continuación.

1.1. EL COMERCIO ELECTRÓNICO

En Colombia el comercio electrónico es incipiente. La adquisición de bienes o servicios a través de medios electrónicos implica un cambio de cultura en la medida en que no es fácil pasar de un esquema legal basado en papel a mensajes de datos transmitidos, enviados o almacenados por medios electrónicos.

7 Conpes 3072 de 2002 - Departamento Nacional de Planeación - Agenda de Conectividad - Ministerio de Comunicaciones - DNP:UINFE-DITEL.

Antes de entrar en materia, debemos considerar el principio de la equivalencia funcional para los mensajes de datos, que implica la forma en que se equiparan los mensajes de datos con los documentos escritos sobre papel. Debemos tener en cuenta que los mensajes de datos no se pueden comparar con los documentos escritos, por ello se aplica el criterio del equivalente funcional que permite equiparlos.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, ha señalado al respecto:

“16. Así pues, la Ley Modelo sigue un nuevo criterio, denominado a veces “criterio del equivalente funcional”, basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, ese documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales. Cabe señalar que, respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos. Ahora bien, la adopción de este criterio del equivalente funcional no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico (con el consiguiente costo) que las aplicables a la documentación consignada sobre papel.

17. Un mensaje de datos no es, de por sí, el equivalente de un documento de papel, ya que es de naturaleza distinta y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de un documento de papel. Por ello se adoptó en la Ley Modelo un criterio flexible que tuviera en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: al adoptar el criterio del “equivalente funcional”, se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida.

Por ejemplo, el requisito de que los datos se presenten por escrito (que suele constituir un “requisito mínimo”) no debe ser confundido con otros requisitos más estrictos como el de “escrito firmado”, “original firmado” o “acto jurídico autenticado”⁸. (Subrayas nuestras).

Por lo tanto, aun cuando el documento electrónico no es igual al documento escrito sobre papel, su importancia radica en la posibilidad que tienen los mensajes de datos de ser utilizados en las funciones técnicas propias del comercio electrónico y de cumplir las funciones de un documento en papel en un entorno digital. No es posible considerar la existencia del comercio electrónico sin tener en cuenta los mensajes de datos.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), define el comercio electrónico como el comercio de información, dinero o productos y servicios por medios electrónicos⁹.

La OMPI explica esta manifestación estudiando por separado las dos palabras, “comercio” y “electrónico”:

“En este contexto, la palabra “**comercio**” se refiere a una variedad cada vez mayor de actividades que tienen lugar en redes abiertas —compraventas, actividades publicitarias, y transacciones comerciales y de toda clase— que dan lugar a un intercambio de valores entre dos partes. Entre los ejemplos más comunes cabe citar las subastas en Internet, los servicios bancarios y otros servicios financieros, la venta de programas informáticos, y una variedad cada vez mayor de productos o servicios ofrecidos a los consumidores en sitios de Internet.

(...)

Puede entenderse que “**electrónico**” se refiere a la infraestructura mundial de tecnologías y redes informáticas y de telecomunicación en la que se tratan y transmiten los datos digitalizados. Existen dos tipos de redes:

8 Guía para la incorporación. al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. CNDUMI, 1996.

9 Organización Mundial de Propiedad Industrial. Cursos on line. Propiedad Industrial y Comercio Electrónico c:_production webs\dl202s\dl202_1_21695_es.doc

1) las redes que se encuentran en el dominio privado, como las de intercambio electrónico de datos (EDI), en las que se han realizado transacciones electrónicas durante varios decenios, y

2) las redes abiertas, que no están protegidas por derechos de propiedad, como Internet.

La diferencia entre las dos es que las redes que pertenecen al dominio privado tienen fines específicamente definidos y funcionan para los participantes designados, mientras que las otras tienen una estructura más descentralizada¹⁰.

La consideración acerca del comercio electrónico como la actividad comercial que permite el intercambio de bienes y servicios a través de medios electrónicos, tiene una expresa consagración en la “Ley Modelo de Comercio Electrónico de 1996” de CNUDMI que fue el origen de la Ley 527 de 1999. La Ley Modelo establece:

“Artículo 1. - Ámbito de aplicación

La presente Ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales”.
(Subrayas nuestras).

La Ley 527 de 1999 de Colombia, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, amplió el ámbito de aplicación que preveía la Ley Modelo:

“ARTÍCULO 1o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. *La presente ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos...”*
(Subrayas nuestras).

10 Organización Mundial de Propiedad Industrial. Cursos on line. Propiedad Industrial y Comercio Electrónico c:_production webs\dl202s\dl202_1_21695_es.doc

Por lo anterior, la Ley 527 de 1999 fue más ambiciosa al considerar que ésta se aplica a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, sea ésta utilizada en el contexto de actividades comerciales o no. Este cambio se dio en las discusiones de la Comisión Redactora, previas a la presentación del Proyecto de Ley ante el Congreso de la República.

Vale resaltar que uno de los principales proyectos gubernamentales sobre la aplicación de las tecnologías de la información aprovecha la forma en la que se amplió el ámbito de aplicación de la ley colombiana sobre comercio electrónico. Es la iniciativa “Agenda de Conectividad” con su estrategia “Gobierno en Línea”¹¹. Esta es una forma de aplicar la ley de comercio electrónico a actividades no comerciales.

Lo anterior no implica que la Ley 527 de 1999 dejara de lado el tema del comercio electrónico, pues ella lo define en el literal b) del artículo 2:

“Comercio electrónico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o 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”;

Si analizamos detenidamente la Ley 527 de 1999, ésta equipara el comercio electrónico con las actividades comerciales, toda vez que la

11 “La Agenda de Conectividad es la política de Estado, consagrada en el *documento CONPES 3072 de 2000*, dirigida a contribuir con un sector productivo más competitivo, un Estado moderno y una comunidad con mayores oportunidades para el desarrollo, al aprovechar las ventajas que las nuevas tecnologías nos ofrecen”. En www.agenda.gov.co

definición anterior es la definición de actividades comerciales que aparece en la Ley Modelo de Comercio Electrónico de 1996 de la CNUDMI que sirvió de base para la ley colombiana.

En conclusión, está por sentado que la Ley 527 de 1999 se aplica a las actividades relacionadas con el comercio electrónico y por lo tanto, no es ajena a la protección del consumidor en ese entorno. El artículo 46 dispone expresamente:

“PREVALENCIA DE LAS LEYES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. La presente ley se aplicará sin perjuicio de las normas vigentes en materia de protección al consumidor”.

Lo anterior quiere decir, que en el evento en que se presente un conflicto entre la Ley 527 de 1999 y las normas de protección al consumidor se preferirán éstas últimas.

Asimismo, a pesar de que la Ley 527 de 1999 es bastante amplia en su aplicación, el artículo primero excluye de la aplicación de la ley a las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente *impresas* en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo¹², ello como una forma de proteger al consumidor.

Es claro que esta excepción va encaminada a evitar que se utilicen los mensajes de datos para realizar advertencias escritas, e impide que los productores, proveedores o expendedores de bienes se liberen de la responsabilidad de incluir información sobre los riesgos a la salud o la integridad de los consumidores de determinados bienes. Estas advertencias deben ir impresas en el producto mismo.

Más adelante encontramos en el Capítulo III de la ley de Comercio Electrónico la aplicación de los mensajes de datos a la formación y validez de los contratos, lo que implica que se pueden realizar actividades comerciales a través de medios electrónicos, sin que este tipo de contratación pierda validez por el hecho de no constar por escrito¹³.

12 Literal b) artículo 2, Ley 527 de 1999.

13 Esta norma está en concordancia con los artículos 1494 y 1495 del Código Civil.

Recordemos que las actividades comerciales en los que participa un consumidor son de contenido contractual. La jurisprudencia ha señalado que la condición de consumidor le disminuye su voluntad y lo hace la parte débil en la relación de consumo, de allí que se pasa de un conflicto contractual a un conflicto de consumidor como adquirente de un bien o servicio frente al productor, proveedor o expendedor.

Por lo anterior, a pesar de que la Ley 527 de 1999 tiene una tendencia hacia el establecimiento de una normatividad para la utilización de la infraestructura de clave pública por el uso de una firma digital con certificado proveído por una Entidad de Certificación, también sirve de base para proteger al consumidor virtual o digital, pues frente a un conflicto entre la ley y las normas del consumidor, prevalecerán éstas últimas. De hecho las actividades propias de las que se nutre el consumidor se amplían a través de la definición de comercio electrónico que introduce la ley y adicionalmente la contratación electrónica no es ajena a la relación de consumo.

Posteriormente la CNUDMI expidió la Ley Modelo de Firma Electrónica de 2001, que a pesar de que conserva la misma línea metodológica de la Ley Modelo de Comercio Electrónico de 1999 en cuanto a su aplicación en el contexto de actividades comerciales, fue más explícita en el sentido de considerar que no se derogan las normas que protegen al consumidor. Veamos:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación

La presente Ley será aplicable en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas en el contexto de actividades comerciales. No derogará ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor”.

Para efectos de explicar el texto del artículo 1º la CNUDMI, en la Guía de aplicación de la Ley, se indica:

“Protección del consumidor

91. Algunos países tienen leyes especiales de protección del consumidor que pueden regular ciertos aspectos de la utilización de sistemas de

información. Con respecto a esa legislación de protección del consumidor, al igual que en la elaboración de anteriores instrumentos de la CNUDMI (por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico), se consideró que debía indicarse que la Ley Modelo se había redactado sin prestar especial atención a las cuestiones que podrían plantearse en el contexto de la protección del consumidor. Al mismo tiempo, se estimó que no había motivo para que las situaciones que afectaban a los consumidores fueran excluidas del ámbito de aplicación de la Ley Modelo mediante una disposición general, particularmente porque las disposiciones de la Ley Modelo podían juzgarse muy beneficiosas para la protección del consumidor, según el tipo de legislación de cada Estado. Así pues, el artículo 1 reconoce que la legislación de protección del consumidor puede estar por encima de las disposiciones de la Ley Modelo. En caso de que los legisladores llegaran a conclusiones distintas sobre el eventual efecto beneficioso que podía tener la Ley Modelo en las transacciones del consumidor en un determinado país, podían plantear la posibilidad de excluir a los consumidores del ámbito de aplicación del instrumento legislativo mediante el cual se incorporara la Ley Modelo al derecho interno. La determinación de las personas físicas y jurídicas que deban considerarse “consumidores” se deja en manos del derecho aplicable al margen de la Ley Modelo”¹⁴.

Este tipo de excepciones a la aplicación de una ley interna o la adopción de una Convención, demuestra el carácter especial que tiene el consumidor en el mundo de las relaciones comerciales. Por ser el derecho del consumidor un derecho particularmente de protección a la parte débil requiere un tratamiento diferente a las relaciones contractuales entre pares o iguales.

1.2. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN COLOMBIA

Habiendo ya establecido el panorama general para el entorno digital en el que se encuentra el consumidor, debemos considerar los aspectos legales que envuelven su defensa.

14 Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI para las Firmas Electrónicas (2001) al derecho interno. Naciones Unidas. 2001, pág. 47.

En primer lugar, nos referiremos al tema del producto o servicio en sí mismo considerado, pues debemos separar el entorno —entorno digital— de lo que éste ofrece. Revisemos entonces que existe actualmente.

El decreto 3466 de 1982 define al consumidor en el literal c) del artículo 1º:

“Toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”.

Como se puede extraer de esta definición, la norma no distingue la forma en que la persona realiza la actividad comercial. Si la contratación para la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio se hace por Internet o utilizando cualquier medio electrónico, se considera igualmente una relación de consumo, que es ni más ni menos una relación contractual.

Entonces, al considerar que existe una relación de consumo, toda vez que en uno de sus extremos se encuentra un consumidor, debemos señalar que esta relación se encuentra dentro del ámbito de competencia del Estatuto de Protección del Consumidor.

Debemos observar que el término consumidor se contrapone al término productor, proveedor o expendedor:

“a) Productor: Toda persona natural o jurídica, que elabore, procese, transforme o utilice uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios destinados al consumo público. Los importadores se reputan productores respecto de los bienes que introduzcan al mercado nacional.

b) Proveedor o expendedor: Toda persona, natural o jurídica, que distribuya u ofrezca al público en general, o a una parte de él, a cambio de un precio, uno o más bienes o servicios producidos por ella misma o por terceros, destinados a la satisfacción de una o más necesidades de ese público”¹⁵.

15 Literal b). Artículo 1 del decreto 3466 de 1982.

El consumidor es quien adquiere un bien o servicio para satisfacer una necesidad, por el contrario el productor, proveedor o expendedor se encuentra en la cadena productiva pues es quien produce, distribuye, ofrece o importa bienes o servicios para ponerlos en el mercado para el público consumidor. El productor, proveedor o expendedor podrá por excepción ostentar la calidad de consumidor cuando adquiera bienes para satisfacer una necesidad. Cuando un proveedor o expendedor adquiere bienes para el desarrollo de su objeto social o del giro ordinario de sus negocios, es decir, para la transformación o ensamble de materias primas para producir otros bienes, no se pueden considerar consumidor. Esta es la teoría del consumidor final. En este sentido la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“En este orden de ideas, para estos efectos estima la Corte que, con estrictez, siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto – persona natural o jurídica persigue con la adquisición utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial – en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social – que es lo que constituye el rasgo característico de una relación de consumo”¹⁶.

En consecuencia, todas las relaciones de consumo son relaciones contractuales mas no todas las relaciones contractuales son relaciones de consumo. Debemos recordar que nuestra jurisprudencia considera al consumidor como la parte débil en la relación de consumo, de allí su necesidad de protección, mas no en las relaciones contractuales en donde se tranzan bienes entre empresas o empresarios para el desarrollo de su actividad económica propiamente dicha.

16 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de mayo de 2005. Exp. No. 5000131030011999-04421-01. En esta sentencia se consideró que Servicio Aéreo del Vaupés no actuó como consumidor y por lo tanto, no se le aplica el Estatuto de Protección del Consumidor en lo atinente a la falla de un avión de la Fábrica Estatal de Aviación de Kiev -Aviant-.

Traemos a colación esta consideración sustancial si tenemos en cuenta que el consumidor virtual por regla general es una persona natural que ve en los medios tecnológicos una herramienta útil para adquirir bienes o servicios y por ello debe protegerse, pues carece de los conocimientos necesarios o desconoce el proceso productivo del bien o servicio que está adquiriendo, y de hecho los adquiere para satisfacer una necesidad “*propia, privada, familiar, doméstica*”, al decir de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, se excluyen de esta protección, las transacciones entre empresas, por ejemplo, para la adquisición de materias primas o de productos para su comercialización. Son ni más ni menos que actividades comerciales entre pares y no relaciones de consumo.

Son ajenas a la relación de consumo los procedimientos automatizados de inventarios en donde el proveedor o expendedor posee un proceso interno en el cual una vez su inventario se esté agotando, acciona un mecanismo informático para solicitar vía electrónica al productor una cantidad adicional de bienes. En el evento en que uno de estos bienes carezca de las condiciones de calidad e idoneidad, se presentaría un incumplimiento contractual y se resolvería por la vía jurisdiccional, mas no se aplicaría el Estatuto de Protección del consumidor.

Este mismo hecho quedó claro en una de las exclusiones que hace el texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de la CNUDMI:

“**Artículo 2. Exclusiones**

1. La presente Convención no será aplicable a las comunicaciones electrónicas relacionadas con:

a) *Contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos*”¹⁷;

17 Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales NACIONES UNIDAS - CNDUMI - Nueva York, 2007.

Estos contratos mencionados la Convención son los contratos con los consumidores, exclusión también establecida en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 de la misma Comisión y de la cual Colombia es parte. Explica la CNUDMI:

1. Contratos con fines personales, familiares o domésticos

70. Al igual que otros instrumentos preparados anteriormente por la CNUDMI, la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas no es aplicable a los contratos celebrados “con fines personales, familiares o domésticos”.

Motivo de la exclusión

71. En la CNUDMI hubo acuerdo general sobre la importancia de que se excluyeran los contratos negociados con fines personales, familiares o domésticos, dado que varias reglas de la Convención no resultaban apropiadas en su contexto.

72. Por ejemplo, una regla como la enunciada en el párrafo 2 del artículo 10, que presume la recepción de una comunicación electrónica a partir del momento en que la comunicación electrónica pueda ser recuperada por el destinatario, puede no resultar apropiada en el contexto de las operaciones con consumidores, ya que no cabe esperar de éstos que lean regularmente sus correos electrónicos ni que sean capaces de distinguir fácilmente entre mensajes comerciales legítimos y correo no solicitado (“spam”). Se consideró que no debía exigirse a las personas que actuaran con fines personales, familiares o domésticos las mismas normas de diligencia que a las entidades o las personas dedicadas a actividades comerciales (véase A/CN.9/548, párr. 101).

73. Otro ejemplo de posible tensión es la forma de regular los errores y las consecuencias de éstos en la Convención, cuyo nivel de detalle dista mucho del nivel de detalle que tienen normalmente las reglas de protección del consumidor. Además, las reglas de protección del consumidor suelen requerir a los vendedores que pongan en conocimiento de los consumidores las cláusulas contractuales de forma accesible. Además, especifican también las condiciones en que pueden invocarse las estipulaciones y cláusulas contractuales contra un consumidor y precisan cuándo cabe presumir que el consumidor ha aceptado las estipulaciones y cláusulas

incorporadas al contrato por remisión. La Convención no ofrece a los consumidores, en ninguna de estas cuestiones, el mismo grado de protección que se les da en varios ordenamientos jurídicos (véase A/CN.9/548, párr. 102)¹⁸. (Subrayas nuestras).

Una vez más se establece la condición especial y de debilidad del consumidor frente a los productores, proveedores o expendedores, toda vez que los primeros carecen del conocimiento necesario de las actividades comerciales, como sí lo tienen quienes de manera profesional se dedican a ello. Es por eso que la Convención sobre Contratación Electrónica, excluye este tipo de contratos o relaciones de consumo del ámbito de aplicación del instrumento internacional.

Así lo ha reiterado la Jurisprudencia Constitucional:

“La posición del consumidor no le permite conocer en detalle el proceso de producción, más aún si éste se desarrolla en condiciones técnicas que solamente son del dominio del empresario industrial. La ley, por lo tanto, desconoce las circunstancias de inferioridad del consumidor cuando, en estos supuestos, exige a la persona perjudicada con un producto defectuoso, puesto en circulación por un empresario profesional, cargas adicionales a la prueba del daño, del defecto y del nexo causal entre éste último y el primero, puesto que acreditado este extremo, corresponderá al empresario demostrar los hechos y circunstancias que lo eximan de responsabilidad y que, en su caso, conforme a las reglas legales y a las pautas jurisprudenciales, le permitan excluir la imputabilidad”¹⁹.

Ahora bien, no existe desde el punto de vista jurídico diferencia entre el “consumidor virtual” y el “consumidor físico”, por llamarlo de alguna manera. En esa medida, si una persona adquiere productos a través de Internet en una página o en portal Web establecido para realizar operaciones comerciales y si el bien adquirido presenten fallas o deficiencias, el consumidor adquirente podrá como titular del derecho,

18 Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Naciones Unidas - CNDUMI - Nueva York, 2007.

19 Sentencia de la Corte Constitucional número C-1141 del 30 de agosto de 2000, con ponencia del doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

presentar la respectiva reclamación ante la entidad competente, de la misma manera como si este bien hubiese sido adquirido en un establecimiento de comercio físico.

Idéntica apreciación opera cuando se contrata un servicio, debiendo aclarar que el régimen probatorio es el mismo, amén de la consagración que hace la Ley 527 de 1999 sobre el valor probatorio de los mensajes de datos.

Lo anterior quiere significar que los bienes o servicios ofrecidos por medios electrónicos o similares también deben gozar de los requisitos de calidad e idoneidad y por ende están protegidos:

“e) Idoneidad de un bien o servicio: Su aptitud para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido, así como las condiciones bajo las cuales se debe utilizar en orden a la norma y adecuada satisfacción de la necesidad o necesidades para las cuales está destinado.

f) Calidad de un bien o servicio: El conjunto total de las propiedades, ingredientes o componentes que lo constituyen, determinan, distinguen o individualizan. La calidad incluye la determinación de su nivel o índice de contaminación y de los efectos conocidos que ese nivel de contaminación puede producir”.

Es decir, aun cuando el bien o el productor, proveedor o expendedor se encuentren en un entorno digital, el bien o servicio ofrecido debe gozar de la calidad e idoneidad que se exige para cualquier bien y por ende aplica para ellos la garantía y su consecuente efectividad.

Para estos efectos, debemos recordar que estas apreciaciones operan para establecimientos de comercio ubicados en Internet con domicilio en Colombia, que ostenten la calidad de productores, proveedores, expendedores o importadores. Existe un gran inconveniente acerca de la legislación aplicable a bienes o servicios adquiridos por Internet o a través de páginas o portales Web con domicilio fuera de Colombia.

Quizá la solución a este inconveniente no está próxima a revelarse, pues el consumidor también tiene su cuota de responsabilidad en el momento de adquirir un bien o servicio a través de Internet. El consumidor debe asegurarse de adquirir en páginas que tengan seguridad

incluida (SSL por ejemplo) verificar si tiene un certificado digital vigente de página Web o certificado Web, indagar por esta compañía en la Entidad de certificación que le otorgó el certificado, etc.

Pero mientras a nivel mundial se encuentra una solución, La Ley 527 de 1999 considera la forma de establecer el lugar del envío y recepción de un mensaje de datos, respecto del cual se puede determinar la legislación aplicable:

“ARTÍCULO 25. LUGAR DEL ENVÍO Y RECEPCIÓN DEL MENSAJE DE DATOS.

De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente artículo:

- a) Si el iniciador o destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal;
- b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual”.

Este artículo prevé de todas maneras que serán las partes las que determinen la legislación aplicable por la vía de la autonomía de la voluntad contractual. Hay tener en cuenta que la Ley 527 de 1999, aparte de ser una ley ordinaria, es una norma supletiva que remplace la ausencia de la voluntad de las partes contratantes.

No obstante lo anterior, la dificultad radica en la ausencia de mecanismos suficientes para lograr el cumplimiento de una garantía de un bien o servicio adquirido en un país extranjero. Sin embargo, al igual que la Ley 527 de 1999, vale la pena considerar el procedimiento que recomienda la Comunidad Europea:

“(19) Se debe determinar el lugar de establecimiento del prestador de servicios a tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el concepto de establecimiento implica la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período indefinido. Este requisito se cumple también cuando

se constituye una sociedad durante un período determinado; cuando se trata de una sociedad que proporciona servicios mediante un sitio Internet, dicho lugar de establecimiento no se encuentra allí donde está la tecnología que mantiene el sitio ni allí donde se puede acceder al sitio, sino el lugar donde se desarrolla la actividad económica. En el supuesto de que existan varios establecimientos de un mismo prestador de servicios es importante determinar desde qué lugar de establecimiento se presta un servicio concreto; en caso de especial dificultad para determinar a partir de cuál de los distintos lugares de establecimiento se presta un servicio dado, será el lugar en que el prestador tenga su centro de actividades en relación con ese servicio en particular”²⁰.

Los puntos que tiene en cuenta la Directiva Europea para establecer la ley aplicable es la ubicación del establecimiento y en su defecto, el lugar en donde desarrolla su actividad comercial.

A *contrario sensu*, debemos centrar nuestra atención en este momento en la actividad que se puede desarrollar en Colombia para efectos de solicitar la efectividad de una garantía respecto de bienes adquiridos a través de medios electrónicos en establecimientos ubicados en nuestro país.

1.3. EL PROCEDIMIENTO PARA SOLICITAR LA EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA

Como pudimos apreciar en líneas anteriores, una vez identificada una de las partes como consumidor éste puede iniciar una acción por la vía jurisdiccional, bien ante los jueces de la República o ante la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridades, que en los términos de la Ley 446 de 1998, conocerán a prevención.

Teniendo en cuenta que lo que se solicita es la efectividad de una garantía que no se prestó o se prestó indebidamente, lo lógico es que

20 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). *Diario Oficial* N° L 178 de 17/07/2000 p. 0001 - 0016

la efectividad de la garantía sea requerida en primera instancia ante quien la otorgó, esto es el productor, proveedor o expendedor, quien es el llamado a responder por la garantía.

Ahora bien, dependiendo de las pretensiones del reclamante, éste podrá solicitar a título de efectividad de la garantía la asistencia técnica indispensable para la utilización, la reparación y el suministro de los repuestos necesarios para este último efecto; en caso de repetirse la falla, el cambio del bien por otro de la misma especie, salvo convención expresa en contrario y si se manifestare que se desea desistir de la compraventa del bien o de la obtención del servicio, a reintegrar el precio pagado por el bien o servicio²¹. El productor, proveedor o expendedor está en la obligación de pagar el transporte del bien objeto de garantía.

Bajo, los anteriores supuestos, la Superintendencia de Industria y Comercio, por regla general, actúa como juez por virtud de la Ley 446 de 1998, por lo que de manera excepcional ejerce facultades jurisdiccionales y en esa medida puede resolver conflictos *Inter partes* a través de una decisión, que es ni más ni menos una sentencia, la cual, dependiendo de la cuantía, podría ser apelada ante el Juez Civil del Circuito o ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial.

Como se puede notar las normas sobre la protección del consumidor no distingue la forma en que se realiza la adquisición o contratación o de cómo se traba la relación de consumo, en esa medida la protección es idéntica, se trate de un establecimiento físico o virtual.

Para el consumidor que utiliza medios electrónicos, resulta más complejo poder establecer una relación de consumo en condiciones de igualdad —de hecho va en posición de inferioridad— toda vez que en los portales de Internet o en las páginas Web se introduce una serie de requisitos legales de contratación con el fin de establecer las exoneraciones y garantías, respecto de las cuales el consumidor sólo acepta con un simple “click”. Es normal encontrar avisos sobre la exigencia de aceptar para contratar, son los “*Términos y condiciones*”, “*legal disclaimers*”, “*warranties and disclaimers*”, “*notice and*

21 Decreto 3466 de 1982.

disclaimers”, “*additional disclaimers*”, “*disclaimers of warranty*”, “*general disclaimers*” o “*legal notice and disclaimers*”. Textos de difícil comprensión y bastante extensos, en la mayoría de las veces.

Consideramos que los “*disclaimers*” no pueden ser causales de exoneración de responsabilidad para ninguna de las partes. En primer lugar, la garantía mínima presunta y la forma en que se otorga están establecidas en una norma de carácter positivo de orden público, por lo que una declaración unilateral o un acuerdo de voluntades de carácter privado no están en capacidad de remplazar la ley. Adicionalmente, la garantía mínima presunta se entiende pactada en todos los contratos, tanto los que incluye el estatuto del consumidor como los que considera la definición de comercio electrónico de la Ley 527 de 1999. En segundo lugar, el consumidor no puede alegar a su favor que el texto era incomprensible o confuso para exonerarse de sus obligaciones como comprador, tales como pagar el precio del bien o atender las condiciones de la garantía otorgada.

Por lo tanto, una vez fallida la solicitud de efectividad de la garantía en sede de empresa y recibida la queja por la entidad competente se envía una solicitud de explicaciones al productor, proveedor o expendedor indicándole los cargos con el fin de que realice las justificaciones pertinentes. Una vez allegadas y practicadas las pruebas, el ente de control se pronuncia a través de un acto administrativo formalmente pero una sentencia por sus efectos, que será susceptible del recurso de apelación dependiendo de la cuantía. En caso contrario será de única instancia. No obstante, la Ley 446 de 1998 prevé la aplicación del procedimiento verbal sumario.

Ante la Superintendencia de Industria y Comercio se han presentado algunas quejas de consumidores que adquieren bienes o servicios a través de Internet. Los casos a tener en cuenta son los relacionados con la compra de bienes a través de los portales de subastas en línea. En algunas de estas decisiones, la Superintendencia aceptó los argumentos de los portales cuando explicaron:

“...su actividad es ofrecer a los usuarios de Internet, un lugar donde se pueda anunciar el propósito de vender y comprar todo tipo de productos

y servicios de manera fácil, divertida y eficiente. Que el sitio funciona de manera similar a las páginas de los clasificados de un diario tradicional (clasificado virtual). Que en este sistema no interviene en ningún momento y de ninguna forma ni el acto de anuncio, ni en el de la oferta, ni en el de adjudicación ni venta. Que simplemente brinda el marco o medio para que se produzcan los anuncios, se manifiesten las voluntades de quienes están interesados en un negocio determinado y se concreten sus operaciones cuando las partes lleguen a un acuerdo”²².

Adicionalmente, podemos señalar que entre el consumidor y el portal de subastas en línea no se encontró probada una relación de consumo, pues ésta última no efectuó el ofrecimiento ni realizó la venta.

En las decisiones 3857 del 26 de febrero, 4381 del 27 de febrero, 4972 del 8 de marzo y 6800 del 30 de marzo de 2004 se ordenó la efectividad de la garantía en favor del consumidor y en contra de la empresa unipersonal PLAZA VIRTUALE. U., quien ofertó y vendió unos productos que no gozaban de las condiciones de calidad e idoneidad, bienes que fueron ofrecidos a través de la página www.mercadolibre.com²³, a pesar de que el consumidor canceló la suma convenida.

Es importante resaltar que en las decisiones de la Superintendencia la empresa investigada no contestó la solicitud de explicaciones y por ende hay una aceptación tácita de los cargos.

Finalmente, me permito citar la queja de un consumidor que adquirió un bien a una persona natural por una suma determinada a través del portal de Internet de ventas por subasta, www.mercadolibre.com. Posteriormente, el bien dejó de funcionar, efectuando el consumidor la reclamación a la vendedora, quien le informó que el aparato carecía de garantía pues era un bien usado. Sin embargo, durante la investigación el quejoso probó que según la publicidad lo adquirido era un bien nuevo y no usado, pues en la página impresa de la compra finalizada se puede leer:

22 Resolución 4972 del 8 de marzo de 2004. Superintendencia Delegada para la Protección del Consumidor.

23 Estas decisiones pueden ser consultadas en www.e-consumer-legal.com

“HP 49 NUEVAS+MANUAL EN ESPAÑOL+SOFTWARE, QUEDAN POCAS...”, para el artículo 1087603. De igual manera en la página siguiente (Folio 4) también se menciona la condición del bien, así: “(...) NUEVA Y NO VIENE SOLA, TAMBIÉN TRAE SOFTWARE, SU CD PARA QUE APRENDA A MANEJARLA ...”, incluyendo posteriormente una información sobre la calculadora, finalizando este texto con la siguiente leyenda: “Viene todo incluido, más económicas en ningún lugar, y nuevas mejor dicho en ningún lugar!!!...” (Folio 4)²⁴.

Y señaló el delegado de Protección del Consumidor:

La anterior información nos permite inferir que la (...) que vendió la señora (...) se promocionó de manera inequívoca como nueva y así lo entendió el comprador; de allí su reclamo por la garantía, pues la condición de usada, solamente la sostiene la investigada sin entrar a probarlo; a contrario sensu, el señor (...) señala que la adquirió como nueva, afirmación ésta que debió ser controvertida por la señora (...), pues la sola afirmación no es suficiente, máxime cuando en materia de protección al consumidor la carga de la prueba se invierte pues el consumidor se considera la parte débil en la relación de consumo, sea la vendedora comerciante o no”²⁵.

En este punto debemos anotar que a pesar de que el consumidor reciba el bien a entera satisfacción, éste goza de la garantía que ofrece el proveedor, productor o comercializador y debe otorgarse en la forma y condiciones en que se ofrece, adicionalmente, los bienes y servicios gozan de la garantía mínima presunta, salvo que existan eximentes de responsabilidad, en los cuales deben probarse, no sólo los elementos que lo individualizan sino el nexo causal entre éste y el daño ocasionado en los términos del artículo 26 del decreto 3466 de 1982, tal como se explicó en el capítulo anterior.

En conclusión, el Estatuto de Protección del Consumidor sirve aún de fundamento para proteger al consumidor en un entorno digital. Es claro que se requiere de una modificación y actualización. La entidad

24 Resolución 6800 del 30 de marzo de 2004. “Por la cual se ordena la efectividad de una garantía” Superintendencia Delegada para la Protección del Consumidor.

25 Resolución 6800 del 30 de marzo de 2004.

competente para hacer efectiva la garantía de un bien o servicio es la Superintendencia de Industria y Comercio o la jurisdicción civil ordinaria.

2. LA PUBLICIDAD Y LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS

Por otra parte, el incremento de los avances tecnológicos y el surgimiento de un nuevo esquema de comercialización, permite la aparición de servicios y bienes ajenos al lenguaje del Estatuto de Protección del Consumidor. Hoy en día existen servicios tales como los desarrollos de páginas Web, publicidad en Internet, los proveedores de contenido, el arrendamiento de Hosting o alojamiento de páginas Web, el almacenamiento de datos e información, etc., aparte de los aspectos contractuales de los Proveedores de Servicio de Internet (ISP). Todos los anteriores son objeto de control por vía jurisdiccional y administrativa como cualquier otro bien o servicio.

El hecho de que el comercio electrónico vaya dirigido prioritariamente al consumo, y en especial, a la compra compulsiva, según algunos autores²⁶, obliga a tener en cuenta los aspectos jurídicos de la transacción, tanto en la fase de preparación de la oferta, como en la de aceptación²⁷. Para ser más exactos, en la etapa precontractual como en la contractual.

Esta primera etapa es la fase promocional o de oferta del bien o servicio. En ella se involucra la publicidad, la propaganda comercial o los anuncios. En algunos casos se consideran las características, la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos. En muchas ocasiones la información que aparece en Internet no es tan explícita y no se indican todas las características

26 JAVIER RIVAS, por ejemplo.

27 Revista *Alfa-Redi*. No. 001 - Agosto del 1998. "Comercio electrónico en Internet". Aspectos jurídicos. Artículo de JAVIER RIBAS. www.alfa-redi.org

del bien o servicio. Es entendible que por lo limitado del espacio no se pueda incluir toda la reseña del bien o servicio; sin embargo, lo ideal es que la información esté accesible para una posterior consulta.

Por lo tanto, a la luz del derecho colombiano aún cuando la propaganda comercial que aparezca en un medio electrónico no es tan completa como quisiéramos, la información que aparezca en el medio electrónico deberá ser veraz y suficiente, que no induzca o pueda inducir a error.

Ahora bien, según el derecho español se considera engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o pueda inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor²⁸.

La legislación española define el término publicidad:

“Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”²⁹.

Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios³⁰.

Nuestra legislación al igual que la legislación española, aunque no con tanta rigurosidad conceptual, establece una norma que proscribe la publicidad engañosa:

“Marcas, leyendas y propagandas:

28 Ley 34 de 1988. Ley General de Publicidad de España.

29 Artículo 2, Ley 34 de 1988. España.

30 Ídem.

Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.

Tratándose de productos (bienes o servicios) cuya calidad e idoneidad hayan sido registradas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3o. a 7o. del presente decreto, o que estén sometidos a registro o licencia legalmente obligatorios, o cuyas condiciones de calidad e idoneidad se deriven de la oficialización de una norma técnica, aunque no haya habido registro, las marcas o leyendas que se exhiban en dichos productos, al igual que toda propaganda que se haga de ellos, deberá corresponder íntegramente a lo registrado o contenido en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad derivadas de la norma técnica oficializada, según el caso”³¹.

De la atenta lectura del decreto 3466 de 1982 podemos señalar que no se hace mención expresa a la “publicidad engañosa” de forma directa. El artículo 14 se constituye por vía de doctrina, como la prohibición general de una publicidad que pueda engañar o inducir a engaño al consumidor³².

Ahora bien, de conformidad con la circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio

“Se considera información engañosa, la propaganda comercial, marca o leyenda que de cualquier manera, incluida su presentación, induzca a error o pueda inducir a error a los consumidores o personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico”³³.

31 Artículo 14 del decreto 3466 de 1982.

32 Véase por ejemplo el concepto de la Oficina Asesora Jurídica de la SIC No. 03050474 del 26 de septiembre de 2003.

33 Título II, capítulo segundo, numeral 2.1.1.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, UNCTAD, considera el perjuicio del consumidor por la publicidad falsa o engañosa, como la pérdida de recursos:

“Los errores cometidos al momento de adquirir un bien o servicio, implican la pérdida de aquellos recursos que han sido invertidos en la búsqueda y posterior compra del producto. Esto incluye no sólo recursos monetarios, sino también el tiempo y esfuerzo invertidos en las actividades relacionadas con el intercambio. Otro elemento que debe considerarse, es el costo de oportunidad de tales recursos, es decir, las pérdidas en las que ha incurrido el individuo o agente, al buscar y adquirir un objeto determinado, en lugar de invertirlo en otra actividad que le hubiera reportado mejores resultados. Tal asignación ineficiente de recursos, puede interpretarse como un resultado ineficiente.

Adicionalmente, a las pérdidas de recursos, deben considerarse lo que ocurre con los costos de transacción a los que se enfrenta el individuo. Una vez que la información es distorsionada, los costos que afronta el individuo al buscar una oportunidad rentable de intercambio se incrementan, como consecuencia de la pérdida de recurso antes mencionada”³⁴.

Frente a este inconveniente que enfrenta el consumidor, debemos hacer claridad que las investigaciones por publicidad engañosa en Colombia se hacen atendiendo una petición de interés general y por lo tanto, la actuación administrativa busca imponer sanciones ejemplarizantes al infractor y que implica un beneficio para todo el conglomerado, por lo que los perjuicios causados a un consumidor de manera particular no se pueden reconocer por vía administrativa, pues ella será objeto de otra jurisdicción. En consecuencia, a través de una investigación de carácter administrativo no se puede resolver un conflicto interpartes.

Ahora bien las conductas proscritas por la legislación colombiana en materia de publicidad e información, a nuestro modo de ver gravitan

34 *Manual para la Formulación y Aplicación de las Leyes de Competencia* - Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo - UNCTAD - Naciones Unidas - Nueva York, Ginebra. 2004.

necesariamente sobre la definición de “Propaganda comercial” que aparece en el Estatuto de Protección al Consumidor:

“Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad”³⁵.

Adicionalmente la CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL COMERCIO Y EL DESARROLLO - UNCTAD, manifiesta:

“La publicidad puede definirse como un proceso de comunicación de carácter impersonal y controlado que, a través de medios masivos, pretende dar a conocer un producto, servicio, idea o institución, con objeto de informar, influir en su compra o aceptación. Por su parte la publicidad engañosa se define, como aquella que divulga información que induce a los consumidores a tomar decisiones erróneas, al momento de realizar sus compras. Mientras, la publicidad falsa es aquella que está sustentada por información o datos inciertos, y que por ende tiene el mismo efecto que la publicidad engañosa, siendo la única diferencia entre ambos tipos de publicidad, las características de la información que se utiliza para atraer a los compradores potenciales”³⁶. (Subrayas nuestras).

Es decir, que cualquier información o publicidad no puede ser objeto de control. Consideramos que la información que se da al consumidor debe estar dirigida al público o consumidor como una generalidad o vinculada a la promoción o inducción para adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio. Propaganda como la “política” o información lógica dentro de una cláusula contractual privada, no sería susceptible de investigación por parte del organismo de control competente en materia de consumidor. Realmente es la publicidad, los anuncios o la propaganda comercial la que puede generar un engaño o inducir a error. Tanto en Internet como en el mundo físico es exactamente

35 Literal d) artículo 1, decreto 3466 de 1982.

36 Ídem.

igual. Los correos electrónicos dirigidos, los pop ups o los spam, si bien los conoce una persona están orientados a todo un conglomerado.

Ahora bien, qué pasa si encontramos una supuesta publicidad engañosa en Internet respecto de las cuales el usuario no ha establecido una relación de consumo, por ejemplo. Una de las funciones primarias de la Superintendencia de Industria y Comercio es adelantar investigaciones de carácter administrativo sobre conductas que vulneren el Estatuto de Protección del Consumidor, entre las que se encuentra la violación a las normas sobre información y publicidad contenidas en los artículos 14, 15 y 16 del decreto 3466 de 1982. Para estos efectos no es necesario que el consumidor sea afectado con la publicidad engañosa, es decir, no es necesario que exista una relación de consumo.

Como se dijo anteriormente, para los casos de calidad e idoneidad de bienes y servicios, las normas contenidas en el Estatuto de Protección al Consumidor, aún cuando no son suficientes, deben aplicarse a la información y publicidad propia de las páginas Web o de los diferentes servicios que se ofrecen a través de medios electrónicos, bien para la adquisición de bienes o la contratación de servicios.

En consecuencia, la información o publicidad o para ser más explícitos, la “propaganda comercial” que se difunde por Internet, debe cumplir con las condiciones que predica el artículo 14 del decreto 3466 de 1982, cuando especifica que la información dada al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público debe ser veraz y suficiente, es decir, que no sea falsa y que ofrezca toda la información relevante para que la decisión de compra resulte libre y espontánea. Lo contrario puede ser objeto de sanción por parte del organismo de control.

Lo mismo ocurre para efectos de la denominada publicidad con incentivos, pues éstos deben cumplir con los requisitos que establece el artículo 16 del Estatuto citado. Sería importante ahondar más en el tema, cuando esta publicidad ocurre en el mundo real, pero esto ya fue objeto estudio en un capítulo anterior, por ahora debemos considerar la “publicidad engañosa” en el entorno digital.

Hay que tener en cuenta que no sólo el consumidor puede verse afectado con la publicidad, también los competidores y el mercado en

general. La Ley 256 de 1996 relacionada con la competencia desleal, cuyas conductas pueden estar originadas en la publicidad. Tal es el caso de los actos de confusión, de engaño, de descrédito, de comparación e imitación.

En Colombia la publicidad engañosa es una conducta que viola el estatuto de Protección del Consumidor. En otras legislaciones, la publicidad falsa o engañosa es un acto de competencia desleal como práctica excluyente. Es innegable que las normas sobre competencia desleal buscan eliminar las distorsiones a los derechos de propiedad³⁷.

Al respecto la UNCTAD ha señalado:

“Otra forma de visualizar los problemas que acarrea la publicidad desleal al consumidor, es a través del concepto de “excedente del consumidor”, el cual consiste en la diferencia entre el precio que el consumidor está dispuesto a pagar y aquel que realmente paga. Mientras mayor sea tal diferencia mayor será el bienestar del consumidor. Transformando un poco esa definición, se tiene que el excedente del consumidor es la diferencia entre lo que el consumidor espera recibir y aquello que realmente recibe. Por lo que, la empresa que publicita en forma engañosa o falsa induce al consumidor a creer que lo que recibe es realmente lo que él esperaba. Por lo tanto, a través de este mecanismo el productor o vendedor se estaría apropiando de parte del excedente del consumidor en forma desleal”.

En consecuencia, la publicidad engañosa puede crear simulación o denigración con el objetivo confundir a los consumidores, no sólo con el fin de desacreditar la calidad o las características del producto sino sobre la “certeza social”³⁸ presente entre los distintos actores del mercado.

Por otra parte, la violación a las normas sobre publicidad e información previstas en el Estatuto de Protección del Consumidor también se constituye en un acto contrario a la libre Competencia. EL artículo 48 del decreto 2153 establece:

37 *Manual para la Formulación y Aplicación de las Leyes de Competencia* - Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo - UNCTAD - Naciones Unidas - Nueva York, Ginebra. 2004.

38 Ídem.

ARTÍCULO 48. ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor”.

En esa medida, los derechos del consumidor tienen diversas formas de protección.

2.1. PROTECCIÓN JURÍDICA ANTE LA PUBLICIDAD EN INTERNET

En primer término, el tratamiento del comercio electrónico en nuestra esfera jurídica, debe necesariamente considerar la definición de comercio electrónico de la Ley 527 de 1999 que ya vimos.

En esa medida, todas aquellas informaciones, propaganda comercial, anuncios o publicidad que siguen el camino de la *World Wide Web*, es susceptible de ser vigilada al amparo del Estatuto de Protección del Consumidor, aún cuando sólo sea una parte de ella dentro de un determinado mercado, que en nuestro concepto, es todo aquello que se mueve bajo el elemento de la sociedad de la información y en las relaciones de consumo con un productor, comercializador o proveedor de bienes y servicios en Colombia.

Parece entonces que la condición de consumidor, por vía de la definición de comercio electrónico, se amplía, pues describe muchas más operaciones comerciales que las indicadas para el consumidor en la esfera de lo real, e incluso, tanto la protección como la vigilancia y el control, rebasan la clasificación del texto citado en líneas anteriores. Ello implica que la Ley 527 de 1999 amplía el espectro de control para las actividades a las cuales se enfrenta el consumidor colombiano.

En este entendido, no resulta ajena la posibilidad que tiene la red Internet de transmitir voz, datos y video, que hace mucho más amplia la gama de posibilidades para emitir “propaganda comercial” y por virtud de ella, ya existen páginas que admiten que el consumidor interactúe para adquirir esos bienes promocionados o contratar los servicios expuestos en la Web en tiempo real, lo que permite evaluar

que tanto es apropiada la regulación en materia de publicidad para ejercer el respectivo control.

Recordemos que el tema de la publicidad en general también hace parte de la etapa precontractual en una relación de consumo, es por ello que su certeza y suficiencia es vital para la autonomía de la voluntad de las partes en la contratación, cuyo fundamento es el principio de la buena fe. Al respecto la Corte Suprema de Justicia al decidir el recurso de Casación en el proceso del Centro Comercial Bulevar Niza contra el Banco de Bogotá señaló:

La contienda a que se refiere el presente litigio, evoca cómo a menudo la celebración del contrato no se logra de un solo golpe, sino que está precedida de una serie de aproximaciones, encuentros e intercambios de opiniones y de consultas entre las partes —lo que autoriza a afirmar metafóricamente que el contrato es, desde esa perspectiva, el punto final de los desacuerdos—, y que es natural que en dicha fase se puedan presentar situaciones perjudiciales para los contratantes, si es que no ajustan su conducta al secular principio de la buena fe; y dado que sería cuando menos ingenuo atrapar todas las hipótesis que ofrece la realidad, el legislador prefirió una cláusula general con el fin de permitir al intérprete un criterio elástico de valoración, estatuyendo que las partes “deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen” (art. 863 del Código de Comercio). En verdad, éticamente no hay cómo excluir la buena fe, esa que nadie dudó en exigir en la etapa propiamente contractual, del recorrido que las partes cumplen y transitan previamente, pues desnaturalizada queda cuando se observa a pedazos. De allí, como lo expresó la Corte, que “... no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan sólo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual —o parte de la precontractual—” (Sent. 2 de agosto de 2001. Exp.)

...independientemente de la obligatoriedad de la oferta, cuando la invitación a contratar se realiza por conducto de una publicidad no puede, no debe, descartarse un eventual daño a sus destinatarios y su condigna reparación, si es que publicidad tal no se hace con apego a la sinceridad y seriedad que es de esperarse, de modo de inferir que la confianza del consumidor ha sido traicionada. Nadie discutiría hoy por hoy que al consumidor le asiste el derecho a estar informado, y ojalá bien informado. Ya incluso existen normas positivas que lo requieren sin atenuantes, verbigracia los artículos 20 y 78 de la Carta Política, donde de un lado se

confiere rango constitucional al derecho a recibir información veraz y, de otro, se confiere a la ley la misión de controlar la información dada en la comercialización de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, en protección de los derechos colectivos, y el decreto 3466 de 1982, que en lo pertinente prescribe que toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedad de los bienes y servicios que se ofrezcan al público “deberá ser veraz y suficiente” razón por la cual se priven las leyendas y la propaganda comercial que “...no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características las propiedades, la calidad, idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos”, disponiendo en consecuencia, que todo productor “... es responsable por las marcas y leyendas que exhiban sus productos (bienes y servicios), así como por la propaganda comercial de los mismos, cuando su contenido no corresponda a la realidad o induzca a error al consumidor”; ...todo lo cual puede válidamente ubicarse en la fase precontractual, por cuanto ésta comprende, itérase, un conjunto de relaciones y de contactos entre las partes, cuya relevancia puede ser diversa, según el avance de la negociación (con el nacimiento eventual de una relación vinculante) y no solamente la oferta, como una etapa de mayor acercamiento entre los interesados”³⁹.

Ahora bien, en el ámbito de la contratación por la vía electrónica, nos encontramos con varios inconvenientes que obstaculizan el control, como son la ausencia física de las partes, la existencia de nuevas formas publicitarias, las continuas actualizaciones de los sitios Web y la facilidad con la que se difunden sus informaciones⁴⁰, obstáculos en los que coincidimos plenamente, aunado al tema de regulación escasa, como veremos más adelante.

Vale en este punto retomar el concepto de publicidad, señalada por la doctora MABEL LÓPEZ GARCÍA,

39 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. MP: MANUEL ARDILA VELÁSQUEZ. Bogotá, 13 de diciembre de 2001. Expediente No. 6775.

40 LÓPEZ GARCÍA, MABEL (2004): *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*. Editado por eumed-net; accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/>.

“...la publicidad comercial es un modo de comunicación que dotada de un carácter específico persuasivo se utiliza como mensaje informativo especial con la intención de provocar en el consumidor un acercamiento a la marca, producto o empresa”⁴¹.

No es diferente entonces, el sentido que se le debe dar a la publicidad en Internet.

Al igual que en el estudio de la referencia, encontramos una conexidad entre el comercio electrónico y la publicidad que se hace para establecerlo, ambos bajo el concepto de utilización de las tecnologías o sistemas de información, el cual rebasa las fronteras geográficas, lo que complica aún más la posibilidad de controlar las consecuencias que de ella se deriven. Todo depende del cuidado con que actúe el usuario al momento de aceptación de la oferta.

Debemos advertir que este tipo de publicidad ha generado en múltiples ocasiones el surgimiento de nuevas formas de delincuencia o fraude. Es el caso del robo de identidad en los términos de la Federal Trade Comisión, FTC, de los Estados Unidos, que es uno de los temas más recurrentes en entornos digitales el cual puede ser asunto de otro estudio pero vale la pena hacer una breve referencia.

Al respecto señala la FTC:

“El robo de identidad se produce cuando alguien usa su información de identificación personal, como su nombre, número de seguridad social o número de tarjeta de crédito, sin su permiso, para cometer un fraude u otros delitos”⁴².

Estos denominados robos de identidad se hacen a través de una práctica denominada por su sigla en inglés “*pretexting*”, que consiste en obtener información personal bajo falsos pretextos⁴³, circunstancia que es muy normal cuando se ingresa a Internet si tenemos en cuenta la cantidad de información que recibimos. La práctica *pretexting* es

41 Ídem.

42 Acerca del Robo de Identidad. En www.ftc.gov/bcp/edu/microsites/

43 www.ftc.gov/bcp/edu/microsites/

considerada ilegal en los Estados Unidos. En Colombia no existe una norma que la contemple como tal. Sin embargo, en vista de que esta información se recopila para obtener un provecho ilícito este provecho se considera una estafa en los términos del artículo 246 del Código Penal.

Las personas que obtienen datos personales de otras utilizando el denominado en inglés “*pretexters*”, venden esa información a otras personas que pueden utilizarla para obtener créditos, robar bienes, obtener líneas telefónicas, contratar diversos servicios o para investigarlo o demandarlo⁴⁴.

Las personas que se valen de esta práctica utilizan una variedad de tácticas para obtener la información personal. Por ejemplo, utilizando formularios en Internet para poder acceder a alguna página inexistente. Una vez que este “*pretexter*” consigue la información, la usa para realizar maniobras fraudulentas. Entonces, se hace pasar por la persona o por alguien que tenga acceso autorizado. De esta manera, el “*pretexter*” puede obtener información personal, como por ejemplo los números de cuentas bancarias o tarjeta de crédito, información registrada en su informe crediticio y la existencia y volumen de sus carteras de ahorro e inversiones⁴⁵.

Debemos dejar en claro al igual que la FTC, que en esta forma de recopilación de información no se incluye la información personal obtenida a través de registros públicos.

Por todo lo anterior, el estatuto de protección del consumidor y las normas sobre comercio electrónico en Colombia, aparte de considerar la existencia de la propaganda comercial y sus consecuencias, en medios electrónicos permiten la protección del consumidor cuando se halla en frente de una publicidad engañosa. Resulta acertado considerar que las normas sobre precios, tales como la obligación de fijar los precios máximos al público, el sistema de fijación de precios en lista y la prohibición de fijar más de un precio y de tachaduras o enmendaduras

44 Ídem.

45 www.ftc.gov/bcp/edu/microsites/

al precio fijado originalmente, también es aplicable a los establecimientos ubicados en Internet.

2.2. CÓMO ES LA PUBLICIDAD EN INTERNET

Al amparo del desarrollo de las nuevas tecnologías también han surgido novedosas formas de publicidad. Entre los diferentes modos en los que se puede llevar a cabo la publicidad en Internet los más usuales son, entre otros, el correo electrónico (“el correo electrónico direccionado es un servicio denominado “*correo direct*”), pop up ads, banners, *metatags* o *metanames*, *keyword banners*, Web de marcas o empresas y los “*spam*”. Veamos cada uno de ellos.

2.2.1. CORREO ELECTRÓNICO

El correo electrónico también conocido como *e-mail* (contracción de ‘*electronic mail*’), fue iniciativa del ingeniero RAY TOMLINSON de la empresa BBN (Bolt Beranek and Newman), en 1971, con el fin de que desarrolladores de la Arpanet (la primera red interconectada) se dejaran mensajes en los equipos de cómputo que compartían. Ya en 1973 vino un avance generado por JOHN VITTAL al desarrollar el primer programa de correo electrónico realmente completo, MSG, que incluía la posibilidad de contestar, reenviar y guardar mensajes⁴⁶.

46 Según el documento “Historia del correo electrónico: 1794-2001” en www.telecable.es:

“En julio (1971), Larry Roberts crea el primer programa de gestión de correo electrónico, que permite listar, leer condicionalmente, archivar, responder, o reenviar mensajes de correo. El programa se llama RD, y ya permite ordenar los mensajes según su asunto o fecha de envío, junto con otras funciones que facilitaban su uso.

Poco después, Barry Wessler, investigador de DARPA, creó NRD a partir de RD, en el que incluía nuevas características, como la posibilidad de borrar mensajes.

A partir de todas estas aplicaciones, Marty Yonke creó un nuevo programa, que denominó WRD, y que permitía enviar y leer mensajes, pero cuyo entorno era mucho más cómodo para el usuario. Más tarde lo renombró como BANANARD”.

Sin que sus inventores se dieran cuenta, el correo electrónico se constituyó en una de las herramientas más importantes para la comercialización directa de los productos y/o servicios, a través del envío de mensajes publicitarios que se transmiten por vía electrónica al correo de un potencial consumidor. Dentro de esta forma de publicidad se distingue el “spam” o correo electrónico no solicitado⁴⁷, que veremos más adelante.

Es de normal ocurrencia que para efectos publicitarios se utilicen programas de ordenador que permiten recopilar un sinnúmero de direcciones de correo electrónico en páginas Web, grupos de discusión, chat y otros foros públicos. La finalidad de esta recopilación es crear bases de datos que permiten el envío masivo de mensajes publicitarios. Estas bases de datos permiten segmentar a los destinatarios en función de las preferencias que han demostrado en foros temáticos dedicados a intereses o aficiones de los usuarios que forman parte de los mismos. *Y aunque algunos pueden considerar que el hecho de indicar una dirección de correo electrónico en un foro público es una autorización tácita, la gran mayoría de los usuarios entienden que el uso de su dirección sin su consentimiento expreso es una invasión de su intimidad*⁴⁸.

Debemos tener en cuenta que esta recopilación se hace en muchas ocasiones sin autorización de los propietarios de las direcciones electrónicas o en algunos casos se utilizan mecanismos ajenos a la actividad por vía electrónica para recopilarlos, como el diligenciamiento de formularios en papel, campañas masivas de actualización de datos, etc., sin que los usuarios se percaten que las direcciones electrónicas que ellos incluyen, van a engrosar las bases de datos para el envío de mensajes masivos. En esa medida el principal problema jurídico en este aspecto se produce en relación con el correo electrónico no solicitado. Este tipo de correo, además de poder llegar a producir

47 DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Derecho privado de Internet”, o.c., pág. 157. Citado Nota. 35.

48 RIBAS ALEJANDRO, J., “Comercio electrónico en Internet. Guía del consumidor”, Centro europeo del consumidor, San Sebastián, 2001, p. 43. Citado Nota 35.

problemas de congestión de Internet por generar saturación en las comunicaciones, puede genera conflictos con relación al derecho a la intimidad.

2.2.2. LOS POP UP ADS

Los pop up ads son pequeñas ventanas publicitarias que se despliegan cuando una persona accede a algunos sitios en Internet⁴⁹.

Al respecto el profesor FELIPE SÁNCHEZ IREGUI, experto en temas de comercio electrónico y propiedad intelectual, manifiesta:

*Con el advenimiento de la publicidad a través del sistema de banners animados surgió un nuevo concepto, el de los **pop up ads**, (llamada en español **publicidad emergente**) los cuales son pequeñas ventanas que se abren automáticamente cuando un usuario ingresa a una página o sitio determinado y que anuncia productos, servicios o promociones del propietario de dicha página o de terceras personas. Si el usuario decide hacer clic en el gráfico de un anuncio emergente, éste se cerrará y lo dirigirá a otra ventana, generalmente de tamaño completo transportándolo al sitio Web o URL elegido al que está vinculado el pop up ad. Si el usuario decide no hacer clic en el gráfico, generalmente el anuncio se cerrará automáticamente en un periodo de tiempo relativamente breve o el usuario cuenta con la opción de cerrar el **pop up ads** haciendo clic en el botón “X” de la esquina superior derecha⁵⁰.*

Los pop up ads son ventanas de Internet independientes pero vinculadas a una página Web y generalmente son mensajes publicitarios para promocionar determinados bienes o servicios, pueden ser causantes del alojamiento de programas ‘adware’ y ‘spyware’ o virus informáticos.

El principal problema que plantean es (independientemente del carácter ilícito o no del mensaje publicitario en cuanto pueda resultar

49 <http://www.enewnesslaw.com/>. Página Web del profesor FELIPE SÁNCHEZ IREGUI.

50 ¿pop up ads, nuevas formas de infracción de la propiedad intelectual en internet?. FELIPE SÁNCHEZ IREGUI. www.enewnesslaw.com

engañoso, desleal, etc.) su intrusismo, que en ocasiones dificulta el acceso a lo que se desea buscar o ver. Esta intrusión puede resultar molesto al consumidor o usuario que realice comercio por Internet, sin embargo, se resuelve mediante programas de ordenador específicos que reconocen este tipo de publicidad e impiden que se descarguen y bloquean el acceso⁵¹, por ejemplo los navegadores más populares como Internet Explorer de Microsoft y Mozilla de Firefox (una versión posterior de Netscape) traen un “bloqueador de ventanas emergentes”.

2.2.3. LOS BANNERS

Los *banners* (tiras de publicidad en Internet, semejantes a una bandera) son ventanas de Internet que se integran como parte de una página Web y que se utilizan como soporte del mensaje publicitario. Los banners pueden ser estáticos

“(similar al cartel publicitario que se incorpora en los medios de comunicación escrito) o dinámicos (similares a los anuncios publicitarios que se emiten en los medios de comunicación audiovisuales, pero con una relevancia mínima o inexistente del sonido como parte del mensaje)”⁵².

Es una técnica muy utilizada como medio de enlace a páginas Web con el propósito de que el potencial consumidor responda a la oferta. Es un medio dinámico y la mayoría de las veces multimedia. Existen varios tipos de banners: Banner ADS, Banner Flags, Banner Makers y Banners Stands

El banner es uno de los elementos más importantes para incluir publicidad en Internet dentro de una página Web, pues permite mostrar información mientras el usuario está dentro de la página y permite redireccionar al sitio Web que se está publicitando. Frecuentemente el

51 www.microsoft.com

52 “Internet Medio Publicitario”. Publicado en www.eumed.net

pago se hace dependiendo del número de clicks para redireccionamiento. Las visitas que realice el usuario se miden a través de los archivos de registro (logs) de los servidores de anuncios. Cada vez que un anuncio se muestra, el sistema lo contabiliza.

Veamos cómo funciona:

*“Un **banner** es un formato publicitario en Internet. Esta forma de publicidad online consiste en incluir una pieza publicitaria dentro de una página Web. Prácticamente en la totalidad de los casos, su objetivo es atraer tráfico hacia el sitio Web del anunciante que paga por su inclusión”.*

“(…)”

Cada vez que un usuario accede a una página Web concreta en la que se ha previsto la inclusión de un banner, éste es mostrado. Esto se conoce como “impresión”. En los formatos habituales, cuando el usuario clic (da clic) sobre el banner, automáticamente es redirigido a otro sitio Web, decidido por el anunciante, lo que se conoce como “click through”.

Cuando se pone el click through en relación con las impresiones se obtiene una tasa denominada ratio de click through (CTR en sus siglas en inglés) que mide el número de veces que alguien ha hecho click sobre el banner en relación al número de veces que se ha mostrado dicho banner —número total de impresiones—. Esta tasa puede variar muchísimo en función de cada campaña de publicidad pero se puede considerar situada en términos normales si ronda entre el 0,1 y el 1%.

Habitualmente, el CTR es el principal indicador que se emplea para medir la eficacia de una campaña de publicidad online. En ocasiones sirve también para determinar el coste que el anunciante pagará por la campaña, aunque fundamentalmente este coste viene determinado por el número de impresiones⁵³.

53 <http://es.wikipedia.org/>

Tanto la publicidad realizada mediante banners como la realizada a través de pop ups pueden plantear problemas jurídicos en relación con los contenidos que en la misma se dan⁵⁴.

Debemos tener en cuenta que aparte del engaño que puede tener una publicidad a través de un banner, también puede afectar la comprensión que hagan los niños de esta publicidad, en la medida en que ellos no pueden conocer si este banner es malicioso o no. A los niños los pueden confundir con contenidos habituales de los sitios Web. Si el “banner” contiene un personaje popular, de dibujos animados, o algo que se asemeje a un juego divertido, los niños le darán un “click” y conducirlos a sitios Web⁵⁵ para adultos, por ejemplo, o a un sitio Web diferente del publicitado.

2.2.4. METATAGS O METANAMES

Es la técnica que se utiliza en Internet por medio de la cual se insertan etiquetas o referencias ocultas en las páginas Web de las que depende la publicidad, con el fin de acercar usuarios que buscan una determinada marca o servicio a través de un motor de búsqueda.

Pero que son técnicamente los metatags:

“Los metatags son parámetros de software de HTML que son visibles solamente para los motores de búsqueda y permiten que éstos últimos puedan revisar electrónicamente el contenido de una página con el fin de presentarle al navegante de Internet los resultados de su búsqueda”⁵⁶.

54 LÓPEZ GARCÍA, MABEL, *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*. 2004

55 “Los niños no distinguen la información de la publicidad en las páginas Web”. “Pinchan los “banners” publicitarios que contienen dibujos o un personaje popular “. Artículo en www.consumer.es

56 “Comité Nacional Colombiano de la Cámara de Comercio Internacional. Subcomité de Propiedad Intelectual: Colombia frente a la infracción a los derechos de marcas en Internet. Documento obtenido en la Cámara de Comercio de Bogotá el 4 de febrero de 2004”. Citado en <http://www.cavelier.com/>

Cuando un usuario ingresa el nombre de lo que está requiriendo en un buscador de Internet, el motor de búsqueda (google, yahoo, altavista, msn) rastrea los metatags de referencia que tiene el nombre en las diferentes páginas de Internet y presenta los resultados en lista. Los metatags los podemos encontrar en el código fuente de cada página Web.

El objetivo de los metatags es resumir el contenido de una página Web para que los motores de búsqueda asocien dicho contenido con el tema investigado por el consumidor. Sin embargo, esta técnica se puede utilizar de forma fraudulenta introduciendo una palabra-clave (metatags) que sin tener relación con el contenido de la página sea la más utilizada sobre un tema concreto o introduciendo nombres de productos o empresas competidoras para atraer a otros usuarios⁵⁷.

El uso fraudulento de los metatags es considerado por algunos autores⁵⁸ como una práctica engañosa, pero la consideración de engañosa dependería de la configuración de la oferta, es decir, si la oferta es lícita e inequívoca el redireccionamiento no induce a error. En cambio si la oferta publicitaria fuese ilícita el redireccionamiento conformaría dolo contractual por parte del prestador de servicios de la sociedad de la información⁵⁹.

2.2.5. KEY WORD BANNER

El key word banner es un tipo especial de banner o pop up con un carácter personalizado. La página Web que sirve de soporte al anuncio incluye un programa de búsqueda, de tal modo que obedecerá a la búsqueda realizada la aparición de un Key word banner u otro, dependiendo del usuario. En este supuesto nos encontramos con un tipo

57 MORENO NAVARRETE, M.A., “Derecho-e...”, o.c., págs. 97-98. Citado Nota 35.

58 Véase MIGUEL RODRÍGUEZ, J., “Problemática jurídica de la publicidad en Internet”, la Ley, Madrid, 2001, pág. 257 y a Tato Plaza: “Aspectos jurídicos de la publicidad en Internet”, Revista de la Asociación de Autocontrol Publicitario, número 42, 2000, p. 16 Citado Nota 35.

59 MORENO NAVARRETE, M.A., “Derecho-e...”, o.c., p. 98. Citado Nota 35.

de publicidad personalizada que en sí misma no se puede considerar ilegal; sin embargo, puede llegar a serlo si genera confusión entre los usuarios a través de la utilización fraudulenta de metatags⁶⁰.

2.2.6. WEB DE MARCAS O EMPRESAS

MABEL LÓPEZ GARCÍA manifiesta que la simple aparición de una determinada empresa o marca en Internet es considerada como un método publicitario⁶¹.

La empresa se presenta utilizando la nueva forma de marketing, utiliza el espacio Web para lanzar mensajes publicitarios que la vinculan directamente con la oferta⁶². Debemos tener en cuenta que la entrada de Internet a muchos países obligó a las empresas a posicionar sus marcas en el nuevo mecanismo de transmisión pública de información y contenido.

El consumidor entonces está en capacidad de realizar la transacción comercial ingresando a la página Web de la marca que contiene el anuncio y en ese mismo sitio puede comprobar la veracidad de la información que se le presenta y formalizar la operación, incluyendo el pago y las condiciones de venta, cuando se pueda hacer la transacción *on line*.

El único problema que pueden generar las páginas Web como medio de publicidad está vinculado al contenido⁶³. Ello implica que quien ofrece debe hacerlo con veracidad y suficiencia, explicando claramente las condiciones de lo que ofrece, así como los derechos y obligaciones de las partes en razón a que la venta se puede producir en forma inmediata.

60 DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Derecho privado de Internet", o.c., págs. 144-145. Citado Nota 35.

61 *Ibidem*.

62 Internet: nuevo medio publicitario. En <http://www.eumed.net/>

63 *Ídem*.

2.2.7. LOS SPAM O CORREO ELECTRÓNICO NO SOLICITADO

En primer lugar, podemos considerar que la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) establece que en relación con las comunicaciones electrónicas comerciales no solicitadas o *spamming* o correos basura, que los usuarios han de dar su consentimiento previo antes de recibir este tipo de mensajes. Este sistema abarca no sólo los mensajes electrónicos tradicionales que utilizan el protocolo SMTP, asimismo los mensajes de SMS y los demás mensajes electrónicos recibidos en cualquier equipo terminal, fijo o móvil⁶⁴.

El artículo de la Directiva Europea señala:

“Artículo 13

Comunicaciones no solicitadas

1. Sólo se podrá autorizar la utilización de sistemas de llamada automática sin intervención humana (aparatos de llamada automática), fax o correo electrónico con fines de venta directa respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo”⁶⁵.

A través de este artículo la Unión Europea introduce el principio de consentimiento previo o la llamada “Lista de inclusión” para el envío de correos electrónicos con fines comerciales.

Según una comunicación de la Unión Europea, el *spam* constituye un problema desde diversos puntos de vista: intimidad, fraude a los consumidores, protección de los menores y de la dignidad humana, costos adicionales para las empresas, pérdidas de productividad. Pero

64 Protección de datos en el sector de las comunicaciones electrónicas. En <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l24120.htm>

65 Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002.

en general, quebranta la confianza de los consumidores, necesaria para el éxito del comercio electrónico, de los servicios ofrecidos en línea y de la sociedad de la información⁶⁶.

CONCLUSIONES

Resulta evidente que Internet se convirtió en el nuevo mecanismo por excelencia en donde se están desarrollando y difundiendo los mensajes la nueva publicidad comercial. Es el lugar en donde se integran la publicidad y el contrato. La publicidad en Internet tiene un carácter global pues se puede visualizar desde cualquier punto del planeta. Definitivamente los medios electrónicos de difusión publicitaria introdujeron nuevas técnicas y espacios publicitarios tan dinámicos que a través de ellos se pueden realizar operaciones comerciales desde la oferta hasta su perfeccionamiento.

Quiero retomar una de las conclusiones del estudio “*La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*”⁶⁷, cuando afirma que las diferencias de Internet con los medios clásicos de publicidad no impiden que se puedan producirse daños en el consumidor. Las tiendas virtuales, webs de marcas o empresas pueden atentar contra el derecho de los consumidores de la misma forma que un anuncio en prensa, radio o televisión. Por ello junto a las medidas clásicas de protección que siguen siendo aplicables a la publicidad en Internet, se exigen por parte de los usuarios nuevas medidas de protección, adaptaciones y control sobre las nuevas técnicas⁶⁸.

66 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Al Consejo, Al Comité Económico y Social Europeo. Sobre las comunicaciones comerciales no solicitadas o spam. Bruselas, 22.01.2004. COM (2004) 28 Final.

67 MABEL LÓPEZ, GARCÍA, (2004).

68 MABEL LÓPEZ, GARCÍA, (2004). Cita 35.

Finalmente podemos señalar que en Colombia no existe una normatividad específica que brinde protección a los consumidores dentro de las relaciones comerciales transadas por vía electrónica⁶⁹, por lo que consideramos que se debe acudir a la legislación existente para salvaguardar los derechos de los consumidores, máxime cuando este derecho fue elevado a rango constitucional como un derecho de tercera generación. Para la protección del consumidor debemos tener en cuenta el Estatuto de Protección al Consumidor, la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, la Ley 527 de 1999 y el decreto 1747 de 2000.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, “Contratos Mercantiles”, tomo II. Contratos Atípicos. 5ª edición. Biblioteca Jurídica DIKE. Bogotá, 2004.
2. AGUIRRE, CARLOS DIONISIO, “El desarrollo desde la perspectiva de la defensa del consumidor electrónico - el papel del conocimiento y la contratación”.
3. Ley 34 de 11 de julio de 2002, servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico - Versión consolidada no oficial, a 31 de diciembre de 2007. España.
4. Conpes No. 3072 de 2002 - Departamento Nacional de Planeación - Agenda de Conectividad - Ministerio de Comunicaciones - DNP:UINFE-DITEL
5. Guía para la incorporación. al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. CNDUMI, 1996.
6. Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI para las Firmas Electrónicas (2001) al derecho interno. Naciones Unidas. 2001; 47.
7. Compendio de Normas. Protección del Consumidor. Superintendencia de Industria y Comercio. Imprenta Nacional.
8. Compendio de Jurisprudencia. Protección del Consumidor. Superintendencia de Industria y Comercio. Imprenta Nacional.
9. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Notas Explicativas. Naciones Unidas - CNDUMI - Nueva York, 2007.

69 La Ley 527 de 1999, consagra la contratación electrónica, como un acuerdo de voluntades, voluntad que se rompe cuando una de las partes es consumidor.

10. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).
11. Revista *Alfa-Redi*. No. 001 - Agosto del 1998. “Comercio electrónico en Internet”. Aspectos jurídicos. Artículo de JAVIER RIBAS.
12. *Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia* - Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo - UNCTAD - Naciones Unidas - Nueva York, Ginebra. 2004.
13. LÓPEZ GARCÍA, MABEL (2004): La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico. Editado por eumed-net; accesible a texto completo en [html://www.eumed.net/cursecon/libreria/](http://www.eumed.net/cursecon/libreria/).
14. Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002.
15. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Al Consejo, Al Comité Económico y Social Europeo. Sobre las comunicaciones comerciales no solicitadas o spam. Bruselas, 22.01.2004. COM(2004) 28 Final

Páginas Web

1. <http://www.ewnesslaw.com/>. Página Web del profesor FELIPE SÁNCHEZ IREGUI
2. <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l24120.htm>. Página Web de la Unión Europea
3. <http://www.sic.gov.co>
4. <http://www.e-consumer-legal.com>
5. www.alfa-redi.org
6. www.eumed.net
7. www.dnp.gov.co
8. www.agenda.gov.co
9. www.uncitral.org

