

Bogotá D.C, 14 de diciembre de 2020

Señores
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Ciudad

Asunto. Comentarios al Proyecto de Resolución “Por la cual se modifican los Títulos I, II, III, IV y X de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el marco de la estrategia “Estado Simple, Colombia Ágil” para la adopción de medidas orientadas a la racionalización, simplificación y mejora regulatoria”

Reciban un cordial saludo:

Me dirijo a usted en nombre de la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico (CCCE), entidad gremial que tiene como objetivo promover en nombre de sus agremiados y, en su calidad de vocero, un entorno favorable para el desarrollo del comercio electrónico en el país, aportando así a la construcción de la Política Pública y la generación de conocimiento y confianza en el sector, para presentar nuestros comentarios con relación al Proyecto de Resolución “Por la cual se modifican los Títulos I, II, III, IV y X de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el marco de la estrategia “Estado Simple, Colombia Ágil” para la adopción de medidas orientadas a la racionalización, simplificación y mejora regulatoria” considerando los siguientes aspectos:

- **Consideraciones generales**

Antes de iniciar con los comentarios específicos a cada uno de los artículos propuestos, nos permitimos expresar que el gremio aplaude la iniciativa de la Superintendencia de Industria y Comercio de ajustar y actualizar varios apartes de la Circular Única, principalmente en lo que respecta a información y publicidad.

El panorama normativo en materia publicitaria en Colombia está enfocado en las ventas tradicionales o presenciales, y establece una definición de publicidad e información aplicable a estos canales de comercialización quedando de lado el comercio electrónico. Comprendemos el enorme esfuerzo de la Superintendencia por lograr un robusto régimen de protección al consumidor, y nos encontramos en la misma línea y prestos a colaborar en lograr este objetivo.

Es imposible desconocer que el comercio electrónico, desde la expedición de estas normas (año 2011) hasta hoy, ha modificado ampliamente las tendencias de consumo de los colombianos, los canales de venta, las estrategias de mercadeo y de comercialización de bienes y servicios y ha creado una nueva realidad en materia de consumo.

Es así como, existen diferencias sustanciales entre la relación de consumo que se genera entre un consumidor y un proveedor presencial o uno electrónico. Las etapas en la decisión de compra online ocurren de maneras diferentes; los flujos o procesos de compra contienen elementos

diferenciadores, y la publicidad o los mecanismos de atracción del consumidor digital son distintos en la actualidad.

En definitiva, se han generado nuevos mecanismos de atracción de clientes, que predominan en el comercio electrónico actual (Banners publicitarios, landing pages o páginas de aterrizajes donde el consumidor puede consultar en tiempo real, los detalles o las condiciones de una oferta, email marketing, blogs, estrategias de atracción móvil o a través de teléfonos celulares, redes sociales con pautas tradicionales por display y estrategias de contenido, publicidad de terceros en sitios web, entre otras).

Es precisamente en este punto, en donde nos permitimos solicitar que se analice con profundidad la diferencia entre publicidad e información en internet, toda vez que, si bien existen canales novedosos de atracción de clientes, estos no pueden ser de ninguna manera equiparados con los métodos tradicionales.

- **Respecto al artículo 25. *Modifíquese el numeral 2.1 del Capítulo 2 del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio***

Nos permitimos reiterar la importancia de diferenciar los conceptos de publicidad e información en el marco del comercio electrónico colombiano y delimitar la amplia definición de publicidad que se encuentra hoy planteada en el Estatuto del Consumidor Colombiano (Ley 1480 de 2011), artículo 5, numeral 12.

Actualmente, el Estatuto del Consumidor Colombiano, y la Circular única en materia publicitaria expedida por la Superintendencia, no contienen un capítulo especial o definición precisa de conceptos como **publicidad e información en el comercio electrónico**, generándose así, que a través del precedente administrativo sancionatorio y jurisdiccional de la Superintendencia, se hayan aplicado estas definiciones (propias del comercio presencial o las ventas tangibles) a los comercios electrónicos o compañías que comercializan bienes y servicios a través de un medio no tradicional de venta, como un sitio web, portal transaccional o aplicación móvil.

Hemos observado que, ante la ausencia de regulación sobre esta materia, se ha generado un panorama de inseguridad jurídica para los agremiados, ya que las normas que se están aplicando en materia publicitaria no corresponden a la realidad del comercio electrónico colombiano.

Por lo tanto, en lo que respecta a la modificación del numeral 2.1. “información al consumidor y propaganda comercial” encontramos que se mantiene la problemática actual respecto a la definición de publicidad e información en comercio electrónico. Sugerimos muy amablemente incorporar las siguientes aclaraciones en materia de comercio electrónico:

CONSIDERACIONES ESPECIALES SOBRE PUBLICIDAD EN EL MARCO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO:

Artículo 1. *No podrá entenderse como mensaje publicitario, el contenido meramente informativo incorporado en un proceso de compra electrónico efectuado a través de un canal o medio de comercio electrónico.*

Parágrafo: *Para todos los efectos, se entenderá como proceso de compra electrónico, el conjunto de actos, negocios u operaciones mercantiles tendientes a concretar una*

operación de compra electrónica, previamente concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y consumidores.

Artículo 2. *No se catalogarán como mensajes publicitarios: la información pública de precio, o las características esenciales o de la naturaleza del producto o servicio, informadas en el marco de un proceso de compra electrónico efectuado a través de un canal o medio de comercio electrónico.*

Parágrafo: *Entiéndase como canal o medio de comercio electrónico, el definido en el artículo 49 de la Ley 1480 de 2011.*

En este nuevo contexto tecnológico, es claro que es deber de los proveedores online informar de manera clara, veraz, transparente, suficiente y precisa. Sin embargo, las publicaciones de productos en los portales web, habrán de considerarse “información”, sujeta al cumplimiento de los deberes de transparencia y lealtad con el consumidor, pero de ninguna manera “publicidad” por el solo hecho de encontrarse esta información cargada en una página web determinada, de ahí nace la necesidad de establecer con claridad la definición de publicidad e información en internet.

En definitiva, con el fin de clarificar la distinción entre uno y otro concepto, debe tenerse en cuenta que:

- A diferencia de la información brindada en el marco del proceso precontractual, la publicidad es presentada al consumidor aun cuando éste no la buscó, y aparece ante sus ojos antes que la información en sí misma.
- El mensaje publicitario no tiene el deber de contener los elementos que la ley exige a la información. Su aceptación, no necesariamente concreta ningún contrato, aunque puede ayudar en sus inicios. Por eso, la legislación aplicable a una y otra deben ser distintas.
- La publicidad es masiva. Mientras que la información se brinda en un caso concreto y en particular, frente a la búsqueda o requerimiento puntual del consumidor, y en el marco de una Oferta contractual.
- La publicidad es en esencia persuasiva, mientras que la información brindada en el marco de la oferta debe ser objetiva y verificable.
- La publicidad debe ser veraz. Pero puede contener exageraciones. La información brindada en el marco de una Oferta debe ser precisa y clara en todos los eventos.
- La publicidad es un derecho del proveedor, la información es un deber hacia el consumidor.
- El derecho publicitario también regula la competencia. El deber de información solo pretende proteger al consumidor.

- **Frente al artículo 26. Modifíquese el numeral 2.1.1.2 del Capítulo 2 del Título II de la Circular Única.**

Vemos que el ajuste está encaminado a modificar la palabra “propaganda comercial” por “publicidad,” sin embargo, muy amablemente reiteramos que el problema señalado en el punto

anterior continúa e incluso se acentúa en la modificación al usar la palabra publicidad e información como sinónimos.

Agradecemos, por tanto, aclarar la aplicación del literal b) artículo 26 e incluir la sugerencia presentada en el punto anterior.

- **Frente al artículo 27. Modifíquese el numeral 2.1.2.1 del Capítulo 2 del Título II de la Circular Única.**

El literal b) del artículo 27, establece:

b) Inducción a error: Sin perjuicio de la facultad que existe para señalar libremente el precio de los productos y servicios no sometidos a régimen de control, se entenderá que se induce a error cuando:

- i. Simultáneamente con el ofrecimiento del incentivo y hasta seis meses después del retiro del ofrecimiento de éstos se aumenta el precio del bien o servicio, o;*
- ii. Se ofrecen incentivos dentro del mes siguiente al aumento del precio del bien o servicio cuya adquisición se promociona.*

Desde hace tiempo atrás se ha solicitado a la Superintendencia la eliminación del literal citado, por el impacto que tiene la estabilización temporal de precios. En los distintos sectores. Razón por la cual, nos permitimos resaltar nuevamente la importancia de eliminar el literal citado.

Los precios en el comercio electrónico, tanto para bienes y servicios, responden a criterios fluctuantes como la tasa de cambio, cambios de precios de los competidores en tiempo real, inventarios en tiempo real, distancias de despacho y entrega, algoritmos que fijan el precio, entre otros. Así mismo, los nuevos modelos de negocio que hacen parte de la economía digital, no controlan los precios de sus vendedores y, a su vez, los precios de estos cambian diariamente y son más sensibles a las variables antes mencionadas. Incluso, en estos casos se podría considerar que la exigencia a un tercero de estabilizar los precios sería un acuerdo contrario a la libre competencia sancionado por la Ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992.

Considerando lo anterior, encontramos que el aparte citado cohibe la libertad que tienen las empresas de fijar precios según los cambios económicos en el mercado, pues bajo el sistema colombiano de economía de mercado competitivo, sustentado por los derechos constitucionales de libre empresa y libre competencia, las empresas podrán tomar decisiones con independencia, fijando los precios que consideren adecuados para sus bienes y servicios, sin contrariar la libre competencia.

Existen otros mecanismos o formas de garantizar una debida protección al consumidor en contra de la publicidad engañosa; la regulación de precios es una medida que afecta la libertad de empresa y que contiene varios riesgos en su aplicación para el comercio electrónico, pues nuevamente resaltamos que no es posible que portales congelen precios de terceros en el mercado.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicitamos eliminar el literal b) citado, ya que no se compadece con las dinámicas del comercio electrónico en la actualidad como tampoco de la economía digital, o de lo contrario, agradecemos incluir las siguientes excepciones:

Opción 1: (...) Esta regla no aplica en el caso de los alimentos perecederos con una vida útil igual o inferior a 7 días, conforme a la normatividad sanitaria vigente.

Tampoco aplicará para bienes y servicios ofrecidos por comercio electrónico, o cuando el precio se vea incrementado por circunstancias justificables tales como cambios del mercado, variación de la tasa de cambio, modificación de las variables de fijación de precios, inventarios, modificaciones de los precios fijados por terceros, o cualquier circunstancia que implique un incremento justificado en el precio del producto.

Opción 2: (...) Esta regla no aplica para los alimentos perecederos cuando el precio regular sea incrementado durante los 2 días inmediatamente anteriores al ofrecimiento de la promoción u oferta.

Tampoco aplicará para bienes y servicios ofrecidos por comercio electrónico, o cuando el precio se vea incrementado por circunstancias justificables tales como cambios del mercado, variación de la tasa de cambio, modificación de las variables de fijación de precios, inventarios, modificaciones de los precios fijados por terceros, o cualquier circunstancia que implique un incremento justificado en el precio del producto.

- **Nuevos modelos de negocio**

La transformación digital y los avances tecnológicos han permitido el nacimiento de novedosos modelos de negocio, con el objetivo de suplir necesidades de la sociedad o hacer la vida más fácil, ahorrando tiempo en distintas actividades diarias y generando interconexión entre mercados y personas.

La modificación a la Circular Única de la SIC, debería contemplar los nuevos modelos de negocio, como también simplificar la regulación actual y armonizarla con las mejores prácticas globales.

Es por esto que desde el gremio nos permitimos sugerir se incluya el rol y la responsabilidad de los MarketPlaces (centros comerciales en línea), el cual une dos puntas del mercado, de un lado consumidores y del otro vendedores o proveedores, permitiendo una interacción directa entre estos. Este modelo de negocio ha traído grandes beneficios en términos económicos, particularmente para pequeñas y medianas empresas que desean vender sus productos dentro y fuera de la región.

Frente a la responsabilidad de los Marketplaces ante los consumidores de comercio electrónico, existen en la actualidad algunos inconvenientes en materia jurisdiccional, donde se identifica al Marketplace como productor o proveedor de los bienes y servicios, cuando en realidad está actuando como un portal de contacto. Razón por la cual surge la necesidad de aclarar su responsabilidad.

Para el efecto, nos permitimos citar un caso argentino, resuelto el 20 de diciembre de 2019, en el cual se resalta la obligación del proveedor de proporcionar al cliente información cierta, clara y detallada del bien objeto de venta.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Expediente No. 11572/2014

En este caso los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones estiman que no opera contra el Marketplace una responsabilidad objetiva, al no haber elementos para reprochar un comportamiento culpable o negligente y señala, "(...) no puede responsabilizarse a la empresa de comercio electrónico por la inexactitud del aviso que publicó la vendedora, saldo que en el caso

hubiese mediado también una conducta antijurídica que le sea imputable de forma específica (...)".

En los casos donde no se configura una relación de consumo entre el Marketplace y el consumidor, la responsabilidad de este no debe extenderse hasta los productos, bienes o servicios, que terceros ofrezcan en sus plataformas.

Por lo tanto, sugerimos incluir dentro de las modificaciones que se están realizando a la Circular Única la claridad respecto a la responsabilidad de los Marketplace anteriormente anotada.

Confirmamos que desde el gremio compartimos el propósito de garantizar los derechos de los consumidores, a recibir información adecuada que permita adelantar elecciones de compra bien fundadas. Sugerimos entonces, que la modificación a la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, contemple la realidad actual del sector, las nuevas dinámicas económicas, los nuevos modelos de negocio y los actuales hábitos de compra del consumidor.

Por último, agradecemos ampliar el plazo para comentarios al Proyecto de Resolución en referencia y realizar mesas de trabajo con el sector, toda vez que los aspectos que modifica la Circular son de gran trascendencia para la industria.

De antemano agradecemos su atención a la presente.

Cordialmente,


María Fernanda Quiñones Z.
Presidenta Ejecutiva