

Bogotá D.C., 15 de julio de 2021

Doctor
ANDRES BARRETO
Superintendente
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
La Ciudad

Asunto: Comentarios a la Guía para la protección del consumidor y sus datos personales en el comercio electrónico

Respetado doctor Barreto,

Comenzamos por extenderle nuestros más cordiales saludos de parte de la Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones – CCIT, la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico – CCCE, la Cámara de Comercio Colombia Americana – AmCham Colombia y Alianza IN, organizaciones gremiales que agrupamos a las más importantes empresas del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia.

En esta ocasión nos dirigimos a Usted, para respetuosamente presentarle nuestros comentarios en relación con la Guía para la protección del consumidor y sus datos personales en el comercio electrónico, publicada para comentarios por la Entidad que Usted dirige. Al respecto, nos permitimos plantear algunas posiciones y recomendaciones tendientes a velar por el mantenimiento y el fomento de la actividad económica desarrollada en el entorno digital, reconocida como fuente generadora de ingresos, recursos y oportunidades para muchos ciudadanos colombianos, quienes han invertido tiempo, esfuerzo y trabajo en la transformación digital de sus economías e industrias. Lo anterior, sin perder de vista que además es una de las principales fuentes de inversión extranjera en el país.

Así mismo, aprovechamos la oportunidad para solicitarle llevar a cabo una serie de mesas de trabajo con la participación del sector público y privado, que permita fortalecer y enriquecer la Guía, con las experiencias y mejores prácticas de los distintos actores del comercio electrónico.

1. Comentarios generales

Celebramos la iniciativa de la SIC de poner a disposición de los empresarios, consumidores y público en general, una Guía para la protección del consumidor y sus datos personales en el comercio electrónico, la cual está dirigida a servir como un instrumento orientativo y educativo para los actores involucrados en las relaciones de consumo de comercio electrónico. Adicionalmente, destacamos el reconocimiento de la necesidad de contar con políticas específicas, flexibles y coordinadas que puedan liberar en mayor medida el potencial del comercio electrónico y ser útiles para superar las brechas aún existentes en dicho medio.

Sin embargo y en atención al propósito orientativo y educativo que persigue esta Guía para los actores que son parte del vínculo de consumo, consideramos que del texto del borrador en análisis se desprenden algunos conceptos y disposiciones que van más allá de ese propósito y por lo tanto, cuentan con una caracterización asociada, en mayor medida, al ejercicio de facultades legislativas, reservadas para el Congreso de la República según el artículo 114 de la Constitución Política, o en ocasiones haciendo referencia a las atribuciones reglamentarias establecidas en el Estatuto del Consumidor, las cuales están reservado al Presidente de la República, de acuerdo al artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política.

Ejemplo de esto es el uso del término “deber” a lo largo de todo el texto, cuando se refiere a conductas esperables de quienes resultan proveedores en una relación de consumo o de aquellos a quienes se pretende caracterizar como tales a pesar de no contar con las condiciones propias del proveedor según definición de la Ley 1480 de 2011.

En este sentido, consideramos que el lenguaje de la Guía permite interpretar que su propósito se aparta del de recomendar y termina imponiendo nuevas obligaciones a distintos actores que hacen parte del comercio electrónico. Esto, no solo para productores y proveedores, sino también para intermediarios, según la definición de la Guía. Algunas de estas propuestas resultan acordes al marco normativo vigente, mientras que otras exceden el alcance previsto por el Legislador al momento de sancionar el Estatuto del Consumidor.

En aras de cumplir con el objetivo perseguido por la Guía tendiente a servir de instrumento de referencia con lineamientos y pautas no vinculantes que colaboren con el desarrollo seguro y confiable del comercio electrónico a nivel nacional, así como servir para garantizar seguridad jurídica a la actividad desplegada por los actores que interactúan en este entorno, consideramos pertinente realizar algunos comentarios y sugerencias que consideramos colaborarán en la consecución de la finalidad perseguida.

En este orden de ideas, es necesario reconocer y propender por una distribución justa y equitativa de las cargas entre los distintos actores involucrados en el comercio electrónico. De este modo, se conseguiría evitar reducir los incentivos para desarrollar una actividad, que beneficia no solamente a gran parte de las industrias sino a los consumidores, quienes se han involucrado y avanzado en esta forma de hacer comercio.

Por lo anterior, aquellos instrumentos que se elaboren para acompañar el desarrollo de la actividad deben contemplar las realidades e intereses de cada parte de la relación comercial para evitar discriminaciones injustificadas y arbitrarias en las actividades del comercio electrónico que tiendan a desincentivar y desacelerar su evolución. Lo anterior, velando en todo momento por el cumplimiento de los derechos y garantías que deben tener los consumidores según el Estatuto del Consumidor.

Al definir el alcance de la Guía, debe considerarse que las TIC, el comercio electrónico y los prestadores de servicios de Internet parte de este ecosistema, tienen un rol fundamental en la

reactivación de todos los sectores de la economía en el escenario pospandemia, por lo que no hay que perder de vista su impacto en el escenario de recuperación económica.

Así es que aunque celebramos la iniciativa de la SIC de ofrecer lineamientos sobre el comercio electrónico a través de esta Guía, señalamos respetuosamente que no se debe perder de vista que el CONPES 4012 de 2020 (que es del cual deriva la obligación de emitir una guía sobre la materia) tiene como objeto promover estrategias para que más empresas y ciudadanos en Colombia adopten el comercio electrónico como una práctica común y segura, y que el marco institucional promueva y respalde la innovación en esta materia. Por lo anterior, observamos que la Guía se aparta de este propósito y, como se verá más adelante, distorsiona los roles existentes y reconocidos en el Estatuto del Consumidor en el contexto del comercio electrónico.

Como siguiente aspecto, encontramos de la lectura exhaustiva y minuciosa de la Guía, que se desarrollan varios temas fundamentales para el comercio electrónico, como lo son la definición de actores, las responsabilidades, los deberes y la protección del consumidor. No obstante, vemos con gran preocupación que en los anteriores aspectos se está desarrollando nueva normativa y/o ampliando la normativa ya existente.

Como hemos señalado esta normativa debe ser actualizada en aras de alinearla con las nuevas dinámicas de la industria, pues de lo contrario, se estaría dando más vida a definiciones legales ausentes o ya obsoletas. Lo anterior genera gran preocupación, por el impacto que podría tener la Guía en el panorama judicial, volviendo más compleja la decisión del juez debido a las interpretaciones que trae la Guía sobre las normas actuales.

Sumado a lo anterior, identificamos que la Guía se centra en la reiteración de los deberes y responsabilidades de los actores de comercio electrónico, dejando de lado las obligaciones y responsabilidades que también deben cumplir los consumidores. Al respecto es de gran relevancia contar con un documento que brinde detalle de la importancia de acatar los deberes del consumidor, como es el caso, por ejemplo, en la reversión de pagos y en el derecho de retracto, donde hay obligaciones importantes que debe cumplir el consumidor en su deber de actuar de buena fe.

Por otro lado, vemos que el documento cita en reiteradas ocasiones actos administrativos de carácter particular, lo cual resulta inapropiado, ya que al hacer alusión a resoluciones de casos puntuales con comercios actuales podría estigmatizar a dichos comercios generando diversas afectaciones como un eventual daño reputacional.

Adicionalmente, identificamos con gran inquietud que el documento se centra en citar resoluciones de casos puntuales referidos a comercios, dejando de lado los casos donde el consumidor ha incumplido alguno de sus deberes, que como ya se mencionó es fundamental en aras de evangelizar sobre la importancia de actuar de buena fe en las relaciones de consumo.

En lo que respecta al régimen de responsabilidad descrito en la guía, identificamos que este podría generar mayor concentración e impacto para las Mipymes, debido a la cantidad de deberes y obligaciones que cada vez de suman a la interpretación de la norma haciendo más complejos los procesos de la ruta de digitalización de negocios.

Por último, llamamos la atención que la guía en su estado actual genera incertidumbre jurídica para los comercios, pues muchas de las definiciones o lineamientos no se armonizan con la Ley 1480 de 2011 e incluso generan zonas grises en su interpretación. Consideramos que esto es problemático y dificultará la tarea de operadores sancionatorios y judiciales a la hora de proferir sus decisiones debido a las ambigüedades que genera la Guía.

2. Comentarios particulares

2.1. Respecto al marco normativo de la Guía

La Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) señala en su artículo 5° una serie de definiciones, dentro de las cuales se encuentran contempladas las definiciones de Proveedor como aquel que “*de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro*”; y Productor para referirse a “[q]uien *de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos (...)*”.

El artículo 2° de la misma Ley establece con claridad que existen obligaciones para los Proveedores y Productores frente a los Consumidores como lo son la garantía legal¹, la calidad, idoneidad y seguridad de los productos², el derecho de retracto³, entre otros. Por lo tanto, es posible asegurar que los Proveedores y los Productores están en la obligación de responder frente a los consumidores por la violación de sus derechos como consecuencia de la relación de comercio.

Ahora bien, el Estatuto identifica otro sujeto que participa en el ecosistema de comercio electrónico denominado como Portal de Contacto. La Ley define a este sujeto así:

*“Quien ponga a disposición una plataforma electrónica en la que personas naturales o jurídicas puedan ofrecer productos para su comercialización y a su vez los consumidores puedan contactarlos por ese mismo mecanismo, deberá exigir a todos los oferentes información que permita su identificación, para lo cual deberán contar con un registro en el que conste, como mínimo, el nombre o razón social, documento de identificación, dirección física de notificaciones y teléfonos. Esta información podrá ser consultada por quien haya comprado un producto con el fin de presentar una queja o reclamo y deberá ser suministrada a la autoridad competente cuando esta lo solicite.”*⁴

¹ Ley 1480 de 2011, Artículo 7

² Ley 1480 de 2011, Artículo 6

³ Ley 1480 de 2011, Artículo 47

⁴ Ley 1480 de 2011, Artículo 53

A diferencia de los Proveedores o los Productores, los Portales de Contacto actúan como facilitadores, como su nombre lo dice, del contacto entre la oferta y la demanda. Por lo anterior, el Estatuto no los menciona como responsables directos ante los consumidores por quejas o reclamaciones, que surjan como consecuencia de la relación de consumo entre el Productor/Proveedor que ofrezca sus productos en la plataforma y el consumidor generada a través del Portal de contacto.

Por tanto, el Estatuto se limita a imponer la obligación de suministrar a los consumidores información sobre el “*nombre o razón social, documento de identificación, dirección física de notificaciones y teléfonos*” del Productor o Proveedor para que aquellos puedan interponer los recursos necesarios frente a estos. A respecto, esta obligación no deja de generar cuestionamientos desde la perspectiva de protección de datos, en particular, cuando tales proveedores corresponden a personas naturales prestadoras de servicios no comerciales. De esta manera, es posible concluir que los Portales de Contacto no tienen la responsabilidad de responder frente a la violación de los derechos de los consumidores en las relaciones de consumo generadas en el comercio electrónico, ni siquiera aunque los Portales de Contacto faciliten sus plataformas para la presentación de PQR de los consumidores a los Proveedores/Productores.

Esta distinción genera uno de los pilares fundamentales en el desarrollo de la economía del siglo XXI, pues los Portales de Contacto representan una de las fuentes de ingreso más importantes para las empresas del país, superando el índice de ventas del comercio minorista en 2020⁵. La distinción entre Productores y Proveedores, por un lado, y Portales de Contacto, por el otro, implica una enorme diferencia en el nivel de responsabilidad que se tiene frente a los consumidores. Por lo tanto, consideramos que la Guía debe reflejar esta marcada diferencia entre unos y otros para que así los consumidores puedan diferenciarlos y conocer frente a quién pueden ejercer sus derechos como parte de la relación de consumo generada a través de comercio electrónico.

En ese sentido, la Guía es acertada en asegurar que existen estos dos tipos de sujetos en las relaciones de consumo *online*, y que, además, se debe entrar a determinar en cada caso en concreto cuál es el rol que algún sujeto ostenta en la relación. No obstante, la Guía parece desdibujar la línea que separa a los Proveedores y Productores, por un lado, y a los Portales de Contacto, por el otro, introduciendo criterios de diferenciación que no contempla la ley, mientras omite o redefine otros.

Como hemos venido señalando, el documento incluye varias aseveraciones que sobrepasarían las facultades de la SIC y el alcance de la Guía, al desdibujar el espíritu del legislador y la literalidad de las normas. Además, las interpretaciones que ha producido la SIC producen una inaplicabilidad práctica de la figura de Portales de Contacto.

⁵ Fuente: Cámara Colombiana de Comercio Electrónico (CCCE). Recuperado de <https://www.ccce.org.co/wp-content/uploads/2020/10/informe-comportamiento-y-perspectiva-ecommerce-2020-2021.pdf>

2.2. Respeto a los actores del comercio electrónico

2.2.1. Respeto a prestadores de servicios de Internet

Es importante partir de un análisis sobre los prestadores de servicios de Internet (llamados en esta Guía intermediarios), y que cumplen diferentes funciones, entre ellas, proveen acceso y conectividad, alojamiento de contenidos, comercio electrónico, motores de búsqueda, entre muchas otras funcionalidades. Esta definición incluye no sólo a los grandes prestadores de servicios, sino también a una innumerable cantidad de pequeñas empresas y emprendedores individuales, que actúan en el país. Incluso comprende a entidades tanto públicas como privadas.

Por tal motivo, las apreciaciones realizadas en torno a aquellos actores no encuadran en los extremos de la relación de consumo (erróneamente identificados como intermediarios), inducen a confusión respecto al rol de las plataformas abiertas, en tanto no son sujetos activos de la oferta de bienes y servicios, ni responsables del contenido allí alojado por los productores y/o proveedores, ni tampoco pueden ser considerados como proveedores en los términos definidos por la Ley 1480 de 2011 (particularmente en su artículo 49).

Este es el caso de las plataformas de contacto, que no necesariamente pueden ser consideradas como plataformas de comercio electrónico, en tanto que no tienen incidencia en la generación del contenido ni en la relación que se pueda llegar a formar entre el consumidor y el productor o proveedor del bien o del servicio.

En efecto, las plataformas digitales se distinguen internacionalmente (tanto en legislación de Estados Unidos, como de la Unión Europea), entre las generadoras de contenido (cerradas) y las no generadoras de contenido (abiertas). La diferenciación no se da por el procesamiento de pagos, por ser el medio a través del que se realiza la actividad publicitaria, o por el cobro de comisiones, sino por la generación del contenido mencionado que es lo que determina el régimen de responsabilidad aplicable.

En el caso de las plataformas abiertas, quienes generan el contenido son sus usuarios, pues las plataformas únicamente sirven como espacio para que los generadores de contenido puedan incluir el mismo en dichas plataformas y así otros usuarios puedan tener acceso a este. Es decir, que: (i) quienes determinan los elementos esenciales de la relación son los usuarios, (ii) si se genera una relación de consumo, esta se genera entre los usuarios (iii) si celebran un contrato se celebra entre los usuarios. Por lo tanto, las plataformas abiertas no pueden tener incidencia o injerencia en dichos elementos y solo quienes acceden al contenido publicado por los usuarios pueden o no ponerse de acuerdo con el generador de ese contenido respecto de las condiciones en que se va a adquirir el bien o hacer uso del servicio.

Sumado a eso y tal como se desprende de los ejemplos provistos en el apartado transcrito como parte de este punto, la Superintendencia avanza en la materia queriendo incluir como parte del

vínculo de consumo a actores que no han sido así caracterizados por la Ley 1480 de 2011. Esta circunstancia va en detrimento de la seguridad jurídica de todos los actores involucrados en el comercio electrónico.

2.2.2. Respecto a la definición de portal de contacto

Retomando lo establecido en el artículo 53 del Estatuto, un Portal de Contacto será aquel que “ponga a disposición una plataforma electrónica en la que personas naturales o jurídicas puedan ofrecer productos para su comercialización y a su vez los consumidores puedan contactarlos por ese mismo mecanismo”. Para citar al doctor Nelson Remolina Angarita:

*“[L]os portales de contacto o portales de negocios para la venta de productos en internet se consideran sitios de alto tráfico de visitas, a través de los cuales se pueden adquirir productos o servicios. Ejemplo de ellos es mercado libre.com (sic), una plataforma en donde ‘compradores y vendedores se encuentran para intercambiar información y realizar transacciones de comercio electrónico (...) a precio fijo o en subasta’”.*⁶

En la cita anterior, se ve como ejemplo claro de Portal de Contacto a un Marketplace (Mercado Libre), una plataforma que permite a compradores y vendedores confluir en un mismo escenario, permitiendo conectar oferta y demanda, sirviendo de vitrina para los Productores/Proveedores.

La misma cita del Doctor Remolina deja en evidencia que el texto del artículo 53 del Estatuto es meridianamente claro, pues como se puede ver no genera ninguna posibilidad de malinterpretar el significado literal de las palabras. Con ello, entendemos que cualquier sujeto que ponga a disposición de terceros su plataforma electrónica para comercializar y ofrecer sus productos a consumidores -así cobre una tarifa o no por poner a disposición la plataforma- será considerada como un Portal de Contacto a la luz de la legislación vigente.

Por lo anterior, consideramos que la Guía incurre en un error al imponer criterios que desdibujan lo que distingue a los Proveedores/Productores frente a los Portales de Contacto, con lo cual encontramos que la aplicación real de estos criterios llevaría al extremo de la imposibilidad de aplicar el concepto de “Portal de Contacto” tal y como se encuentra definido en el Estatuto. Esto se debe a que los criterios de la Guía que determinan si un sujeto es Proveedor/Productor en una relación de consumo, incluyen situaciones en las que naturalmente incurren la mayoría de los Portales de Contacto.

Tal es el caso del criterio que establece que cualquier sujeto que “[p]ercibe ingresos por las transacciones y relaciones de consumo celebradas a través de la plataforma” será considerado como un Proveedor de bienes y servicios a través del comercio electrónico, y estará sujeto a las obligaciones propias de un Proveedor. Sin embargo, esta interpretación sería incongruente con el funcionamiento de miles de plataformas digitales que funcionan como Portales de Contacto y

⁶ Remolina Angarita, N. y Flórez Rojas, M.L. Documento GECTI No. 15: La protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías (2012).

que, a modo de generar ingresos, cobran a los Proveedores/Productores un valor por el uso de la plataforma, que se determina de conformidad con las ventas efectivamente realizadas a través de dicho Portal.

Así las cosas, vemos con preocupación la interpretación que realiza la SIC sobre la definición de Portal de Contacto y su diferencia con el comercio electrónico. Al respecto, en el borrador de la Guía, la SIC señala que el Portal de Contacto cuenta con limitantes en su gestión de intermediario en la relación entre el consumidor y el proveedor. En palabras de la SIC en la Guía:

“Así, en lo que se refiere a los portales de contacto, resulta destacable su rol de mero intermediador, ya que estos no hacen parte directa de la relación de consumo. De esta manera, su principal obligación se restringe a exigir la información suficiente sobre la identificación de los proveedores y/o productores, en aras de que los consumidores puedan, en caso de ser necesario, recurrir directamente a estos para exigir el cumplimiento de sus derechos e intereses” (página 7).

Así mismo, la SIC también ha expresado esta misma interpretación del artículo 53 en diversas Resoluciones de carácter particular, algunas de las cuales ni siquiera están ejecutoriadas. No obstante, consideramos que la SIC realiza una lectura restrictiva de la norma, al imponer limitantes que la misma no contempla. En efecto, el artículo 53 señala que los portales de contacto tienen la obligación de brindar información sobre los proveedores, pero, una obligación no debería igualarse a una restricción, mucho menos limitar su definición. Por lo tanto, concluir que lo único que les está permitido a los Portales de Contacto es brindar la información del Proveedor sería errado. Bajo esta misma premisa, la SIC señala en la Guía que:

“esta intermediación suele materializarse, por ejemplo, en la redirección al sitio oficial de los productores y/o proveedores o en la ausencia de canales que permitan perfeccionar la transacción, de manera que sean los proveedores y/o productores junto con los consumidores los únicos involucrados en la concreción de la transacción”, (página 7).

Sin embargo, esta conclusión pasa por alto el hecho de que la intermediación supone proveer en algunos casos el medio de pago (ya sea propio o de un tercero), prohibiendo así, que los portales de contacto cuenten con este tipo de servicios, so pena de catalogarlos como proveedores de comercio electrónico, aún cuando la norma no contempla esta restricción.

Es clave no perder de vista el hecho que la tecnología y el mundo digital generan oportunidades para facilitar la experiencia del consumidor. Precisamente, este es el foco principal de los Portales de Contacto. En ese sentido, la SIC al restringir las actuaciones de los Portales de Contacto estaría limitando todos esos desarrollos, que podrían terminar protegiendo de mejor manera al consumidor.

Además de lo anterior, la SIC considera que actividades como percibir ingresos (comisión por venta, arrendamiento del espacio digital entre otros), contar con publicidad propia, ofrecer medios

de pago propios o de terceros y ofrecer otros servicios propios de la plataforma, son propias del comercio electrónico únicamente, desconociendo que la definición de Portal de Contacto no trae de manera expresa este tipo de restricciones. Igualmente, es importante destacar que la Ley 1480 de 2011 no contiene una prohibición de lucro respecto a los Portales de Contacto.

El análisis de la SIC llama la atención pues los modelos de negocio que se estructuran como Portales de Contacto se asemejan a la estructura de negocio de los centros comerciales, los cuales, al igual que algunos Portales de Contacto, realizan publicidad propia, prestan otros servicios adicionales a los de los proveedores, pero no son considerados como proveedores.

Por lo tanto, no consideramos que sea consecuente que se les impongan cargas adicionales o mayores a modelos de negocio similares que se dan en el ambiente digital. A pesar de lo anterior, la SIC expresa en el borrador de Guía, que en los centros comerciales es clara la diferenciación entre el centro comercial y el proveedor debido a la distribución física de éstos.

Sin embargo, descarta que en el mundo digital existen también herramientas digitales que permiten realizar esta distinción y por lo tanto, la falta de una distribución física no es un argumento suficiente para imponer cargas a los Portales de Contacto, que no deberían tenerlas tanto por lo señalado en la norma como por la estructura del negocio. Lo anterior, no significa que se considere que el consumidor deba quedar desprotegido, pues, como bien lo señala la norma, el proveedor debe cumplir con lo establecido en el Estatuto del Consumidor.

Otro criterio planteado por la SIC que resulta problemático es el de atender de forma directa las peticiones, quejas y reclamos (PQR) relacionadas con los productos, encargándose de recibirlas, tramitarlas y decidir las, y realizar publicidad propia y de sus aliados comerciales, así como promociones y ofertas de los productos ofrecidos.

Imponer que esta situación constituye un criterio para determinar que cierta plataforma es un Proveedor/Productor en los términos del Estatuto, desconocería la autonomía de la voluntad los Portales de Contacto y los Proveedores/Productores para plantear esquemas eficientes de respuesta de PQR, de cara a brindar una atención al consumidor eficiente y organizada, que le dé una mejor experiencia. Tal situación no debe castigarse como un criterio para interpretar que el Portal de Contacto se ha convertido en Proveedor y/o Productor ni que le aplican las mismas obligaciones y responsabilidades legales dispuestas para dichos actores.

Es más, la interpretación de la SIC puede terminar afectando la experiencia y los derechos de los consumidores, pues los Portales de Contacto perfectamente podrían brindar estos canales de atención al consumidor, con eficiencias de escala e innovaciones tecnológicas, los cuales al tomar una posición conservadora, podría llevar a que estas funcionalidades sean eliminadas para cumplir el lineamiento de la SIC sobre el particular.

También encontramos en la Guía referencias a los Marketplaces y Plataformas de Economía Colaborativa respecto de los cuales la SIC aseguró en su Sentencia N° 3218 del 1° de julio de

2020 que cuando una de estas compañías: *“pone a disposición una página web para que terceros publiciten y comercialicen sus productos a cambio de un porcentaje, es solidariamente responsable de la garantía y de la información que se suministra por esos terceros en su plataforma.”*

Nuevamente encontramos que la SIC incluye una interpretación que va más allá del texto contenido en la norma, pues incluye la expresión *“a cambio de un porcentaje”*, condicionando así la cualidad de Portal de Contacto que uno de estos Marketplace o Plataforma de Economía Colaborativa tendría bajo la definición del artículo 53 del Estatuto. Vale la pena reiterar que un criterio como este va en contra de la libertad de empresa y de la lógica natural de mercado, en la cual quien presta un servicio -en este caso, poner a disposición de terceros una plataforma para que Proveedores/Productores conecten con consumidores- está habilitado para recibir una contraprestación por ello.

Aunado a esto, debemos recordar nuevamente que la Ley considera como Proveedores/Productores únicamente a aquellos que se encarguen del diseño, producción, fabricación, ensamble o importación de productos, por un lado, y/o el ofrecimiento, suministro o distribución de productos, por el otro. Sin embargo, la SIC establece en la Guía que:

“No resulta admisible que las plataformas de economía colaborativa pretendan desligarse de su condición de proveedor aduciendo que solo brindan un espacio de intermediación entre el proveedor y el consumidor para la venta de productos, puesto que para definir tal calidad es necesario acudir, una vez más, a los aspectos que han sido propuestos a lo largo de esta guía, a saber, determinar si percibe ingresos por cada una de las transacciones que celebra, dispone de canales comunes que son determinantes para celebrar las relaciones de consumo [...] entre otros asuntos”.

Esta posición de la SIC fija un estándar más alto al requerido por la Ley para ser considerado un Portal de Contacto, pues asegura que si el sujeto *“percibe ingresos”* o *“dispone de canales comunes que son determinantes para celebrar las relaciones de consumo”* será inmediatamente considerado como un Proveedor/Productor. Esto resulta contrario a lo dispuesto en la norma, a tal punto que parece ser un juicio arbitrario por parte de la entidad administrativa. Al respecto, no consideramos que la SIC deba limitar los distintos modelos de monetización de los diferentes actores del comercio electrónico, ya que esto sería una restricción al derecho constitucional a la libertad de empresa.

Aún si la plataforma que brinda un *“espacio de intermediación entre el proveedor y el consumidor”* está además percibiendo ingresos por ello, no debería ser considerada por la autoridad como una Proveedora/Productora, pues en ningún momento diseña, produce, fabrica, ensambla, importa, ofrece, suministra o distribuye los productos que son comercializados en su plataforma. Por lo tanto el Portal de Contacto no tiene ni debe ser el solidariamente responsable por la calidad de los productos, pues no tiene ningún tipo de injerencia sobre la calidad de los mismos.

Ahora bien, al referirse al rol interviniente de los Marketplaces, la SIC asegura que no es posible asemejarlos a los centros comerciales, puesto que: *“al ahondar en la operación de los Marketplaces resulta evidente que estos sujetos carecen del rol neutral que reclaman”*. Sustenta la SIC esta afirmación basada en el supuesto hecho que: *“[e]n el caso del centro comercial existen aspectos claros que permiten identificarlo como un sujeto neutral o intermediador y no como un proveedor de bienes y servicios. A modo de ejemplo, se pueden resaltar aspectos tales como la [...] independencia y plena identificación de cada uno de estos”*. Nuevamente es posible percatarse del uso de criterios extralegales por parte de la SIC para diferenciar a los Marketplaces de los Proveedores/Productores en las relaciones de consumo.

De acuerdo con la Guía hay *“aspectos claros que permiten identificar”* al centro comercial como un sujeto neutral o intermediador como lo es la *“ausencia de ingresos por las ventas de los establecimientos”*. Esta posición no es correcta en la medida en que los centros comerciales, por ejemplo, cobran cargos de administración y otros rubros que podrían asociarse a su labor en el contexto físico, tales como el arrendamiento de los locales comerciales, o comisiones por la venta en cada local. Continuando con los ejemplos, hay centros comerciales que no venden los locales sino que los arriendan, por lo que naturalmente tienen un interés en las ventas de los Proveedores/Productores. Así mismo, hay modelos de centros comerciales que en vez de cobrar un arrendamiento cobran un porcentaje sobre las ventas realizadas por el Proveedor/Productor.

En el caso digital también, naturalmente, habrá lugar al cobro de rubros que sean propios de dicho contexto, como por ejemplo una tarifa de intermediación o uso de la plataforma o cualquiera sea su denominación, pero que en esencia pretende remunerar el rol de intermediario. También hay diversos ejemplos en los que se observa que los centros comerciales también promueven ferias y temporadas promocionales para incentivar la visita a dicho espacio..

Vale la pena recordar que la Ley no establece los criterios enunciados por la SIC para distinguir un centro comercial del Marketplace, además la construcción adecuada de la figura del Marketplace encuadra en la figura de Portal de Contacto que si se encuentra establecida en la Ley.

Así mismo, ponemos a consideración que no se ha tenido en cuenta que dentro de los esquemas del Marketplace o economía colaborativa se puede hacer uso de distintas figuras jurídicas que no necesariamente hacen que el intermediario (en este caso, el Marketplace) pueda ser catalogado como un proveedor, de conformidad con lo previsto en la Ley 1480 de 2011 como, por ejemplo, las siguientes:

- 1.1. Contratos de agencia comercial, en virtud del cual el proveedor del Marketplace promueve los productos y servicios de terceros, sin que necesariamente adquiera la calidad de vendedor de estos.
- 1.2. Contratos de prestación de servicios/mandato de recaudo de los pagos realizados por los consumidores a favor de los comercios afiliados al Marketplace.

1.3. Contratos de prestación de servicios logísticos relacionados con el almacenamiento y transporte de productos.

Sobre el particular, es preciso aclarar que aun en las relaciones comerciales realizadas por medio de canales no electrónicos, en ningún caso se considera que quienes prestan servicios de recaudo o servicios logísticos quienes promueven negocios de terceros (agentes comerciales), adquieren la calidad de proveedores de conformidad con lo previsto en la Ley 1480 de 2021. Por tanto, sugerimos aclarar en la Guía la forma como operan dichas figuras en los canales de comercio electrónico con el fin de no generar confusiones en materia de comercio electrónico.

Así mismo, la Ley no establece los criterios enunciados por la SIC para distinguir plataformas de economía colaborativa, además pasa por alto que la construcción de la figura encuadra en la figura de Portal de Contacto que si está establecida en la Ley.

Vale la pena señalar en este punto lo señalado por el doctor Nelson Remolina, quien en el texto ya citado en este documento, reconoce en formatos como el de Mercado Libre un ejemplo claro de Marketplace. En dicho formato, se evidencia que el modelo de negocio implica servir de vitrina virtual para que múltiples Productores/Proveedores ofrezcan sus servicios y que los consumidores los encuentren de manera fácil y rápida en un mismo lugar. Conforme a la libertad de empresa, es completamente legal cobrar una remuneración por suplir ese servicio de ser un espacio virtual y facilitar el contacto entre las partes, así como generar acuerdos para incentivar la visita a dichos Marketplaces. Lo anterior, en ningún momento, convierte a un Portal de Contacto /Marketplace en un Productor/Proveedor.

De igual forma, la SIC no se refiere en ningún momento a los criterios que definen a los Proveedores/Productores, tal y como establece la Ley. La Guía no menciona la manera en la que los centros comerciales tampoco son los responsables del diseño, producción, fabricación, ensamble, importación, ofrecimiento, suministro o distribución de productos, lo cual es un punto en común entre los Marketplaces y los centros comerciales.

Es pertinente traer a colación el argumento utilizado por uno de los Marketplaces más grandes a nivel regional en su recurso de reposición presentado ante una resolución dictada por la SIC en su contra en el marco de una investigación por protección al consumidor. Allí se debatía si, en efecto, este Marketplace podía ser considerado como un Portal de Contacto o si debía ser considerado como un Proveedor. La compañía expresó lo siguiente:

“[I]a definición que hace la SIC de portales de comercio electrónico no solo no está basada en la ley sino que además es tan estrecha que resultaría inaplicable. En caso de aceptarla, se llegaría al extremo de que los Portales de Contacto no existirían y el artículo 53 del estatuto de protección al consumidor terminaría siendo una norma inocua”⁷

⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución N° 55912 del 23 de agosto de 2016. Disponible en https://www.sic.gov.co/recursos_user/boletin-juridico-sep2016/conceptos/consumidor/res-55912-del-23-ago-2016.pdf

Coincidimos con este argumento teniendo en cuenta que, como esbozamos anteriormente, en la práctica es virtualmente imposible que un Portal de Contacto exista, pues sus modelos de negocio terminarían incurriendo en uno u otro supuesto fáctico que fundamenta los criterios que utiliza la SIC en la Guía para identificar a Proveedores/Productores. Esto resultaría en la derogatoria tácita de un artículo que continúa vigente en nuestro ordenamiento jurídico y que, por lo tanto, debería tener plena validez.

Así las cosas, la visión de la SIC sobre lo que debería comprender un Portal de Contacto no se adapta a lo que fue contemplado por el Estatuto y, en todo caso, una Guía no podría sustituir lo dispuesto en la norma, pues no constituye un documento normativo que sobrepase en jerarquía a la Ley.

2.2.3. Comentarios respecto a los criterios utilizados por la SIC para diferenciar a los Portales de Contacto de los proveedores y productores

Recolectando los argumentos que se encuentran en la Guía, podemos establecer ciertos criterios que utiliza la SIC para diferenciar a un Proveedor/Productor de un Portal de Contacto. Cabe resaltar que estos criterios no provienen de la Ley, sino que han sido el fruto de interpretaciones posteriores por parte de la SIC. Sin embargo, si comparamos estos criterios con los criterios establecidos en la Ley, es notable que existe una importante diferencia entre ambos. La siguiente tabla expone esta diferencia:

Criterios utilizados por la SIC para determinar la calidad de Proveedor/Productor de un sujeto en el marco de una relación de comercio	Criterios establecidos en la Ley 1480 de 2011 para determinar la calidad de Proveedor/Productor de un sujeto en el marco de una relación de comercio
<p>Se considerarán Proveedores/Productores quienes:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Controlan la operación y la concreción de las transacciones comerciales con los consumidores ● Perciben ingresos por las transacciones y las relaciones de consumo celebradas a través de la plataforma ● Tienen métodos de pago propios y/o reciben el pago que el consumidor hace por los productos adquiridos a través de la plataforma y 	<p>Se considerarán Productores quienes de manera habitual, directa o indirectamente:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Diseñen productos ● Produzcan bienes ● Fabriquen productos ● Ensamblen productos ● Importen productos. ● También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a

<p>posteriormente reparten los valores obtenidos a los aliados comerciales, descontando, entre otros, el valor por uso y alquiler de la plataforma, compensaciones por retrasos, órdenes incompletas o erróneas, así como por demoras en los tiempos de entrega de los productos comercializados.</p> <ul style="list-style-type: none">● Reciben ingresos por servicios que presta autónomamente la misma plataforma sin intervención de los aliados comerciales.● Cuentan con medios propios para perfeccionar las relaciones de consumo, encargándose no sólo del ofrecimiento y comercialización de los productos, sino de la entrega de estos, designando las condiciones de tiempo, modo y lugar para que se surta su entrega.● Atienden de forma directa las peticiones, quejas y reclamos (PQR's) relacionadas con los productos, encargándose de recibirlas, tramitarlas y decidir las.● Realizan publicidad propia y de sus aliados comerciales, así como promociones y ofertas de los productos ofrecidos.● Ofrecen servicios adicionales que son propios y no de sus aliados comerciales, tales como, pero sin limitarse a, la posibilidad de seleccionar los bienes a adquirir de conformidad con las instrucciones del consumidor y a contactarse con los consumidores para verificar la disponibilidad proponiendo una solución, provisión de métodos de	<p>reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria.</p> <p>Se considerarán Proveedores quienes de manera habitual, directa o indirectamente:</p> <ul style="list-style-type: none">● Ofrezcan productos con o sin ánimo de lucro● Suministren productos con o sin ánimo de lucro● Distribuyan productos con o sin ánimo de lucro● Comercialicen productos con o sin ánimo de lucro.
---	--

pago y servicios de entrega, reparto y/o distribución	
---	--

Criterios utilizados por la SIC para determinar la calidad de Portal de Contacto de un sujeto en el marco de una relación de comercio	Criterios establecidos en la Ley 1480 de 2011 para determinar la calidad de Portal de Contacto de un sujeto en el marco de una relación de comercio
<p>Los Portales de Contacto son quienes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Poseen un rol de mero intermediario • No hacen parte directa de la relación de consumo • Su principal obligación se restringe a exigir la información suficiente sobre la identificación de los Productores/Proveedores 	<p>Los Portales de Contacto son quienes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pongan a disposición una plataforma electrónica en la que personas naturales o jurídicas puedan ofrecer productos para su comercialización y a su vez los consumidores puedan contactarlos por ese mismo mecanismo.

Bajo esta perspectiva, es notorio que existe una diferencia entre los criterios establecidos por la Ley y aquellos que utiliza la SIC en la práctica y en la Guía para diferenciar a los Productores/Proveedores de los Portales de Contacto. Los criterios utilizados por la SIC son, en algunos casos, muchos más que los establecidos por el legislador, haciendo parecer que la SIC ha creado nuevos requisitos desde la expedición del Estatuto en 2011. Para el caso de los criterios utilizados por la SIC para determinar la calidad de Portal de Contacto, encontramos, por el contrario, que los criterios son más simples que los que establece la Ley.

Así las cosas, este aumento en la cantidad de criterios para los Proveedores/Productores que suman características que son más propias de los Portales de Contacto genera un serio problema en la práctica, pues los primeros chocan y se imponen ante los segundos, creando una obsolescencia casi absoluta de la definición de Portal de Contacto, como se explica a continuación.

Este problema se evidencia al momento de aplicar criterios que utiliza la SIC, como por ejemplo el que asegura que serán considerados Proveedores/Productores aquellos que *“Perciben ingresos por las transacciones y las relaciones de consumo celebradas a través de la plataforma”*. Bajo esta interpretación que hace la SIC, cualquier Portal de Contacto que decida cobrar por el uso de su plataforma para que terceros comercien en ella, se vería inmediatamente cobijado por las obligaciones aplicables a los Proveedores/Productores.

Esto desequilibra y desincentiva la innovación de modelos de negocio de comercio electrónico, pues se estaría privando a los Portales de Contacto de cobrar una tarifa o percibir ingresos por las transacciones que se realizan en sus plataformas, aun cuando esta condición es connatural a la lógica de mercado. Así, al aplicar los criterios que impone la SIC, se están sometiendo actores a obligaciones que no les son propias, lo que resulta, a todas luces, contraproducente para el avance, la consolidación e innovación del comercio electrónico, e incluso llega a contrariar lo establecido en el CONPES 4012.

Cabe resaltar también que a la luz de la interpretación que sugiere la Guía, el Portal de Contacto adquiere calidad de Proveedor/Productor aun sin ser responsable por el diseño, producción, fabricación, ensamble o importación de productos, y mucho menos por el ofrecimiento, suministro o distribución de estos. Estos últimos requisitos, recordemos, son los que impone la Ley para que un sujeto pueda ser considerado como Proveedor/Productor.

La SIC ha sustentado esta práctica de introducir nuevos criterios de interpretación para definir qué es y qué no es un Proveedor/Productor o un Portal de Contacto bajo el argumento de que no está creando requisitos de identificación, sino que está aplicando un modelo “*interpretativo y de aplicación de la norma al caso en concreto en el marco de la administración de justicia, por parte del operador administrativo.*”⁸. Esto implicaría que la SIC, si bien cuenta con ciertas facultades jurisdiccionales otorgadas por la Ley, está ampliando y sustituyendo el ámbito de aplicación de una norma por medio de interpretaciones.

Recordemos que los jueces poseen un margen de interpretación al enfrentarse a normas “oscuras”, cuyo sentido y lenguaje jurídicos no sea claro. En esos casos, el juez debe recurrir al “espíritu del legislador” para así darle una interpretación a la norma “oscura” de manera fiel a la voluntad del Congreso que la creó. No obstante, las normas que cuenten con un sentido lingüístico y deóntico claro no deben ser sometidas a este tipo de interpretación, y deben ser aplicadas silogísticamente por el juez.

Tanto los criterios para definir a los Proveedores/Productores como a los Portales de Contacto son, a nuestro parecer, normas claras que no necesitan de una labor interpretativa del juez. Por lo tanto, consideramos respetuosamente que el ámbito de aplicación de éstas no debe ser modificado, vía conceptos administrativos, Guías o Resoluciones, por ninguna entidad.

Así es que estos aspectos deben ser analizados caso a caso con sus respectivas particularidades, con la finalidad de determinar si el sujeto involucrado en la relación de consumo debe responder como proveedor de bienes y/o servicios a través de comercio electrónico o como Portal de Contacto, siendo evidente que surge mayor responsabilidad cuando actúan como los primeros.

En adición a lo anterior, conviene anotar que indistintamente de los nombres que adopten los modelos de negocios para la oferta de bienes y/o servicios, la determinación de la calidad con la que actúan los sujetos involucrados no dependerá de los medios o canales a través de los cuales

⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución N° 55912 del 23 de agosto de 2013. Disponible en https://www.sic.gov.co/recursos_user/boletin-juridico-sep2016/conceptos/consumidor/res-55912-del-23-ago-2016.pdf

se genera la relación de consumo o de los esquemas que se utilizan para garantizar el ofrecimiento de bienes y/o servicios, sino del rol que estos desempeñen, de conformidad con lo anotado previamente.

Si bien es de rescatar el esfuerzo que ha hecho la SIC por desarrollar varios criterios que la ayudan a identificar un Portal de Contacto de un Proveedor/Productor, esto podría entrar en conflicto con el artículo 53 del Estatuto, al punto de vaciar dicha norma de contenido. No resultan claras, por lo tanto, las razones por las que la SIC ha interpretado constantemente el Estatuto, ampliando y modificando el ámbito de alcance de los criterios para diferenciar a los Proveedores/Productores de los Portales de Contacto.

Recordando la pirámide de Kelsen, encontramos que el orden jerárquico de las normas pone a las leyes nacionales y tratados que se encuentran en el nivel legal por encima de las sentencias, normas y contratos que se encuentran en el nivel base o “sub-legal”. Por lo tanto, resulta evidente que una sentencia o una resolución (como las que profiere la SIC) y las Guías, no pueden nunca contradecir u obviar una Ley, mucho menos la Constitución, pues ello alteraría el orden jurídico establecido y pondría en peligro la seguridad jurídica.

Ni la Ley ni la Constitución dotó a las Guías, conceptos o resoluciones proferidas por la SIC con estas facultades, por lo que no es posible que, por medio de estas, la entidad administrativa reinterprete, altere o amplíe el ámbito de aplicación o interpretación de una Ley del orden nacional.

Así las cosas, sugerimos reconsiderar algunos de los planteamientos y posturas que se mencionan en la Guía, de manera tal que se preserven los límites de lo que se considera un Proveedor/Productor de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto, y lo que son los Portales de Contacto, también de conformidad con la norma.

2.2.4. Comentarios respecto al régimen de responsabilidad de los actores de comercio electrónico

Sin perjuicio de las observaciones realizadas en los otros puntos de esta comunicación, la tendencia que predomina a nivel de derecho comparado e incluso jurisprudencia nacional es que los prestadores de servicios de Internet no deben ser responsabilizados por las publicaciones y contenidos realizados por terceros. Debiendo exclusivamente resultar responsables aquellos proveedores que realizan las actividades de comercio electrónico, en incumplimiento con las obligaciones a su cargo, incluso frente a una régimen de defensa del consumidor.

De este modo, no debe responsabilizarse a las plataformas debido a la posición neutral que estas tienen, ya que se tratan de un mero canal, llevando a cabo una actividad técnica, automática, sin una participación sobre el contenido y publicación realizada por el usuario, en el caso, el proveedor en el comercio electrónico.

Las plataformas no tienen la capacidad ni el rol para controlar el contenido y la publicación realizada por los creadores de contenido, por lo cual no pueden fiscalizar ni asegurar que el contenido cumpla con ciertas características. Las plataformas electrónicas, además de no tener

responsabilidad sobre lo que sus usuarios comparten en ellas, no tienen la capacidad física ni económica para ejercer esta facultad de supervisión sobre obligaciones que corresponden a quienes generan el contenido y lo publican en la plataforma. Se trata de brindar un marco de seguridad jurídica acorde con la normativa aplicable, que permita el aprovechamiento de Internet, fomente el desarrollo de mayor cantidad de plataformas y servicios en Internet, e incentive el desarrollo de la economía digital y la innovación.

En efecto, es prioritario garantizar una interpretación acorde al sistema normativo vigente, que otorgue certeza a las operaciones de los prestadores de servicios de Internet, garantice el ejercicio de los derechos humanos, fomente la innovación y la generación de industrias locales de servicios, contenidos y aplicaciones en línea. Cambiar esta tendencia, limitará la participación de nuevos actores en el entorno digital, así como también condicionará la actividad actual. Lo anterior, puesto que modificará las reglas y pautas que se ajustan a la normativa vigente.

Particularmente, la normatividad actual no impone limitaciones a la redirección, ni establece prohibiciones tales como el suministro de canales que permitan perfeccionar la transacción entre Proveedor y Consumidor. De hecho, el artículo 53 del Estatuto define que el Portal de Contacto es la “plataforma electrónica en la que personas naturales o jurídicas puedan ofrecer productos para su comercialización y a su vez los consumidores puedan contactarlos por ese mismo mecanismo”, situación que de plano deja claro que la intermediación no se limita a la redirección al sitio web oficial de los Productores o Proveedores.

Finalmente, en cuanto a la obligación que atribuye la Guía a las plataformas de informar su rol como intermediarios con todos los elementos descritos, aunque pudiera ser aconsejable para las plataformas, debe quedar claro que no es una obligación que por Ley se haya creado para este tipo de actores. En consecuencia, no sería posible imponer una sanción, por ejemplo, por no publicar el rol en que actúa la plataforma, pues esta obligación debe ser creada por Ley y no a través de una guía de carácter orientador.

2.2.5. Respecto a la distinción entre los actores de comercio electrónico

Insistimos en que la distinción entre las plataformas digitales no debe estar en torno a los servicios accesorios que pueden ofrecer, sino más bien en determinar si participan en el diseño, producción, fabricación, ensamble o importación de los productos o en la prestación del servicio. Al respecto, la CRC ha explicado que, por ejemplo, las plataformas tecnológicas⁹:

“3. Descripción general de los mercados de dos lados. La economía digital se entiende como una red global de actividades económicas habilitadas por las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC)¹⁰. O, visto de otra manera, como los negocios que realizan las empresas, y también las personas, a través de mercados basados en Internet. Dentro de esta economía digital, se encuentran estructuras de mercado que se caracterizan por la presencia de plataformas en línea de dos o más lados; es decir, de plataformas que coordinan la demanda

⁹ CRC. Aproximación a los mercados de dos lados en el entorno digital. Disponible en: [https://www.crcm.gov.co/uploads/images/files/APROXIMACION%CC%81N%20A%20LOS%20MERCADOS%20DE%202%20LADOS%20EN%20EL%20ENTORNO%20DIGITAL_PARA%20PUBLICAR%20\(2\).pdf](https://www.crcm.gov.co/uploads/images/files/APROXIMACION%CC%81N%20A%20LOS%20MERCADOS%20DE%202%20LADOS%20EN%20EL%20ENTORNO%20DIGITAL_PARA%20PUBLICAR%20(2).pdf)

interdependiente de dos o más grupos de usuarios. En efecto, estas plataformas en línea pueden ser descritas como intermediarios que conectan diferentes grupos de usuarios, de manera que estos puedan interactuar socialmente o realizar intercambios económicos, entre otros tipos de interacción. Dentro de estas estructuras se encuentran, por ejemplo, los motores de búsqueda, las redes sociales, los portales de comercio, y los servicios de pago o contenidos audiovisuales, entre otros, que son ofrecidos a través de plataformas en línea. Estas estructuras se financian, por lo general, a través de publicidad, aunque es también común que se financien por medio de comisiones, en el caso en el que el modelo de negocio consista en facilitar intercambios económicos.”

En ese sentido, el hecho de que las plataformas también ofrezcan otros servicios que tienen un contenido material no impide que el servicio proporcionado por medios electrónicos se clasifique como un Portal de contacto.

Por ejemplo, en el caso de servicios de alquiler temporal, este se basa en los siguientes aspectos: (i) es una plataforma P2P (“peer to peer”), (ii) pone en contacto a los *peers* (“pares”), y (iii) especialmente, no se da el supuesto para entender que presta el servicio subyacente, porque no ejerce control o influencia decisiva sobre los *peers* y la actividad que estos realizan. Quien realmente determina las condiciones bajo las cuales se realiza la transacción es el productor o proveedor (el generador de contenido), quien determina cuál es el bien o servicio, el precio, las condiciones de pago, las políticas de cancelación y todo lo relacionado con la entrega y/o uso del bien o servicio.

Igual pasa con plataformas de movilidad colaborativa que pueden sugerir ciertas condiciones (i.e. precio, ruta, etc.), para agilizar la concreción de las transacciones celebradas entre los “pares”, pero frente a las cuales usuarios de lado y lado (oferta y demanda) pueden finalmente pactar condiciones diferentes a aquellas sugeridas por tales plataformas. Es decir, el que tales plataformas intermedien tales servicios, no genera que las mismas se entiendan como proveedoras del servicio subyacente.

Así mismo, es importante señalar que también existen Portales de Contacto, que no necesariamente responden a plataformas estrictamente abiertas, pues plataformas tecnológicas también pueden, para agilizar la concreción de transacciones a través de las respectivas plataformas, sugerir condiciones contractuales, entre otras precios, sin que por cuenta de tales actividades se desdibuje su consideración como Portal de Contacto.

Por otra parte, respecto de la afirmación de la Guía según la cual los “Marketplaces” no funcionan como los centros comerciales, se considera importante aclarar que no todas las plataformas que se denominan como “Marketplaces”, no funcionan como centros comerciales, pues estas que pueden funcionar de diferentes maneras.

No debe perderse de vista que los Portales de Contacto han servido como una solución tecnológica, a través de la cual los hogares colombianos han podido generar ingresos vendiendo bienes y servicios. Así las cosas, estos portales generan nuevas oportunidades para los colombianos, que les dan herramientas para hacer frente a la elevada tasa de desempleo (15,1% para abril de 2021), que ha creado la emergencia sanitaria.

En ese sentido, se vuelve fundamental no establecer barreras o trabas administrativas o regulatorias que puedan limitar el acceso de las personas a estos servicios. De otra manera, consideramos que podría diluirse o perderse por completo el efecto positivo que generan los Portales de Contacto en la reactivación económica del país, al permitir que los ciudadanos vendan con facilidad bienes y servicio, y generen ingresos para sus familias. Al imponer trabas a las plataformas o Portales de Contacto, los operadores pueden tener que decidir sobre la continuidad de su negocio en Colombia, en tanto que las trabas elevan sus costos de operación y generan cargas adicionales para los operadores.

En cuanto a la necesidad de delimitar la responsabilidad de estos actores entendidos como intermediarios o meros intermediarios, la Corte Constitucional en sentencias T-179 de 2019, SU-420 de 2019, T-040 de 2013 y T-277 de 2015 ha expresado que la regla es que los intermediarios de Internet no son responsables por el contenido que publican sus usuarios, ya que establecer esta responsabilidad llevaría a limitar la difusión de ideas y les daría el poder para regular el flujo de información en la red.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha señalado en varias ocasiones que la responsabilidad por el contenido publicado en las plataformas y redes sociales es de los usuarios que directamente lo publican en dichas plataformas, y no de quienes son los titulares de la plataforma. De este modo, la jurisprudencia de la Corte ha recogido los estándares internacionales en cuanto a la no responsabilidad de los prestadores de servicios de internet por contenidos de terceros, en aras de garantizar el ejercicio de derechos fundamentales.

En efecto, es preciso limitar la responsabilidad de los Portales de Contacto frente al contenido e información provista por terceros, con el objetivo de brindar reglas claras que permitan un debido control legal, pero, al mismo tiempo, que no obstruya el desarrollo de negocios en un contexto de economía digital.

Así las cosas, es necesario no incluir obligaciones o interpretaciones que impliquen medidas previas de control y verificación de contenidos, pues ello provocará un detrimento para la libertad de expresión, consagrado como derecho fundamental en el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia. Lo anterior, pues esto fomentaría el control privado del libre flujo de información y de ideas y además, un desincentivo para actividades tendientes al desarrollo de la economía digital y la innovación, al imponer barreras de entrada elevadas a cualquier plataforma o medio digital (por ejemplo, en el ofrecimiento de servicios turísticos).

La limitación de responsabilidad es parte de principios aprobados por organismos internacionales de derechos humanos como la ONU y la OEA, y recomendaciones de organizaciones referentes como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

En la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de los Relatores especiales de la ONU, OSCE, OEA y la CADHP del año 2011, se afirma que los intermediarios de servicios de Internet no deberán ser responsables por los contenidos generados por terceros y tampoco se les deberá exigir controlar ese contenido. Las plataformas deben llevar a cabo las actividades que son propias de su naturaleza, por lo cual no se les puede trasladar cargas propias de las autoridades a las plataformas electrónicas.

Además de que las facultades administrativas en materia de protección al consumidor recaen sobre la Superintendencia de Industria y Comercio, la verificación del cumplimiento de las obligaciones legales por parte de las plataformas no es físicamente posible y las plataformas no cuentan (ni deben contar) con el recurso humano y económico para hacerlo. Más aún, de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia, los particulares pueden desempeñar temporalmente funciones públicas, pero el régimen que les aplique y la regulación de dicho ejercicio deberá determinarse por la Ley, es decir, que corresponde al Congreso asignar dichas responsabilidades.

El Relator Especial de la ONU para la Libertad de Expresión ha remarcado en informes, que la imposición de responsabilidad a los intermediarios es un medio indirecto de censura a la información en línea, contrario a lo preceptuado por el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica. Los informes de 2014 y 2017 de la Relatoría Especial de la OEA refieren al papel de los intermediarios y los regímenes de responsabilidad en relación con la defensa del derecho a la libertad de expresión.

Sumado a eso, normativas de derecho comparado precursoras en la materia y vigentes a la fecha, han previsto la limitación de responsabilidad de estos actores. Así es como Estados Unidos por medio de la Sección 230 de la Ley de Decencia en las Comunicaciones de 1996 prevé inmunidad para ciertos proveedores y usuarios. En efecto, establece que ningún proveedor o usuario de un servicio informático interactivo será tratado como el editor o el portavoz de cualquier información proporcionada por terceros.

Adicionalmente, la Directiva europea 2000/31/CE relativa al comercio electrónico, en el artículo 14 prevé que el prestador de servicios no sea considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario del servicio, a condición de que: a) no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información contenga carácter ilícito, o de que, b) en cuanto tenga conocimiento efectivo, el prestador actúe con prontitud.

En línea con la mencionada Directiva 2000/31/CE, como precedente del derecho comparado, mencionamos que el 30 de abril de 2019 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) publicó un comunicado de prensa que informaba sobre la Opinión de su Abogado General Szpunar ante las dos cuestiones prejudiciales remitidas al TJUE por un Tribunal regional de París, Francia, en relación con la demanda interpuesta contra Airbnb Ireland.

De este modo, el Abogado General argumentó: “Un servicio que consiste en conectar, a través de una plataforma electrónica, a huéspedes potenciales con anfitriones que ofrecen alquileres a corto plazo, en una situación en la que el proveedor de ese servicio electrónico no ejerce control sobre los procedimientos esenciales de la prestación de estos servicios, constituye un servicio de la sociedad de la información y, por lo tanto, se beneficia de la libre circulación de servicios como lo garantiza la Directiva 2000/31/CE.”

En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) falló el 19 de diciembre de 2019 en un procedimiento prejudicial indicando que la operación de las plataformas electrónicas o digitales constituye un servicio de la sociedad de la información, donde dichas

plataformas no son responsables por la información ni los contenidos que se publican por los usuarios, al no intervenir en los procedimientos esenciales de la prestación de los servicios.

A nivel regional, países como Chile (Ley de Propiedad Intelectual), Brasil (Marco Civil de Internet), Paraguay (Ley de comercio electrónico) y México (Ley Federal del Derecho de Autor), cuentan con regulaciones que prevén la limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet. Incluso otros países como la Argentina (Fallo Rodríguez, María Belén v. Google) han avanzado en el mismo sentido que Colombia por medio de decisiones judiciales del más alto tribunal que se han pronunciado a favor de la limitación de la responsabilidad de los intermediarios. Incluso las organizaciones de la sociedad civil también se han expresado en torno a la materia, por medio de los principios de Manila expresan la necesidad de limitar la responsabilidad de los intermediarios.

2.3. Respeto a los derechos y obligaciones en el comercio electrónico

2.3.1. Respeto a la interpretación de los gastos de envío

En la página 12 – Información – Artículo IV “*Dar a conocer el precio total de los productos incluyendo los impuestos o costos adicionales, y separando los eventuales gastos de envío.*” La anterior información debe verse con especial cuidado, de lo contrario podría ser problemático, teniendo en cuenta que muchos sitios de e-commerce ofrecen envío gratuito o hacen uso de la red postal y muchas veces lo tienen dentro de su precio de venta al público - PVP.

Señalamos que es una interpretación que debe verse con especial cuidado, debido a que un vendedor colombiano podría ofrecer un envío gratuito en cualquier lugar del mundo bajo un ofrecimiento de tarifa gratuita en el envío, pero con un esquema de distribución de la tarifa de forma interna, que podría incluir el costo de la logística, entre otros costos que no necesariamente tendrían que desglosarse en la factura del comprador. Esta modalidad es utilizada por los grandes actores de comercio electrónico de países como China, donde se utiliza la red de la Unión Postal Universal como un incentivo para las compras de los usuarios en otros países, que al observar el envío gratuito, asumen el riesgo de realizar una compra en un sitio nuevo.

2.4. Respeto a los aspectos procesales relevantes

2.4.1. Respeto a reclamaciones de los consumidores en sede de empresa

Compartimos la importancia de que el consumidor de comercio electrónico cuente con herramientas para el ejercicio efectivo del derecho a la reclamación, que le permitan tramitar sus reclamos e inquietudes.

Sin embargo, entendemos que es pertinente permitir que sean los mismos proveedores quienes tengan la suficiente flexibilidad y eficiencia en los canales, medios, tecnologías y procesos para la atención al consumidor. Así las cosas, es necesario que las empresas tengan un alto grado de autodeterminación, a la hora de definir los medios de atención que pondrán al servicio de sus consumidores, particularmente de cara a los distintos tipos de interacciones que tienen con sus clientes y a las distintas necesidades de los mismos.

De acuerdo a esto, consideramos que no necesariamente todos los reclamos pueden ser resueltos en los mismos plazos y con los mismos efectos. Por lo tanto, pretender un esquema uniforme de resolución de reclamos resulta peligroso, cuando no privativo del efectivo ejercicio del derecho al trabajo consagrado en el artículo 25 de la Constitución Política de Colombia, así como las libertades económicas expresamente reconocidas por esta.

2.4.2. Respeto a la atención de requerimientos y órdenes de la SIC

En cuanto a las facultades con las que cuentan los organismos administrativos en torno a la actividad que realizan los proveedores, advertimos que dichas atribuciones están sujetas a que resulten acordes al ámbito de competencia definido por Ley y que los requerimientos realizados en términos de información sean acordes a los objetivos que dichas autoridades administrativas persiguen. Caso contrario, los proveedores estarían en incumplimiento no solo con el acuerdo que lo vincula con los consumidores, sino también con aquellas normas aplicables al desempeño de su actividad (Por ejemplo, la Ley Estatutaria de protección de datos personales).

3. Recomendaciones a la Guía

Luego de exponer nuestros argumentos, vale la pena resaltar que valoramos y apreciamos el esfuerzo que hace la SIC por proteger a los consumidores de los mercados digitales, pues consideramos fundamental establecer el marco de protección para los mismos, en aras de continuar incentivando la digitalización del país. Por lo tanto, recibimos la Guía como un aporte positivo para la industria.

Sin embargo, consideramos que la Guía debe presentar algunas modificaciones previo a su publicación, pues presentarla tal y como está en este momento podría perpetuar una práctica incorrecta de la SIC, que afectaría a los Portales de Contacto, Marketplaces y Plataformas de Economía Colaborativa, las cuales se encontrarán solidariamente responsables frente a los consumidores por productos que no han diseñado, producido, fabricado, ensamblado, importado, ofrecido, suministrado, distribuido y/o comercializado por su cuenta.

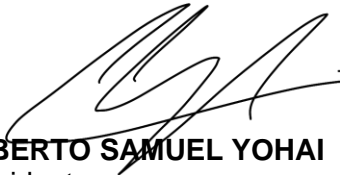
Es importante que la SIC como máxima autoridad en la protección al consumidor también entienda su rol frente a los Proveedores, Productores y Portales de Contacto, entendiéndose que depende de esta entidad administrativa su buen funcionamiento y existencia. Por lo tanto, sugerimos que la Guía se atenga a mencionar únicamente los criterios legales que diferencian a los Portales de Contacto de los Proveedores/Productores, y se abstenga de enunciar los criterios que han sido desarrollados para casos aislados mediante su jurisprudencia. También se debe evitar el uso de citas doctrinales o de artículos periodísticos, pues consideramos que no son aportes sustanciales a la Guía y pueden generar confusión a los lectores.

Lo anterior, no significa que se considere que el consumidor deba quedar desprotegido, pues, como bien lo señala la norma, el proveedor debe cumplir con lo establecido en el Estatuto del Consumidor. No obstante, la sobreprotección del consumidor no puede resultar en una limitante o barrera de entrada para la creación de nuevos modelos de negocio que nacen a partir de las tecnologías imponiéndoles cargas económicas y administrativas que no deberían estar llamados a cumplir.

Esperando haber contribuido de manera positiva con nuestros aportes, quedamos atentos a cualquier inquietud o ampliación de la información que consideren pertinente.

Agradeciendo la atención prestada, nos suscribo de Usted con sentimientos de consideración y aprecio.

Cordialmente,



ALBERTO SAMUEL YOHAI
Presidente

Cámara Colombiana de Informática y
Telecomunicaciones – CCIT



MARIA FERNANDA QUÍÑONEZ
Presidenta

Cámara Colombiana de Comercio Electrónica
- CCCE



MARIA CLAUDIA LACOUTURE

Directora Ejecutiva
Cámara de Comercio Colombo Americana –
AmCham Colombia



DAVID LUNA
Presidente
Alianza IN