El Comercio Electrónico y las Transacciones Comerciales por medio de la Plataforma Digital Instagram

Universidad EAFIT

Programa de Derecho

José Alberto Toro Valencia

Juliana Serna Castaño

Laura Sofía Cardona Arango

Medellín

Abril de 2022

Índice

Introducción *3*

I - COMERCIO DIGITAL: *6*

LAS REDES SOCIALES: EL CASO DE INSTAGRAM **11**

Capitulo 2 ..... *14*

EN CUANTO A LA REGULACIÓN NACIONAL **14**

Frente a la Regulación Internacional **28**

Capitulo 3 ..... *39*

REGULACIÓN ESPAÑOLA: **39**

COMPARACIÓN DE REGULACIONES **52**

Capitulo 4 ..... *65*

NORMATIVA COLOMBIANA FRENTE A E-COMMERCE **65**

CONCLUSIONES *75*

PRECISIONES LEGALES *79*

BIBLIOGRAFÍA *81*

INTRODUCCIÓN

La globalización ha traído consigo cambios significativos en diferentes aspectos de la vida humana como en el económico, político y social. Con el paso del tiempo las costumbres han cambiado y las practicas que antes se podían denominar como las tradicionales o comunes han empezado a tener transformaciones relevantes que han sido objeto de estudio de diferentes doctrinantes y que han obligado al derecho a renovarse constantemente y acomodarse a estas nuevas prácticas, sociales, culturales y económicas.

Uno de los cambios que ha llamado la atención de estudiosos del derecho y de los diferentes ordenamientos jurídicos es la transformación del comercio y las nuevas modalidades de este, que al ser una transformación global, ha involucrado de manera directa el derecho internacional. Por esta razón, este trabajo de grado está enfocado en analizar dos tipos de comercio realmente importantes en el mundo actual: el comercio electrónico y el comercio social.

El comercio electrónico es la compra y venta de bienes o servicios por medio de redes informáticas que tienen como único fin recibir pedidos de los consumidores. Este ha sido un tipo de comercio que desde los años 90 ha llamado la atención tanto de consumidores como de productores y proveedores, ya que ha facilitado la manera de adquirir los productos y ha permitido a su vez, el crecimiento de oferta de las empresas, ya que permite el aumento de clientes a menores costos, eliminando a su vez las barreras transfronterizas que limitan el comercio tradicional, ya que supera los límites geográficos. Las diferentes regulaciones internas e internacionales han venido regulando el comúnmente conocido como E-commerce, lo que ha permitido otorgar más garantías a los usuarios al obtener mayor seguridad en las transacciones comerciales.

Además del uso de redes informática con fines comerciales, se han incrementado los espacios virtuales por la importancia del interés en la vida humana y necesidad de interacción que ha surgido en los últimos años. Las redes sociales, son una de esas herramientas que han permitido la interacción entre los usuarios, con un potencial de alcance superior a cualquier otro medio. Con el paso del tiempo, las redes sociales han

venido siendo un mecanismo publicitario que ha llamado la atención de las empresas, por su alcance y el gran impacto que estas generan comparado con cualquier otro medio tradicional.

Lo que fue creado en un inicio con un fin únicamente de interacción social, empezó a modificarse y transformarse al analizar que podía convertirse en un medio de comercialización de bienes y productos, lo cual, con el paso del tiempo empezó a crear el denominado comercio social. Este tipo de comercio consiste en la compra y venta de bienes y servicios haciendo uso de las redes sociales como herramienta. El S-commerce puede ser visto como una revolución comercial que ha venido impactando a las sociedades en los últimos años y que aunque trae consigo diferentes ventajas como la interacción directa con el consumidor, mayor agilidad y facilidad para la búsqueda de productos, alcance masivo para las empresas etc., también trae consigo diferentes desventajas que pueden ser producto de la falta de legislación sobre el tema, que genera desconfianza en ciertos consumidores para realizar compras en línea.

Por lo mencionado anteriormente, este trabajo va dirigido a analizar si puede ser entendido como comercio digital aquellas compras y ventas de bienes y servicios por medio de la plataforma digital Instagram, cabe aclarar que nos enfocaremos únicamente en eta red social por motivos prácticos y por ser una de las más usadas en la actualidad debido a su facilidad de ingreso ya la gratuidad de esta. Además, buscamos determinar si la regulación del comercio electrónico es suficiente para regular este tipo de transacciones o si por el contrario, se debe entrar a crear por parte del legislador, una normativa completa frente al comercio social.

Con el fin de resolver nuestro planteamiento del problema, este trabajo será desarrollado por medio de cuatro capítulos específicos. En el primer capítulo, se examinará el fenómeno global de transacciones comerciales, dando diferentes definiciones de comercio electrónico y de cómo es entendido este por diferentes doctrinantes, además expondremos su evolución y las ventajas y desventajas que ha traído consigo este cambio comercial. Además, daremos un bosquejo de la definición de red social, haciendo especial énfasis en la plataforma digital denominada Instagram. Posteriormente, daremos la definición del comercio social con el fin de mostrar la importancia de las redes sociales en las prácticas comerciales actuales.

El segundo capítulo, está enfocado en identificar la normativa tanto nacional como internacional del comercio electrónico, lo cual nos permitirá evidenciar la suficiencia de la misma frente a este tipo de transacciones comerciales, además, de permitirnos observar la importancia de este tipo de comercio en el mundo actual, ya que como lo hemos mencionado, es un tema que ha ocasionado que el derecho se renueve y se tenga en cuenta las nuevas prácticas comerciales que han surgido a lo largo del tiempo. Como mencionamos anteriormente, la regulación internacional frente a este tema es de gran importancia al tratarse de un tema que elimina los limites transfronterizos y que en ocasiones pueden verse involucrados personas, tanto naturales como jurídicas de diferentes Estados.

En el tercer capítulo se van a indagar las prácticas regulatorias en el ámbito español para determinar si estas vinculan as transacciones sociales digitales, con el fin de comparar la legislación sobre comercio electrónico en España y en Colombia. Cabe aclarar, que en el presente trabajo, se escogió a España ya que nos permitirá visibilizar los estándares multilaterales al ser este un Estado miembro de la Unión Europea. En este capítulo se tratarán temas que han sido identificados como primordiales en la regulación española como: la protección de datos personales, la protección a la intimidad, las comunicaciones electrónicas, la libre circulación de los servicios y la defensa de los consumidores. Además, se hará una breve introducción al derecho comunitario primario y a la relevancia de la Unión Europea en España.

El cuarto capítulo, se analizará si la normativa colombiana regula de manera suficiente las prácticas comerciales a través de redes sociales o si es necesario incorporar nuevos elementos normativos que completen y satisfagan de manera completa este tipo de transacciones. En este capítulo otorgamos al lector la definición de social commerce, sus principales características, las ventajas y desventajas que este trae en la actualidad e identificamos la regulación colombiana existente sobre este tipo de comercio. Además, se dará una breve comparación entre el comercio electrónico y el comercio social, esto con el fin de establecer si la regulación del comercio electrónico es aplicable al comercio social y así llenar posibles vacíos legales, que termina siendo nuestro principal fin en este trabajo de grado.

Por último, se realizarán las diferentes conclusiones que sean observadas y establecidas a lo largo del presente trabajo con las cuales buscamos entregarle al lector y a los consumidores de dicha red social una posible solución dado el caso de hallar un vacío legal frente las prácticas del social commerce, donde se puedan otorgar garantías a los consumidores y limitar las acciones de productores y proveedores.

I - COMERCIO DIGITAL:

El mundo de hoy está marcado por la globalización, esta como producto de la innovación, el avance tecnológico, el crecimiento económico etc. La globalización puede observarse desde diferentes puntos de vista como el económico, cultural y social y desde distintos niveles, ya sea nacional o regional. En el presente trabajo nos enfocaremos en dos temas centrales al momento de hablar del mundo actual, el comercio digital y las redes sociales, centrándonos en la plataforma digital conocida como Instagram.

Definir el comercio digital es algo complejo debido a que no ha habido unanimidad sobre la definición de este. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) define el comercio digital como "la venta o compra de bienes o servicios que se realiza a través de redes informáticas con métodos específicamente diseñados para recibir o colocar pedidos. Por consiguiente, para determinar si una transacción comercial se puede considerar como comercio electrónico se toma en cuenta el método de pedido y no las características del producto que se adquiere, las partes implicadas, el método de pago o el canal de entrega" (OCDE, 2020. Pg. 18-129). La Oficina del Censo de los Estados Unidos añade que el comercio electrónico también podría incluir las ventas en las que el precio y las condiciones de la venta se negocian a través de Internet, un dispositivo móvil (comercio móvil), extranet, red de EDI, correo electrónico u otros sistemas en línea comparables (OCDE, 2020, pág. 18)

La CNUDMI en 1998 lo definió como el uso alternativo de métodos de comunicación y almacenamiento de información al papel (Martínez, 2021), a diferencia de la OMC que lo define como "la producción, publicidad, venta y distribución de productos a través de las redes de telecomunicaciones. Los ejemplos más evidentes de productos distribuidos electrónicamente son los libros, música y vídeos transmitidos a través de líneas telefónicas o de Internet." (OMC, Organización Mundial del Comercio, s.f.)

Claro está que no hay una definición aceptada y globalizada unánimemente. Para efectos de este trabajo, nos basaremos en la definición de la OCDE de comercio electrónico, con la cual se puede deducir en primer lugar que no necesariamente se tiene que hacer uso del internet; en segundo lugar es preciso mencionar que no se tiene basa en las características mismas del producto pues como lo mencionamos también puede ser respecto de servicios; en tercer lugar, no se requiere de un método de entrega en específico para que sea comercio digital y por último, tampoco se requiere un método de pago en específico.

El comercio electrónico se hizo posible gracias al *Electronic Data Interchange* (EDI) plataforma inventada en 1960 que le permitió a las empresas transferir diferentes datos financieros de manera electrónica. Esto fue fundamental para las televentas ya que los consumidores podían ver la información y llamar a averiguar por los productos que les interesaba. Este realmente fue el inicio del E-commercere en los años 70 hubo un salto tecnológico de gran importancia ya que "el inglés Michael Aldrich creó un concepto revolucionario, que consistía en conectar una televisión doméstica modificada vía teléfono a una línea multiusuario de procesamiento computarizado" (Cardenas, 2020) y estas transacciones financieras permitieron la creación de las primeras B2B. En 1980 el internet y sus avances eran usados principalmente por estudiosos y científicos que trabajaban para el gobierno estadunidense y por las diferentes universidades.

En los años 90, el comercio digital fue un tema que obtuvo gran importancia para los estudiosos de la economía y de la política, pues este al implicar un cambio en las transacciones comerciales, obligó a los Estados a tener en cuenta estas prácticas en sus legislaciones, ya que solo estaba regulado el intercambio de bienes y servicios de una manera tradicional. Expuesto lo anterior, pueden observarse 4 generaciones del comercio digital, como lo exponen David Hazael Torres y Javier Guerra (2012):

En la primera generación se puede identificar el momento en el que las empresas empezaron a crear páginas webs y aunque eran estáticas, consistían en obtener un contacto con los consumidores o con otras empresas por medio del correo electrónico, por medio del cual, las empresas podían ofrecer sus productos y los precios de estos a los consumidores de manera más sencilla; En la segunda generación se observa la

creación de los llamados centros comerciales virtuales que “consisten en una infraestructura de una tienda virtual e incluso rentaban espacios para otras tiendas que estuviesen interesadas en dar a conocer sus productos” (citar guerra 20212), se identifican los primeros pagos con tarjetas electrónicas, es decir, el pago se realizaba por medio de tarjetas bancarias en la red lo que agilizaba y facilitaba cada vez más la compra y venta de productos; En la tercera generación empezó la automatización de procesos de selección de productos en los cuales el consumidor elegía los productos que deseaba comprar de manera rápida, teniendo la opción de seleccionar varios objetos, además, también surgieron las primeras bases de datos sobre estas páginas que permitían tener contactos de los consumidores y así lograr una mayor interacción entre empresa y usuario. Por el incremente en las transacciones electrónicas, se crea el primer protocolo seguro de pagos electrónicos por medio de tarjetas con el fin de otorgarle mayor seguridad en este tipo de compras a los consumidores y empresas. Por último, en la cuarta generación, el contenido de las páginas webs dejó de ser estático y se convirtió en algo más dinámico por lo cual empezó a tener mayor relevancia el diseño gráfico de estas. Se siguieron alimentado estas páginas por las diferentes bases de datos de los usuarios y respecto a los pagos se continuó creando protocolos de seguridad, habiendo estas transacciones más seguras y llamativas para las personas.

La evolución en dichas generaciones, nos permite conocer que el comercio digital pasó de ser un simple catalogo estático de productos y servicios a ser un medio indispensable para la compra y venta de servicios el cual genera mayores ganancias a las empresas y le facilita la compra a los consumidores ya que estos pueden hacerlo de una manera más cómoda, sencilla y ágil.

La red mundial conocida como La World Wide Web obtiene gran relevancia al momento de hablar de *e-commerce*, ya que esta junto con la evolución tecnológica ha permitido unir a los clientes con los sitios web transaccionales, básicamente, “el uso del internet es más generalizado gracias a La World Wide Web que ha permitido acceso mundial a contenido multimedia, siendo la red de comunicaciones más grande del mundo, la cual reconoce millones de registros comerciales en la web de empresas que entran en el mundo del *e-commerce* transformando y ampliando las opciones para los clientes” (Cuellar, 2019)

Es de suma importancia reconocer que hay diferentes tipos de comercio electrónico que se identifican al cuestionarse: ¿Quién interviene? y/o ¿de qué manera interviene? Por lo cual se tendrán las siguientes siglas que representan los diferentes actores que pueden existir dentro de una transacción de comercio digital: la empresa (B), los consumidores (C), la administración (G), los inversores (I) y los empleados (E). Sabiendo esto, Roberto Espinosa, expone que los tipos más frecuentes de este comercio son (Espinoza, 2020):

Business to Consumer (B2C): De la empresa al consumidor.

Business to Business (B2B): de empresa a empresa.

Consumer to Consumer (C2C): de consumidor a consumidor.

Consumer to bussiness (C2B): de consumidor a empresa.

Government to Consumer (G2C): de la administración al consumidor.

Con la presencia del internet en la vida humana y normalización de este en la vida cotidiana el modelo B2C ha experimentado un crecimiento en los últimos años. En este trabajo nos centraremos en esta tipología, ya que es la más utilizada en las tiendas Online en la cual podemos observar el formato del catálogo digital, y nos permite interactuar en dicha página y esto facilita, la compra (si eres consumidor) y/o la venta (si eres la empresa). Cabe aclarar que dentro de este hay otros modelos como lo son: los comerciantes independientes, Centros Comerciales Virtuales o intermediarios; sin embargo el más usado es el modelo de comerciantes independientes. (Asturias Corporación Universitaria)

Respecto al comercio digital se sabe que hay ventajas y desventajas de este, exponiendo los riesgos que este puede tener en sus transacciones y que han hecho que los estados puedan legislar acordemente ante este comercio. Este tiene ciertas ventajas en comparación al comercio tradicional ya que le permite a las empresas y a los consumidores vender y comprar productos de una manera más ágil y sin importar los límites geográficos, a continuación enumeraremos las ventajas más relevantes:

Superación de límites geográficos

Aumento de clientes

Menores costos paras empresas

Mayor facilidad de ofrecimiento de los productos

Mayor agilidad y facilidad para la búsqueda y compra de productos

Mayor facilidad para analizar y comparar los diferentes productos que se ofrecen

Sin embargo, estas prácticas tienen también ciertas desventajas en comparación al comercio tradicional, como lo son:

Incremento de competencia del mercado (para las empresas)

L falta de confianza en ciertos consumidores para realizar comprar en línea.

Los altos costos de envíos para las empresas pequeñas

La novedad de las prácticas y la inseguridad que puede causar

Sin embargo, a pesar de sus desventajas el comercio digital se hace más fuerte con el paso del tiempo ya que este permite reducir costos, eliminar errores informativos, y reducir el tiempo en las transacciones. Por lo cual, las comunicaciones cada vez son más importantes, el internet indispensable para la vida cotidiana de los seres humanos, y la evolución tecnológica un reto para todas las empresas.

Expuesto lo anterior, debemos mencionar que otro impacto de la tecnología en el mundo actual son las redes sociales, medios que fueron creados en un principio para la interacción de las personas pero que con el tiempo ha sido un canal entre las empresas y los consumidores, ya que por medio de estas las empresas pueden ofrecer sus productos y generar la publicidad de los mimos, y los consumidores pueden comprar y adquirir bienes o servicios.

Las redes sociales han sido objeto de diferentes estudios, en el ámbito jurídico los diferentes gobiernos han querido regular las diferentes materias que giran alrededor de este tema, sin embargo, por la modernidad y lo novedoso de este tema aún existen muchas lagunas jurídicas. El presente trabajo busca identificar si la regulación nacional actual es suficiente para todos los interrogantes que surgen a partir del comercio por medio de las redes sociales, por lo cual, procederemos a dar la definición de las redes sociales y la historia de estas.

LAS REDES SOCIALES: EL CASO DE INSTAGRAM

A lo largo de la historia la tecnología y las diferentes plataformas que existen han crecido rápidamente, y no solo esto, sino que el acceso a las redes sociales ha aumentado exponencialmente, eso debido a que los móviles se han actualizado y cada vez son más novedosos y fáciles de usar, lo que incrementa su uso a nivel global, donde se ha podido generalizar y expandir no solo los mercados maduros sino también los de rápido crecimiento.

Las redes sociales no discriminan a un público en particular, estas son de carácter internacional y permiten que cualquier persona que tenga un móvil pueda descargar la red social que considere atractiva para usar, no obstante, las personas más jóvenes y de mayores ingresos son el público más activo.

Son plataformas que han tenido una aceptación en la sociedad, debido al impacto social y psicológico que ha traído consigo, estas son creadas para que las personas puedan interactuar y compartir información de manera pública o privada con amigos, familiares y hasta con personas desconocidas, donde se puede garantizar una gran interacción con costos muy bajos.

Estas aplicaciones permiten hoy en día el crecimiento exponencial no solo de una persona, sino también de las empresas, es por eso que las organizaciones consideran necesaria la creación de perfiles para interactuar con sus potenciales clientes y de esta manera lograr una mayor visibilidad.

Para lograr que los clientes potenciales en las redes sociales tengan acceso a la información publicada por la marca, es necesario hacer uso de herramientas publicitarias, las más conocidas son los influencer o realizar concursos; la primera consiste en que se contrata a una persona para que genere cierta información y recomendación sobre el producto, generando confianza entre los consumidores y a esté a cambio se le da una contraprestación puede ser el intercambio de producto o dinero; la segunda herramienta son los concursos donde lo que se busca es que el usuario pueda llevarse un premio por haber participado y a cambio la marca aumenta la visibilidad en las redes.

“En síntesis, las redes sociales y los espacios virtuales son mecanismos de interacción, simples canales de comunicación, pero con un potencial de alcance y de impacto mucho mayor que cualquiera de los otros medios tradicionales, y con capacidad de interacción y dinamismo, superiores a cualquiera de los otros medios. De esta forma, han logrado masificarse y democratizarse como instrumentos idóneos para todo tipo de intercambio de mensajes y comunicaciones”. (Herrera, 2012, pg. 24)

Existen diferentes tipos de redes sociales, pero las tres clasificaciones más importantes y que pueden agrupar la mayoría, son: primero las redes profesionales, estas buscan poder obtener contactos profesionales y es necesario poner información para poder hacer una hoja de vida virtual la cual nos va a permitir encontrar oportunidades laborales, como por ejemplo LinkedIn. La segunda clasificación son redes generalistas donde lo que se busca es ponerse en contacto con personas cercanas o no tan cercanas, para compartir cierta parte de nuestro día a día por medio de imágenes, música o videos, como por ejemplo Instagram. La tercera clasificación son redes especializadas, estas buscan estar enfocadas en determinada actividad sociales o económicas, donde las personas que hacen parte de esta red comparten ciertos gustos y afinidades, como por ejemplo cinema VIP.

Una de las formas en que son usadas las redes sociales es como una herramienta de comunicación publicitaria y corporativa, ya que permite una mejor conexión entre las empresas y los usuarios, lo que permite una comunicación más fluida y más directa, facilitando el elevado nivel de interacción, donde la empresa no solo autorizan, sino que supervisan todo el contenido que publican, donde el reto es convertir a la marca en proveedores de experiencia para todos sus seguidores y consumidores, permitiendo de esta manera generar una comunidad y una fidelización.

Las redes sociales hoy en día cumplen muchos roles en la sociedad, tiene muchas funcionalidades, estas plataformas son usadas por infinidades de personas y empresas como herramienta de compra y venta de bienes y servicios, este tipo de transacciones es conocida en el mundo actual como “social commerce” que es una forma de comercio Online que usa las redes sociales para la adquisición de productos y servicios en comunidades establecidas. Tiene ciertas características como la versatilidad que

ofrece, la conectividad social que brinda, la posibilidad de aumentar la audiencia, su alcance masivo y la interacción directa con el consumidor.

Por otro lado, las redes sociales permiten llegar a nuevas audiencias que no tenían conocimiento de la marca, donde se puede por medio de publicidad mostrar todos los productos, el catálogo, además también se puede mostrar el uso de estos, lo que puede incentivar a la compra de bienes o servicios.

Otra herramienta con la que se puede contar en las redes sociales es con una herramienta se servicio al cliente, ya que permite que los clientes por medio de menciones o comentarios hablen acerca de la experiencia con los productos o los servicios que compraron, o si están interesados en ver productos distintos también pueden hacerle saber por medio de los *feedbacks*.

Tras dar la definición de las redes sociales en general y exponer su finalidad en el mundo actual, nos centraremos a hablar de la plataforma digital: Instagram, ya que esta es una de las redes sociales más conocidas y usadas en la actualidad, esto gracias a que es una plataforma gratuita y que permite que tanto las empresas micro y macro puedan tener un crecimiento exponencial con un buen marketing, esto debido al algoritmo usado en esta plataforma. Precisando que el presente trabajo, busca además de identificar si la normativa actual respecto al comercio digital y a las redes sociales es suficiente, determinar si la compra y venta de bienes y servicio por medio de Instagram puede considerarse como una práctica del comercio electrónico y por ende aplicar las normas con relación a este a las transacciones comerciales realizadas por Instagram

Instagram es una de las redes sociales más usadas en la actualidad, esta red social está definida como "Instagram es una manera divertida y peculiar de compartir su vida con los amigos a través de una serie de imágenes. Haz una foto con tu teléfono móvil elige un filtro para transformar la imagen. Imaginamos un mundo más conectado a través de las fotos" (Instagram, 2015).

Una de las razones por las que Instagram es una de las redes sociales más usadas hoy en día es porque: primero es fácil su uso, no se necesita de ningunas instrucciones o descripciones; segundo porque es una red social que es gratis, para usarla no es

necesario realizar ningún pago mensual ni anual; tercero es una aplicación creativa la cual permite crear diferentes contenidos para los diferentes tipos de consumidores; cuarto es una red social que crea adicción para muchas personas porque distorsiona la realidad ya que les da la impresión de que todo lo que hacemos gusta a los demás; y por último es una red social que permite generar ingresos, por lo que hoy en día existen personas que obtienen parte de sus ingresos por esta plataformas, como también muchas marcas.

Es por esto que "en definitiva, se puede concluir que la creciente influencia de Instagram en el mundo actual podría explicarse por un complejo entramado de aspectos de tipo psicológico y sociológico, donde el sistema de recompensas y el reconocimiento social asociados a su uso facilitaría el carácter adictivo del mismo, asegurando así su éxito. Además, otras características propias de Instagram como la simplicidad, facilidad de uso, creatividad y por supuesto, gratuidad refuerzan también su enorme éxito, cada día en mayor medida". (Romero, 2015, pg. 13)

En este capítulo hablamos de la definición, historia y evolución del comercio electrónico y las redes sociales, enfocándonos en la plataforma digital, Instagram, con el fin de dar claridad sobre estos temas y procede a analizar la regulación respecto a estos temas. El siguiente capítulo, estará enfocado en el repertorio de la regulación nacional e internacional del comercio electrónico, lo cual nos permitirá identificar si dicha regulación es suficiente o no, con base a todo los relacionado al comercio digital y a la compra y venta de productos y servicios por medio de Instagram.

Capitulo 2 REGULACIÓN EN COLOMBIA Y REGULACIÓN INTERNACIONAL EN CUANTO A LA REGULACIÓN NACIONAL

El derecho tiene un reto, el cual es reformarse constantemente con el fin de adecuarse a las prácticas actuales. Por el gran impacto del comercio electrónico y de las redes sociales en Colombia, se ha venido construyendo un bloque legislativo que ha buscado regular las nuevas prácticas de compra y venta de bienes y servicios que no encajaban en la manera tradicional de hacerlo, a continuación procederemos a esbozar las leyes que directa o indirectamente han tratado estos temas, con el fin de identificar si la

presente legislación es suficiente o si es necesario regular más aspectos de estos. Lo abordaremos, en primer lugar exponiendo los artículos constitucionales que dieron cabida al comercio digital y en segundo lugar, citando las diferentes leyes objeto de esta materia y los decretos que reglamentan a algunas de estas.

Colombia, como lo dice el artículo cuatro de la Constitución política es un Estado en el cual la constitución es norma de normas, en el cual cualquier ley incompatible a esta no podrá regir. Respecto al comercio, la carta magna tiene diferentes artículos que lo regulan de manera general, el artículo 15 establece la intimidad personal y familiar con la cuenta toda persona además de la libertad y del buen nombre al momento de la recolección y circulación de datos, articulo del cual se deriva el Habeas Data. Por otro lado, el articulo 20 garantiza la libertad de pensamiento y opinión, y la posibilidad de constituir medios masivos de comunicación que pretende lograr veracidad y parcialidad en la información, lo cual tiene gran relación con el comercio digital ya que la información es uno de los pilares de este. Por último, el artículo 333 consagra la actividad económica y la iniciativa privada y establece la libertad de estas con un límite que es el bien común ya que tienen una función social que implica obligación, además de esto, regula la libre competencia como un derecho de toda persona que supone diferentes responsabilidades. Los tres artículos mencionados anteriormente, tienen gran relación con el comercio digital ya que mencionan la competencia que atribuida a la rama legislativa para poder delimitar el alcance la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación, por medio de leyes.

Con relación a esto, procederemos a mencionar la normativa nacional que tiene relación con el comercio digital, que ha permitido regular estas transacciones y otorgarles más seguridad y garantías a todos aquellos que hacen uso de medios electrónicos con fines comerciales.

Respecto a la implementación de medios electrónicos como medios alternativos, la Ley 222 de 1995 fue la primera que mencionó la posibilidad de cambiar la modalidad de las reuniones de presenciales a virtuales, como lo establece el artículo 19 de dicha ley. La Ley 270 de 1996, la cual se ocupa de la administración de justicia, también

hace referencia al uso de medios tecnológicos a favor del servicio de la administración de justicia, como lo dice el artículo 95 de esta ley:

"El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información.

Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones.

Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley."

La Ley 527 de 1999 "Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones", es una ley pionera respecto al comercio electrónico. El literal b del artículo 2 de esta ley define el comercio electrónico y establece todo lo que este puede abarcar, como se muestra a continuación:

"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".

Otro de los elementos más novedosos de la ley 527 de 1999 es la regulación de la firma digital y la equivalencia constitucional entre esta y el autógrafo indicando los requisitos legales para la certificación de la firma digital y la existencia de entidades de certificación. Esta ley fue reglamentada por el Decreto 2364 de 2012 el cual reglamenta específicamente el artículo 7 de la ley 527 de 2012 y desarrolla el mecanismo y alcance de la firma electrónica.

La Ley 633 de 2000 establece una obligación a los sitios de internet y las páginas web que tengan como actividad económica de carácter comercial, de realizar la inscripción en el registro mercantil y deben suministrar la dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) a la entidad que lo requiera, así como lo dice el artículo 91 de la mencionada ley. Por otro lado, la ley 962 de 2005 en su artículo 26 menciona las facturas electrónicas sobre las cuales menciona que podrán ser aceptadas siempre y cuando cumpla con todos los requisitos legales establecidos y establece que la respectiva tecnología que se utilice logre garantizar su autenticidad e integridad desde su expedición y durante todo el tiempo de su conservación.

La Ley 1150 de 2007 reguló la Ley 80 de 1993 e incorporó el sistema electrónico de contratación pública (SECOP). El artículo 3 de la ley 1150 menciona "los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual, serán señalados por el gobierno nacional". Esta creó el SECOP con el fin de implementar medios electrónicos en la contratación estatal, además para servir como punto único de información y de generación de reportes, e integra el registro único empresarial.

La Ley 1266 de 2008 con relación al artículo 15 de la Constitución Política de 1991, regula el Habeas Data y establece los derechos de los titulares de la información, los cuales están divididos por tres subgrupos como lo menciona el artículo 6 de dicha ley:

Frente a los bancos de datos: realizar consultas o reclamos, solicitar el respeto y la protección de los derechos constitucionales, solicitar la prueba de certificación de la existencia de la autorización expedida por la fuente o el usuario.

Frente a la Fuente de Información: es la persona, entidad u organización que recibe o conoce datos personales de los titulares de la información, en virtud de una relación comercial o de servicio o de cualquier otra índole y que, en razón de autorización legal o del titular, suministra esos datos a un operador de información, el que a su vez los entregará al usuario final. Si la fuente entrega la información directamente a los usuarios y no, a través de un operador, aquella tendrá la doble condición de fuente y operador y asumirá los deberes y responsabilidades de ambos. La fuente de la información responde por la calidad de los datos suministrados al operador la cual, en cuanto tiene acceso y suministra información personal de terceros, se sujeta al cumplimiento de los deberes y responsabilidades previstas para garantizar la protección de los derechos del titular de los datos. (Congreso de la República, 2008)

Los derechos frente a estos son: ejercer los derechos fundamentales del Habeas Data y de petición, solicitar pruebas de la autorización, solicitar información o pedir la actualización o rectificación de los datos contenidos en la base de datos.

Frente a los Usuarios: es la persona natural o jurídica que, en los términos y circunstancias previstos en la presente ley, puede acceder a información personal de uno o varios titulares de la información suministrada por el operador o por la fuente, o directamente por el titular de la información. El usuario, en cuanto tiene acceso a información personal de terceros, se sujeta al cumplimiento de los deberes y responsabilidades previstos para garantizar la protección de los derechos del titular de los datos. En el caso en que el usuario a su vez entregue la información directamente a un operador, aquella tendrá la doble condición de usuario y fuente, y asumirá los deberes y responsabilidades de ambos. (artículo 4 ley 1266 de 2008)

Frente a estos se tienen los siguientes derechos: solicitar la información sobre la utilización que el usuario le está dando a la información cuando dicha información no hubiere sido suministrada por el operador. Y solicitar prueba de autorización.

Otro aporte que da está ley es la protección del *Habeas Data* respecto a los servicios financieros, pues se consideró necesario tener seguridad en los datos para identificar los riesgos crediticios, lo cual fue reglamentado por el Decreto 1727 de 2009 y el Decreto 2952 de 2010.

Por su lado, el Decreto 2242 de 2015 reglamenta la expedición de las facturas electrónicas, con el fin de tener un control fiscal y una masificación, esto con relación a la ley 1231 de 2008 la cual indicó la factura como un título valor. Este decreto define la factura electrónica como: "Es el documento que soporta transacciones de venta de bienes y/o servicios y que operativamente tiene lugar a través de sistemas computacionales y/o soluciones informáticas que permiten el cumplimiento de las características y condiciones que se establecen en el presente Decreto en relación con la expedición, recibo, rechazo y conservación. La expedición de la factura electrónica comprende la generación por el obligado a facturar y su entrega al adquirente". Además de esto, menciona su ámbito de aplicación, las condiciones de expedición, y todo lo relacionado con la verificación, conservación y rechazo de la factura electrónica.

La Ley 1273 de 2009, creó un nuevo bien jurídico tutelado, denominado "de la protección de la información y de los datos", relacionando el ámbito penal con las plataformas digitales. Buscando la protección de los usuarios frente a los atentados contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y de los sistemas informáticos.

La Ley 1480 de 2011 creó el Estatuto del Consumidor con el fin de otorgar más garantías a estos. El artículo 3 de dicha ley establece los derechos y los deberes de los consumidores, los derechos más relevantes frente a nuestro tema objeto de estudio son: el derecho de recibir el producto con las condiciones que establece la garantía legal; derecho a recibir información completa, veraz, oportuna, transparente, verificable y comprensible; derecho a recibir protección frente a la publicidad engañosa; derecho a la reclamación. Por otro lado tienen establece como deberes: el deber de informarse sobre la calidad del producto, obrar de buena fe frente a los productores, proveedores y frente a las autoridades.

Para efectos de este trabajo es importante dar una explicación de la denominada garantía legal, donde los productores y proveedores responden frente a los consumidores por la calidad, buen estado, seguridad e idoneidad de los productos, esto está regulado en los artículos 5, 7, 8, 10, 11 y 18 de la Ley 1480 de 2011, en los cuales se habla de los términos generales y la ampliación del tiempo de la garantía, y de quienes son los responsables de esta.

El artículo 49 de la ley 1480 de 2011 es de gran importancia al momento de hablar de comercio electrónico ya que este regula la protección al consumidor de comercio electrónico. Este define el comercio electrónico como: "la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios". El artículo 50 establece las obligaciones que deben tener los proveedores o expendedores que utilicen medios electrónicos, las cuales son:

"a) Informar en todo momento de forma cierta, fidedigna, suficiente, clara, accesible y actualizada su identidad especificando su nombre o razón social, Número de Identificación Tributaria (NIT), dirección de notificación judicial, teléfono, correo electrónico y demás datos de contacto.

b) Suministrar en todo momento información cierta, fidedigna, suficiente, clara y actualizada respecto de los productos que ofrezcan. En especial, deberán indicar sus características y propiedades tales como el tamaño, el peso, la medida, el material del que está fabricado, su naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad, la cantidad, o cualquier otro factor pertinente, independientemente que se acompañen de imágenes, de tal forma que el consumidor pueda hacerse una representación lo más aproximada a la realidad del producto.

También se deberá indicar el plazo de validez de la oferta y la disponibilidad del producto. En los contratos de tracto sucesivo, se deberá informar su duración mínima.

Cuando la publicidad del bien incluya imágenes o gráficos de este, se deberá indicar en qué escala está elaborada dicha representación.

c) Informar, en el medio de comercio electrónico utilizado, los medios de que disponen para realizar los pagos, el tiempo de entrega del bien o la prestación del servicio, el derecho de retracto que le asiste al consumidor y el procedimiento para ejercerlo, y cualquier otra información relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido en error.

Igualmente deberá informar el precio total del producto incluyendo todos los impuestos, costos y gastos que deba pagar el consumidor para adquirirlo. En caso de ser procedente, se debe informar adecuadamente y por separado los gastos de envío." (Congreso de la República, 2011)

La Ley 1581 de 2012, dicta las disposiciones generales para la protección de datos personales, esto con relación al artículo 15 de la Constitución Política de 1991 que busca garantizar las libertades constitucionales para que toda persona pueda conocer, rectificar y actualizar la información de ellas que haya sido recogidas en bases de datos.

El Decreto 1078 de 2015, expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de tecnologías de la información y de la comunicación, este fue modificado por el Decreto 1008 de 2018, el cual establece los lineamientos generales de la política de gobierno digital.

La Ley 1955 de 2019 por medio de la cual se establece el Plan Nacional de Desarrollo de 2018- 2022. El artículo 147 menciona la transformación digital pública la cual consiste en que todas las entidades de orden nacional deben incorporar tecnologías de la cuarta revolución industrial y deben cumplir con los estándares que define el Ministerio de Tecnologías de la Información y de la Comunicación.

La Ley 2157 de 2021 tiene como objeto modificar y adicionar la Ley 1266 de 2008 fortaleciendo el derecho al Habeas Data. El artículo 2 de esta ley adiciona el literal k al artículo 3 de la ley 1266 de 2008, el cual establece la comunicación previa al titular: "La comunicación previa al titular de la información se regirá por lo dispuesto en la presente ley y en las normas que la reglamenten. Podrá efectuarse según lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 en materia de comercio electrónico".

Con relación a la normativa ates citada y explicada, procederemos a hacer énfasis en los elementos esenciales de estas, respeto al comercio digital. La Ley 527 de 1999 fue desarrollada por la Sentencia C 662 de 2000 en la cual se analiza la constitucionalidad de ciertos artículos de la ley mencionada. En defensa de la constitucionalidad de dicha ley, ciertas entidades públicas apoyan su defensa en el impacto que ha tenido el comercio electrónico en la globalización económica y en la importancia de regulación de este. Además, sustentan que esta cumple con los lineamientos establecidos en el proyecto tipo de Ley modelo sobre comercio electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del derecho mercantil internacional (CNUDMI).

Cabe aclarar que en esta sentencia menciona que la Ley encierra dentro de su filosofía los postulados generales de la buena fe comercial y de las libertades contractuales, por lo cual argumentan que esta última lleva a inferir que ni el comercio electrónico ni las actividades de las entidades de certificación no son un servicio público, en este caso: "Pues las partes no se encuentran en la obligación ni en la necesidad de solicitar los servicios de una entidad de certificación para la celebración de un negocio jurídico. Por el tipo de relación que regula, se trata de un asunto de la órbita del Derecho Privado que, por supuesto, precisa de un control estatal, que estará a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, que vigila a las entidades de certificación desde el punto de vista técnico y operativo." (Sentencia C 662, 2000)

Respecto a la ley 527 de 1999, es de gran importancia mencionar que el Decreto 2364 de 2012, reglamenta el artículo 7 de esta, con el cual se puede identificar la diferencia entre firma digital y firma electrónica. Por su parte, la firma digital es definida en el literal C del artículo 2 de la ley 527 de 1999 y reglamentada en el Decreto 1747 de 2000, esta ha sido considera como una especie de la firma electrónica. Conforme al artículo 2 de la Ley 527 "se entenderá como firma firma digital, como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuarse la transformación". Por el contrario, el Decreto 2364 de 2012, en su artículo primero numeral 3 define la firma electrónica como "Códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permite identificar a una persona, en relación con un

mensaje de datos, siempre y cuando el mismo sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente."

La ley 527 de 1991, establece diferentes principios que permiten el uso de nuevas tecnologías bajo una óptica jurídica adecuada, como lo dice Victor Gómez en su texto "Realidad Jurídica del comercio electrónico en Colombia": El artículo 3 de esta ley permite identificar la internacionalización de la ley, la cual consiste en darle una interpretación a la ley acorde a la regulación internacional. En el artículo cuarto de la misma, e identifica la autonomía de la voluntad, ya que establece que las partes por mutuo acuerdo pueden modificar lo establecido y de regular sus propias relaciones. El artículo 16 establece la autenticidad, permite establecer una comunicación electrónica por medio de mensajes de datos. Por otra parte, diferentes disposiciones de esta ley permiten identificar el equivalente funcional el cual, "reconoce los requisitos legales que le imprimen validez a las transacciones tradicionales que se ven representadas en el papel y que se presentan como un obstáculo para el desarrollo de la comunicación moderna. Con este principio se le da paso al reconocimiento del mundo digital en las prácticas comerciales, imprimiendo fuerza y validez para eliminar la incertidumbre jurídica." (Perez, 2004)

Otros principios que se pueden evidenciar en esta ley son: la flexibilidad, la neutralidad y la integridad que permiten aplicar esta ley a las transacciones del comercio electrónico sin disponer del uso de alguna tecnología en específico y permiten otorgar mayores garantías en virtud del contrato celebrado.

La Ley 1341 de 2009 "define principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). Es una ley que aunque tiene un enfoque muy general es de gran importancia para el comercio electrónico ya que esta es el sustento para el sector de la tecnología y tiene como fin impulsar la libre competencia y la protección de los usuarios, el artículo 2 menciona los principios orientadores de las tecnologías de la información, a continuación mencionaremos los dos principios más relevantes respecto a la materia objeto de estudio:

- La libre competencia, donde el Estado debe garantizar el incentivo de la inversión por medio de un escenario libre y de competencia leal.
- Neutralidad tecnológica, respecto a la cual el Estado deberá fomentar la libre adopción de tecnologías.

La regulación de las TIC tiene gran relación con el comercio electrónico, ya que esta se da gracias a la constante actualización y avances tecnológicos y los diferentes métodos que esta va creando para la celebración de negocios jurídicos diferentes a los mecanismos tradicionales. Por lo cual, las diferentes leyes relacionadas con las TIC han permitido de alguna manera regular aspectos del comercio electrónico, como por ejemplo la ley 222 de 1995 que como fue mencionado anteriormente, regula la junta de accionistas por medios electrónicos , la Ley 1150 de 2007, que por su lado, crea el SECOP, incorporando medios electrónicos a l contratación estatal. Estas dos leyes mencionadas son regulación de las TIC de manera general, pero agregan avances en la regulación del comercio electrónico y del uso de la tecnología para generar nuevas formas de celebrar contratos.

La ley 962 de 2005, busca utilizar medios electrónicos para los procesos de facturación, por lo cual tres años después de esta ley se promulga la Ley 1331 de 2008 la cual plantea la factura electrónica como un título valor lo cual tiene gran relación con el comercio electrónico, ya que es un mecanismo que lo favorece y otorga más garantías a los usuarios y agiliza la compra y venta de bienes y/o servicios sin tener ningún tipo de contacto físico. Tan relevante fue el tema de la factura electrónica, que años después el Decreto 2242 de 205, reforzó y reglamentó este tema.

Insistimos en el inicio constitucional de la regulación de aspectos del comercio digital, como los es el tratamiento del uso de los datos personales de los usuarios, el cual fue desarrollado a partir de los artículos constitucionales 15 y 20, que han sido de gran importancia en los últimos años. La información de datos personales, se ha visto como bienes económicos tanto para entidades públicas como privadas. Por lo cual, la ley 1266 de 2008, reguló el Habeas Data enfocándose en la información crediticia o de servicios de las personas. Años después, análogamente se promulgó la Ley 1581 de 2012 y su decreto reglamentario 1377 de 2013, la cual tiene como objeto desarrollar el derecho constitucional que tiene todas las personas a conocer, actualizar y rectificar

las informaciones (Congreso de la República, L.1581). Por lo cual el artículo 3 de dicha ley establece las definiciones de algunos conceptos, las cuales serán citadas a continuación:

a) Autorización: Consentimiento previo, expreso e informado del Titular para llevar a cabo el Tratamiento de datos personales;

b) Base de Datos: Conjunto organizado de datos personales que sea objeto de Tratamiento;

c) Dato personal: Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables;

d) Encargado del Tratamiento: Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, realice el Tratamiento de datos personales por cuenta del responsable del Tratamiento;

e) responsable del Tratamiento: Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decida sobre la base de datos y/o el Tratamiento de los datos;

f) Titular: Persona natural cuyos datos personales sean objeto de Tratamiento;

g) Tratamiento: Cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión.

Además de estas definiciones esta ley también menciona los principios rectores establecidos en el artículo 4 y su entendimiento, los cuales son:

a) Principio de legalidad en materia de Tratamiento de datos: El Tratamiento a que se refiere la presente ley es una actividad reglada que debe sujetarse a lo establecido en ella y en las demás disposiciones que la desarrollen;

b) Principio de finalidad: El Tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la Ley, la cual debe ser informada al Titular;

c) Principio de libertad: El Tratamiento sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del Titular. Los datos personales no podrán ser obtenidos

o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento;

d) Principio de veracidad o calidad: La información sujeta a Tratamiento debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Se prohíbe el Tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error;

e) Principio de transparencia: En el Tratamiento debe garantizarse el derecho del Titular a obtener del responsable del Tratamiento o del Encargado del Tratamiento, en cualquier momento y sin restricciones, información acerca de la existencia de datos que le conciernan;

f) Principio de acceso y circulación restringida: El Tratamiento se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos personales, de las disposiciones de la presente ley y la Constitución. En este sentido, el Tratamiento sólo podrá hacerse por personas autorizadas por el Titular y/o por las personas previstas en la presente ley;

Los datos personales, salvo la información pública, no podrán estar disponibles en Internet u otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido sólo a los Titulares o terceros autorizados conforme a la presente ley;

g) Principio de seguridad: La información sujeta a Tratamiento por el Responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento a que se refiere la presente ley, se deberá manejar con las medidas técnicas, humanas y administrativas que sean necesarias para otorgar seguridad a los registros evitando su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento;

h) Principio de confidencialidad: Todas las personas que intervengan en el Tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende el Tratamiento, pudiendo sólo realizar suministro o comunicación de datos personales cuando ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la presente ley y en los términos de la misma.

Por la correlación el comercio electrónico y el uso de datos, esta ley al establecer principios rectores de uso de datos ha permitido regular análogamente el comercio electrónico, estableciendo garantías a los usuarios y así mismo incentivando esta nueva conducta de compra y venta de bienes y servicios.

Estatuto del Consumidor y la protección de los consumidores, como fue mencionado anteriormente fue creado por la Ley 1480 de 2011, este tiene gran relación con el comercio electrónico, el capítulo VI de esta ley establece en sus artículos todo lo relacionado a la Protección del consumidor del comercio electrónico. Los articulo 49 y 50 ya fueron mencionados y citados anteriormente en este trabajo. Sin embargo, el artículo 51 es de gran importancia ya que establece la reversión del pago dependiendo de algunas circunstancias, el consumidor, como lo dice el primer inciso de este artículo puede solicitar esto cuando:

- sea objeto de fraude
- corresponda a una operación no solicitada
- el producto adquirido no sea recibido
- el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso.

Esto además de otorgar más garantías al consumidor también establece obligaciones y sanciones en caso de no ser cumplidas, a quien ofrecen y venden sus productos en medios electrónicos.

Un aspecto relevante sobre el comercio electrónico en Colombia es la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico (CCCE), la cual es una entidad privada sin ánimo de lucro que tiene como objetivo fortalecer el E-commerce en Colombia. Entre sus actividades principales está la realización de dinámicas económicas para determinar al sector E-commerce con la construcción de políticas públicas y la generación de confianza y conocimiento en el sector.

No obstante la regulación nacional antes citada y el inicio de la normativa respecto al comercio digital, se ha visto la necesidad de seguir legislado y controlando este nuevo método de celebración de negocios jurídicos, con el fin de hacer más seguras las transacciones realizadas por este medio, ya que es un fenómeno que cada vez más se incrementa y que llama la atención tanto de consumidores como de oferentes.

Es preciso mencionar que las leyes antes expuestas, han sido producto también de aquella regulación internacional con la cual se ha buscado otorgar más garantías a los usuarios. A continuación mencionaremos la normativa internacional que corresponde al tema del comercio electrónico, las cuales han sido objeto de estudio y han permito avanzar y complementar la regulación de este nuevo método comercial.

Frente a la Regulación Internacional

La revolución tecnológica que se ha presentado en los últimos años ha producido que las empresas cada vez más se interesen en el comercio electrónico para ofrecer sus productos, además, por la facilidad que este presenta, también ha sido un modelo realmente llamativo para los diferentes consumidores. No se puede negar, que las empresas son un elemento primordial en la economía de los Estados, estas generan empleo, lo que permite la circulación de bienes y servicios, además, estas influyen altamente en el Producto Interno Bruto (PIB) de cada país. Por lo cual, al identificar cambios en las transacciones comerciales, los Estados han buscado legislar la implementación del comercio electrónico y el Derecho Internacional, no se ha quedado atrás.

Aunque es una materia poco estudiada, es un tema que cada vez adquiere más relevancia. Por lo cual, en el presente trabajo, procederemos a mencionar la legislación internacional más relevante sobre el tema objeto de estudio, la cual ha permitido avanzar en la legislación interna de cada Estado. Aclaramos que la normativa internacional que será mencionada se hará de manera general, haciendo énfasis en los instrumentos internacionales que han generado gran impacto en este tema, en diferentes regiones como Latinoamérica y la Unión Europea.

Este capítulo, lo desarrollaremos exponiendo en primer lugar los tratados multilaterales más relevantes en el tema y en segundo lugar los tratados regionales que versan sobre el mismo y que tienen relación con Colombia. Es importante mencionar que antes de exponer los tratados, nos dedicaremos a hacer una breve introducción de las organizaciones internacionales que han expedido estos tratados con el fin de determinar el alcance de cada uno de estos la finalidad que cumple respecto de cada organización.

La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), por la interdependencia económica, y la relevancia que tiene un completo marco jurídico respecto de temas económicos e inversionista, "tiene un papel clave en la elaboración de ese marco en cumplimiento de su mandato de fomentar la armonización y modernización progresivas del derecho mercantil internacional. Con tal fin, la CNUDMI prepara y promueve la utilización e incorporación de instrumentos legislativos y no legislativos en varios ámbitos fundamentales del derecho mercantil" (CNUDMI, s.f). Uno de los textos legislativos más conocidos de esta, son las leyes modelo, las cuales por su característica legislativa pueden ser adoptados por los Estados mediante la ratificación de las mismas. Estas son definidas por la CNUDMI como "un arquetipo de texto legal preparado para que los legisladores consideren la conveniencia de incorporarlo a su legislación interna". En otras palabras, puede considerarse como un esbozo legislativo que trata un tema en específico, el cual al evidenciar la importancia de esta regulación incentiva a ser incorporado en la legislación interna de los Estado miembro. Respecto del alcance de estas leyes es preciso decir que "se ha perseguido la armonía internacional de soluciones mediante la admisión de normas carentes de obligatoriedad en el estricto sentido jurídico, porque no son coercibles, y su cumplimiento no se impone por los órganos estatales; pero que, sin embargo, tiene una efectiva vigencia en la práctica porque son aceptadas y obedecidas en forma voluntaria por los intervinientes en el comercio internacional" (Arangure, 1998, P.318). Además cabe resaltar que estas leyes no están sujetas a ninguna convención internacional son que simplemente están recomendadas como proyecto de ley.

Dicho lo anterior, es importante mencionar que el inicio de la regulación internacional puede ser identificado por medio de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (LMCE) de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en 1996. El artículo primero de esta ley, establece que la misma "será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales". (1996) y expone los elementos más relevantes del comercio electrónico, con el fin de cumplir con diferentes objetivos como lo son:

Otorgar mayor seguridad respecto para crear un ambiente legal más más seguro respecto del comercio electrónico.

Servir como ley base para la regulación interna de cada Estado, ya que, "La finalidad de la Ley Modelo es la de ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan eliminar algunos de esos obstáculos jurídicos con miras a crear un marco jurídico que permita un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de "comercio electrónico". (Unidas, 1998)

Establecer un trato igualitario a los usuarios de los datos y documentos.

Servir como instrumento de interpretación de diferentes tratados o instrumentos internacionales con relación al comercio electrónico y las diferentes materias relacionadas a este.

Simultáneamente, la CNUDMI en 2001 expidió la Ley Modelo se la firma electrónica, en la cual la define como: "los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al 2 mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos". Esta ley busca facilitar el uso de estas firmas, y otorgar más seguridad en estas ofreciendo un criterio de fiabilidad a los usuarios. Sin embargo, esta ley fue únicamente dirigida al uso de la firma electrónica por lo cual no estableció ninguna norma destinada a la protección de los consumidores.

Cabe resaltar que se ha identificado la influencia de esta ley en diferentes ordenamientos jurídicos, como lo dicen Pedro Paul y Carlos García: "las normas legislativas formuladas por la CNUDMI han influido en muchas legislaciones nacionales y se ha acoplado a lineamientos de más de 60 países. Veintinueve países han adoptado legislación sobre la base de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas de 2001". (s.f)

Por otra parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) es una organización internacional que tiene como objetivo diseñar mejores políticas para construir una mejor vida donde se promueven ideas de igualdad, de prosperidad y de oportunidades para todas las personas, esto en colaboración con los gobiernos, ya que estos son los responsables de las políticas públicas, en el cual hacen

un trabajo para proponer soluciones con datos empíricos con el fin de tratar diversos temas sociales, medioambientales y económicos.

Es de gran importancia mencionar las recomendaciones de esta organización ya que son uno de los instrumentos jurídicos más relevantes de esta, sin embargo es importante precisar que "No son jurídicamente vinculantes, pero la práctica les otorga una gran fuerza moral como representación de la voluntad política de los países miembros" (OCDE, 2015). La importancia de ser miembros de la OCDE y cumplir con las buenas prácticas y las recomendaciones dadas por esta organización se convierte en una ventaja para los Estados miembros ya que se vuelven más llamativos como receptos de inversión externa.

Dicha organización ha tenido gran importancia respecto del comercio electrónico, "En 1998, la OCDE y el gobierno de Canadá organizaron de manera conjunta una Conferencia Ministerial sobre Comercio Electrónico en Ottawa, a la que se convocaron líderes de gobiernos nacionales, directores de las principales organizaciones internacionales, líderes de la industria y representantes de los grupos de interés social, laboral y del consumidor, con el fin de debatir el desarrollo del comercio electrónico mundial. Los participantes reconocieron de manera unánime que el comercio electrónico ofrecía una forma radicalmente nueva de realizar transacciones comerciales y podía convertirse en un impulsor mundial del crecimiento y del desarrollo económico. También reconocieron que las empresas tendrían que desempeñar un papel fundamental en el desarrollo y la implementación de soluciones esenciales para el desarrollo del comercio electrónico." (OCDE, 2020, pág. 3) desde entonces, esta organización ha realizado varias iniciativas relativas al comercio electrónico internacional.

La OCDE, promulgó la "Recomendación de 1999" el cual regula las transacciones entre empresas y consumidores pero no entre empresa-empresa. Esta recomendación generó un cambio drástico en la regulación del comercio electrónico ya que fue el primer instrumento internacional que buscó la protección del consumidor. En la segunda parte de esta recomendación establece diferentes principios que serán citados a continuación:

Protección transparente y efectiva: “A los consumidores que participen en el comercio electrónico debe otorgárseles una protección transparente y efectiva que no sea inferior al nivel de protección que se otorga en otras formas de comercio.”

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

Información en línea: “Las empresas que realicen transacciones con los consumidores por medio del comercio electrónico deben proporcionar de manera precisa, clara y fácilmente accesible, información suficiente sobre ellas mismas.”

Procedimiento de confirmación: “Con el fin de evitar ambigüedades sobre la intención de un consumidor de realizar una compra, antes de concluirla, el consumidor debe ser capaz de identificar con precisión los bienes o servicios que desea comprar; de identificar y corregir cualquier error o modificación de la orden de compra; de expresar su consentimiento para realizar la compra de manera deliberada y razonada, así como de conservar un registro completo y preciso de la transacción.”

Pago: “Se deben proporcionar a los consumidores mecanismos de pago seguros y fáciles de usar e información sobre el nivel de seguridad que brinden tales mecanismos.”

En esta recomendación, se reconoce igualmente la necesidad de modificar las regulaciones internas sobre el comer electrónico, específicamente sobre la jurisdicción y leyes aplicables, además, sustenta que se le debe otorgar al consumidor mecanismos alternativos para la solución de conflictos y reparación del daño.

Esta recomendación es de gran importancia al hablar de la regulación internacional ya que además de ser una de los primeros instrumentos internacionales sobre este tema, la cuarta parte de esta menciona la colaboración global, con el cual buscan que los Estados parte, busquen alternativas de protección al consumidor y regulen este tema en su derecho interno.

Respecto de tratados multilaterales, es importante traer a colación la Organización Mundial del Comercio (OMC), es una organización internacional de gran valor, ya que

esta tiene como fin principal reducir los obstáculos del comercio internacional y cooperar con la igualdad en todos los países. Tanta es su relevancia que tiene 16 acuerdos multilaterales en materia comercial en los que son parte todos los Estados miembro de dicha organización. La OMC "ofrece un marco jurídico e institucional para la aplicación y vigencia de esos acuerdos, así como para la solución de las diferencias que puedan surgir de su interpretación y aplicación" (OMC, Organización Mundial del Comercio , s.f)

Respecto del comercio electrónico, en la OMC existe un programa de trabajo donde se examina cuestiones relacionadas con este, este programa fue adoptado por el Consejo General en septiembre de 1998.

A continuación mencionaremos diferentes acuerdos en el marco de la Organización Mundial del Comercio, lo cuales son considerados como tecnológicamente neutrales, lo que quiere decir que son aplicables a transacciones económicas, independientemente de los medios en los cuales se comercialicen, por lo cual, se entiende que son aplicables al comercio electrónico:

El Acuerdo sobre Tecnología de la Información (ATI) se alcanzó el 13 de diciembre de 1996, es el primer acuerdo de liberalización arancelaria, que abarca 81 miembros de la OMC. Como lo dice la OMC: "el ATI exige que cada participante elimine y consolide a un nivel nulo los derechos de aduana aplicados a todos los productos especificados en el Acuerdo. Debido a que las concesiones que figuran en el ATI están incluidas en las listas de concesiones anexas al Acuerdo sobre la OMC de los participantes, la eliminación arancelaria se realiza en régimen de la nación más favorecida (NMF). Esto significa que incluso los países que no son partes en el ATI se pueden beneficiar de las oportunidades de comercio creadas por la eliminación arancelaria en el marco del ATI." (OMC, Organización Munidial del Comercio, s.f)

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), tiene como objetivo principal obtener ventajas de la reducción substancial de los aranceles aduaneros y la eliminación de tratos discriminatorios en materia de comercio internacional. Los acuerdos GATT son vistos como el inicio de la liberalización ya

que busca retirar los aranceles de ciertos productos y así incentivar la comercialización internacional de los mismos.

En 1995 entró en vigor el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Los principales objetivos de este acuerdo son: "liberalizar el comercio de servicios y establecer las normas y disciplinas que lo rijan." (Umaña, 2005). El proceso de liberalización que tenía como objeto dicho acuerdo, consistía en la eliminación de obstáculos comerciales por medio de arreglos entre Estados que garantizaran el acceso a los diferentes productos y servicios del comercio internacional.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), como su propio nombre lo indica, este acuerdo regula la propiedad intelectual y todas sus categorías. El artículo 7 de este acuerdo establece como objetivos "La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones". (ADPIC, 1994, a.7)

Por último, el acuerdo sobre Facilitación del Comercio (AFC) de 2017, establece las medidas para la cooperación entre autoridades aduaneras y diferentes autoridades que tengan relación con el comercio internacional. Además como lo dice la OMC, una de las ventajas de este acuerdo es que "Se estima que la plena aplicación del AFC podría reducir los costos del comercio un 14,3%, en promedio, e impulsar el comercio mundial en 1 billón de dólares anuales, y serían los países más pobres los que más se beneficiarían. Por primera vez en la historia de la OMC, la obligación de aplicar el Acuerdo está directamente vinculada a la capacidad del país para hacerlo" (OMC, Organización Mundial del Comercio , s.f).

Es importante mencionar, que pese a que se han regulado diferentes temas del comercio, como lo evidenciamos con los acuerdos mencionados, hay un vacío legal internacional frente a las prácticas comerciales, concretamente las electrónicas, porque aunque bien estos acuerdos tratan temas sobre tecnología, uso de datos, protección al consumidor, aranceles etc. no hay una regulación sobre algunos temas en específicos,

como la solución de controversias, la seguridad en los pagos, y los mecanismos de protección en las transacciones de comercio electrónico.

Tras mencionar los acuerdos multilaterales más relevantes sobre el comercio electrónico y la importancia de diferentes organizaciones sobre este tema, procederemos a mencionar los tratados regionales concernientes con este y que tienen gran valor en Colombia.

Es preciso traer a colación uno de los órganos internacionales que regula el comercio electrónico en América Latina, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) este es un mecanismo de integración el cual fue creado en 1969 mediante el Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de este año. La importancia que esta comunidad tiene en Colombia es que "Con el proceso de reingeniería del Sistema Andino de Integración (SAI), la nueva visión, los lineamientos estratégicos y priorización de los ámbitos de acción están enfocados en lograr resultados efectivos mediante el fortalecimiento del marco institucional que lo compone, la racionalización de los recursos que aportan los Países Miembros, y la priorización de las áreas de trabajo que aportan efectivamente al proceso de integración andina. (Ministerio de Relaciones Exteriores, s.f.)

Uno de los instrumentos jurídicos que expide la CAN, son las decisiones, las cuales, como lo dice el artículo 2 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina "Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina". Con relación a esto es preciso mencionar que esta ha expedido diferentes normas que buscan la regulación del comercio electrónico y de temas relacionados a este, una de las normas con mayor relevancia es la Decisión 691 del 13 de agosto de 2008, la cual establece el marco normativo sobre el uso de las tecnologías y de la información y de la comunicación.

La Decisión 691 de 2008, menciona la importancia del comercio electrónico y de la regulación de este. El artículo 1 de esta, expone que tiene como objetivo "Establecer un marco normativo común para la producción de estadísticas sobre el uso de las

tecnologías de la información y la comunicación con la finalidad de garantizar la armonización en la recopilación, procesamiento, transmisión y análisis de los principales indicadores en la Comunidad Andina." (Artículo 1). Sin embargo, pese a los esfuerzo por aplicar esta legislación, la CAN sostiene que hace falta avanzar más en esta y solicita a los Estados miembros en tomar medidas internas que permitan este avance. En el año 2020 el secretario general de la Comunidad Andina, Jorge Hernando Pedraza, durante la conferencia "Oportunidades del comercio electrónico", organizada por la Universidad Externado de Colombia, estableció la importancia de fomentar el comercio electrónico para el crecimiento económico de los países miembro, observando este como una estrategia económica.

La Alianza del Pacifico "es un mecanismo de integración económica y comercial, basado en cuatro pilares: libre movilidad de bienes, servicios, capitales y personas y un eje transversal de cooperación." (Colombia C. d., s.f). Está conformada por Colombia, Chile, México y Perú. Entre sus principales objetivos está impulsar el crecimiento y el desarrollo de las economías de los miembros, con el fin de reducir en gran porcentaje la desigualdad socioeconómica. Respecto a Colombia la Ley 1628 de 2013 "por medio de la cual se aprueba el Acuerdo Marco de la Alianza del Pacifico", en el numeral 5.3 se habla que en virtud de la soberanía con la cuenta cada Estado, por medio de la expresión de la voluntad independiente adquiere compromisos internacionales como ente jurídico en el plano internacional. Estableciendo así que los cuatro países latinoamericanos miembros "e comprometen, de manera voluntaria y libre, a cumplir con las obligaciones recíprocas contenidas en el Acuerdo. Adicionalmente, en el caso que nos ocupa es preciso destacar que el Acuerdo Marco no contiene ningún tipo de obligación que implique la cesión de soberanía a un órgano supraestatal sobre materias de política macroeconómica, sectorial ni muchos menos sociales. En este entendido, el Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico preserva las amplias facultades del Estado colombiano para dirigir e intervenir en los asuntos económicos, políticos y sociales, en ejercicio de su poder soberano." (Ley 1628 de 2013)

Uno de los mecanismos más importantes de la AP es el Protocolo Comercial, considerado como un esquema de integración profunda, cuya entrada en vigor fue el primero de mayo de 2016, tiene como objetivo "conformar un área de integración

profunda que impulse un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad de las economías que la integran, mediante la búsqueda progresiva de la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas" (2014). El capítulo 13 de este protocolo hace mención del comercio electrónico, en este dan la definición de comercio por medios electrónicos como: "el comercio realizado a través de telecomunicaciones por sí solo, o en conjunto con otras tecnologías de la información y las comunicaciones". Además el artículo 13.2 habla del ámbito y cobertura en el cual menciona las transacciones electrónicas de mercancías y servicios, incluyendo los productos digitales.

El artículo 13.3 de este protocolo, en las disipaciones generales, nos hablan del reconocimiento económico que ha tenido el comercio electrónico y las oportunidades que este trae consigo, por ello es importante que su marco normativo sea claro, previsible y transparente para de esta manera promover la confianza en el comercio electrónico y que este se facilite. Además, es indispensable que las políticas naciones e internacionales tengan en cuenta el interés de todos los usuarios incluyendo las micro, pequeñas, medianas, empresas, organizaciones no gubernamentales, consumidores e instituciones públicas, garantizando así la seguridad de protección de datos.

El Acuerdo 38 de 2012 suscrito entre la Unión Europea, Colombia y Perú, regulan el comercio electrónico. El título IV habla de "comercio de servicios, establecimiento y comercio electrónico". El numeral 1 del artículo 107 en el final de su inciso, "establece las disposiciones necesarios para la liberalización progresiva del establecimiento y el comercio de servicios para la cooperación en materia de comercio electrónico." Por otra parte, en el artículo 109 de este acuerdo, se habla de la creación de un comité de grupo de trabajo con el fin de, primero, discutir asuntos regulatorios que tengan relación con el comercio electrónico y su servicio y segundo, crear directrices y estrategias para la protección del uso de datos personales. El comité busca recomendar mecanismos para ayudar a las MIPYMES a superar los obstáculos a los cuales se pueden enfrentar con el comercio electrónico en las transacciones.

El artículo 162 del anterior acuerdo menciona los objetivos y principios del comercio electrónico, en los cuales se habla de los estándares internacionales de protección de datos a fin de garantizar la seguridad de los usuarios en el comercio electrónico. Por

otra parte, el artículo 163 menciona los aspectos reglamentarios, en los cuales menciona el reconocimiento de la firma electrónica, la responsabilidad de los proveedores de servicios, el tratamiento de comunicaciones comerciales y la protección de datos personales. Es importante recalcar que el artículo 166 menciona la protección al consumidor y la importancia de mantener la transparencia y la efectividad para la protección de los derechos del consumidor y así evitar las prácticas fraudulentas y engañosas de las transacciones comerciales.

Otro Tratado Internacional que tiene gran importancia sobre el tema es el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Estados Unidos y Colombia, el cual entró en vigor el 15 de mayo de 2012. Este Tratado desarrollo temas como servicios transfronterizos, servicios financieros, telecomunicaciones y comercio electrónico. En cuanto al comercio electrónico, su principal objetivo fue crear ciertas reglas con el fin de crear oportunidades de negocio evitando, la imposición de gravámenes sobre las transacciones electrónicas, esto tiene gran importancia ya que muchos servicios transfronterizos y financieros pueden ejecutarse por medio electrónicos. Además de esto, este TLC permite la distribución de productos digitales, tales como textos, videos e imágenes.

El TLC mencionado otorgó diferentes ventajas como remover, las barreras arancelarias y no arancelarias del comercio de bienes y servicios, eliminó las barreras de acceso en las negociaciones de servicios, acelerando la competitividad y el beneficio para los consumidores, estableció un marco jurídico justo y transparente que promueve la inversión eliminando obstáculos innecesarios.

La regulación internacional mencionada nos permite observar que el comercio electrónico ha sido un tema de gran importancia en los últimos años, respecto del cual diferentes Estados han buscado su regulación tanto nacional como internacional, con el fin de incrementar estas prácticas y otorgar más garantías en este tipo de transacciones comerciales. Sin embargo, se puede identificar la necesidad de una regulación internacional más completa sobre este tema ya que hay lagunas en varios aspectos del comercio electrónico y una de las principales características de este es el carácter transfronterizo, por lo cual es un tema que concierne al derecho internacional a los tratados entre Estados para controlar y asegurar en mayor medida estas prácticas.

Tras mencionar tanto la regulación nacional e internacional e identificar el alcance de estas normas respecto al comercio electrónico, procederemos a enfocarnos en la regulación española, con la cual pretendemos realizar un ejercicio comparativo entre esta regulación y la colombiana para identificar similitudes y diferencias entre ambas.

Capitulo 3. UNA MIRADA A LA REGULACIÓN DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA

REGULACIÓN ESPAÑOLA:

El presente trabajo de grado busca enfocarse en la regulación española, con el fin de realizar una comparación entre esta y Colombia. Esto con la finalidad de identificar posibles lagunas en aspectos del comercio electrónico y analizar si las leyes españolas frente a este tema regulan las transacciones sociales digitales por medio de redes sociales, en específico Instagram. Para lograr este cometido, iniciaremos haciendo referencia a la historia del E-commerce en España y posteriormente mencionaremos y analizaremos las diferentes leyes que lo regulan.

Es preciso resaltar que en este trabajo se ha escogido enfocarse en la regulación española ya que en primer lugar, sirve como parámetro de referencia para nuestro ordenamiento jurídico, en segundo lugar por ser un Estado miembro de la Unión Europea, nos permite visibilizar los estándares multilaterales de un Estado. Por lo cual, iniciaremos con un esbozo legislativo de las leyes internas de España que regulan el comercio electrónico y posteriormente, expondremos diferentes tratados de la Unión Europea que versan sobre este tema, dando una explicación del derecho comunitario en el orden jurídico español.

En España, al igual que la mayoría de países en el mundo, ha sido impactado por la era tecnología, la globalización y la innovación y con todos los asuntos que estas traen, por ejemplo, el comercio electrónico. Aproximadamente, en 1995 algunas páginas web empezaron a incorporar transacciones comerciales y las empresas dieron inicio a las venta de sus productos por medio de internet, “a principios de 2001 se produjo el crac bursátil de las empresas tecnológicas, internet y comercio electrónico que cotizan-cotizaban en el NASDAQ”. (Merino, 2011)En esta década, el comercio digital, empezó a ser más acogido en España, la demanda fue incrementando con el paso del

tiempo ya que las compras se hacían cada vez más seguras y confiables, lo que generaba mayor certeza en las transacciones y por ende, mayor demanda.

Las transacciones de comercio electrónico en España han sido objeto de estudio en diferentes áreas, esto con el fin de obtener un análisis de las transacciones e identificar los posibles riesgos a los que están sometidos estas transacciones y así poder regular de manera completa este tema. En uno de estos estudios identificaron que "la compra *on-line* es la tercera actividad favorita del internauta español. El último dato publicado indica que existen 5.1 millones, es decir, un 51% total de internautas. Viajes, productos de electrónica, ropa, entradas para espectáculos y música han sido los productos más demandados". (Merino, 2011). Sin embargo, pese a estas cifras, los autores de este estudio analizan que en España hay menor demanda, respecto al comercio electrónico, que en otros países, esto debido a diferentes asuntos como: poca venta directa, desconfianza, poco Marketing en España y escases de oferta.

Con el avance de estas transacciones, España ha buscado la regulación de estas con el fin de regular temas como protección de datos personales, protección a la intimidad, y comunicaciones electrónicas, por lo cual, Procederemos a mencionar la normatividad más relevante sobre estos temas.

El 13 de diciembre de 1999 se expidió la Ley Orgánica 15/1999 la cual tiene por objeto: "garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar" (Artículo 1). La denominada LOPD, en su artículo 3 establece diferentes definiciones, mencionaremos algunas de las más importantes para este trabajo:

"Datos de carácter personal: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

Procedimiento de disociación: todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable.

Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen."

Por otra parte, el artículo 5 de la mencionada ley establece el derecho de información en la recogida de datos. Respecto del cual, manifiesta que las personas que soliciten información de datos, "deben ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco" (Art 5).

Es importante mencionar, que el Decreto que 1720 de 2007 "por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal", establece diferentes directrices sobre dicha ley, ya que observa necesidad jurídica de crear un ámbito seguro en la protección de datos, al tratarse de un tema tan sensible como lo son los derechos fundamentales. Mencionar este decreto es de gran importancia ya que tanto este como la Ley 15/1999 establecen el consentimiento como concepto básico en la utilización de datos personales por parte del interesado, estableciendo que este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento siempre y cuando se tenga una justa causa y no tenga efectos retroactivos. Además de esto, exceptúa el consentimiento en algunos casos en los cuales se encuentran limitados por el derecho de oposición, el cual consiste en la negación por parte del usuario a que sean usados su daos personales, cabe resaltar que esta oposición puede darse cuando el consentimiento de este no sea necesario, cuando se trate de ficheros dirigidos a actividades con relación a la publicidad y cuando se trate de una decisión de tratamiento de datos automatizado.

Cabe precisar que la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) es el organismo que debe velar por el total cumplimiento de esta normativa y el cual, puede oponer sanciones en caso de no cumplimiento de la misma ya que esta busca garantizar y proteger el derecho fundamental a la a la protección de datos personales, como lo hale la LOPD.

La Directiva 2000/31/CE del 17 de julio del 2.000, del Parlamento Europeo y del Consejo, tiene como objetivo "contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros" (Artículo 1). Esta directiva tiene relación con los servicios de la sociedad de información y en particular con los aspectos jurídicos relevantes sobre el comercio electrónico en el mercado interior.

Por otra parte, el 11 de julio de 2002 se promulgó la Ley 34/2002 "de servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico" (LSSI). Como lo dice la exposición de motivos de dicha ley, esta "tiene como objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE". Y el artículo 1 de esta menciona que "Es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información", por lo cual se puede identificar la regulación del comercio electrónico.

El anexo de esta ley trae consigo una serie de definiciones importantes para el entendimiento de la misma, unas de las más relevantes son:

"Servicios de la sociedad de la información o servicios: todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario

Consumidor: persona física o jurídica en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

Comunicación comercial: toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional."

Esta ley al regular la Directiva 2000/31/CE tiene relevancia en la regulación del comercio electrónico, por lo cual dispone que se debe garantizar un equilibrio adecuado entre la confianza y la seguridad jurídica, las cuales permiten el desarrollo de este y otros servicios que se pueden dar por vía electrónica. Es claro que esta regulación busca otorgar garantías a las transacciones comerciales que se dan por medios electrónicos y así incentivar las mismas.

Respecto a la protección de datos personales y a la intimidad, el Parlamento Europeo expidió la Directiva 2002/58/CE el 12 de julio de 2002. El artículo 1 de esta menciona que "a presente Directiva armoniza las disposiciones de los Estados miembros necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la Comunidad." (Artículo 1).

Esta Directiva que bien es útil para la protección de datos personales de los usuarios, en el artículo 17 dispone el deber de incorporación a nivel nacional de la misma, este establece que el 31 de octubre de 2003, los Estados miembro, deberán establecer las disposiciones necesarias para el cumplimiento de dicha directiva.

El 3 de noviembre de 2003, se promulgó la Ley 31/2003, "Ley General de Telecomunicaciones". En la exposición de motivos de esta se muestra que tiene como fin transponer diferentes directivas y hace énfasis en "la Directiva 2002/58/CE se traspone en la medida en que afecta a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas". Respecto de las tele comunicaciones, el artículo 3 de la mencionada ley, establece los objetivos y principios de esta, los cuales pueden resumirse en fomentar, promover y garantizar la competencia efectiva de estas, buscando el cumplimiento de las diferentes garantías al usuario y hacer eficaz los recursos limitados de las telecomunicaciones.

Años después, en el 2007 se promulgó la Ley 56/2007, la cual es la Ley "de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información". El preámbulo de esta menciona que "la presente Ley, por una parte, introduce una serie de innovaciones normativas en materia de facturación electrónica y de refuerzo de los derechos de los usuarios y, por otra

parte, acomete las modificaciones necesarias en el ordenamiento jurídico para promover el impulso de la sociedad de la información". Esta ley fijó diferentes medidas de impulso para el uso de facturación y medios electrónicos. El artículo 1 de esta, menciona diferentes medidas como la facturación electrónica en el marco de la contratación en el sector público.

El artículo 5 de la mencionada ley modifica la ley 59/2003 y da nueva redacción al apartado 5 del artículo 3 el cual define documento electrónico como "la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado" (Artículo 5 Ley 56/2007).

Ese mismo año surgió el Decreto legislativo 1/2007 del 16 de noviembre por medio del cual se aprueba la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, de ahora en adelante "TRLGDC" . Este Decreto tiene gran relevancia porque hace énfasis en tres derechos indispensables que tienen los consumidores digitales en las distintas fases de la contratación, estos derechos son:

Primero, el derecho a la información pre-contractual, esta consiste en que toda la información que debe suministrar los empresarios es de especial importancia porque el consumidor tiene que conocer de todos los extremos del negocio antes de contraer alguna relación jurídica, cuando es por medios digitales esta información debe ser mucho más minuciosa tales como las características principales de los bienes o servicios , el precio total, incluidos todos los impuestos y tasas, os procedimientos de pago, entrega y ejecución, o cualquier otra información relevante, esto esta regulado en el artículo 60.

Segundo, es el derecho de desistimiento, lo que busca es que el consumidor tenga la facultad de desistir de su decisión, sin tener que pagar una penalización, sin la necesidad de alegar alguna justificación; no obstante, es necesario realizar la notificación a la contraparte con un plazo legalmente establecido, esto es 14 días contados a partir del día de la posesión material del bien, ya que solo en ese momento se podría verificar si el bien si cumple con las necesidades y gustos, esto está regulado en el artículo 68, 69, 71, 102 y 108 del Decreto.

Tercero, el derecho a la garantía legal de conformidad, este derecho esta regulado en el artículo 115 del Decreto y consiste en que: "Los bienes, los contenidos o servicios digitales que el empresario entregue o suministre al consumidor o usuario se considerarán conformes con el contrato cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o integrados correctamente."

TRLGDC tiene, además, un apartado relevante frente a la clasificación de los tipos de contratos relevantes para el estudio. Veamos.

El primero, es el contrato de suministro de contenido y servicios digitales, este consiste en que el empresario suministra contenido digital al consumidor y este a cambio paga un precio; donde el marco diferenciador es el contenido y el servicio digital que se ofrece, en el artículo 59 bis 1.o nos habla de que se entiende por servicio digital este es: " un servicio que permite al consumidor o usuario crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos". El segundo, es el contrato de compraventa de bienes muebles con elemento digital, este hace referencia a todo bien mueble tangible que incorpore contenido o servicios digitales, donde tenga una conexión, de tal modo que sin está no pueda realizar sus funciones.

TRLGDC habla sobre la protección al consumidor de bienes, contenido y servicios digitales. Para esto se han establecido ciertas obligaciones que deben de cumplir los empresarios, la primera es la entrega o suministro de los bienes, contenidos o servicios digitales en un plazo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato, salvo que se pacte algo distinto, esto esta regulado en el artículo 66 bis. Además, de cumplir con la entrega, el empresario debe cumplir con la conformidad, está se evalúa con la prestación realizada y la prestación estipulada, para ver que si corresponda con lo acordado, existen diferentes requisitos para determinar estos parámetros, estos están regulados en el artículo 115 bis.

"En definitiva, cuando en un bien, contenido o servicio entregado o suministrado no se cumple alguno de estos requisitos subjetivos u objetivos, o adolece de una incorrecta instalación o integración, o entra en colisión con derechos de terceros que impiden o

limitan la utilización del bien, contenido o servicio digital, se está en presencia de un incumplimiento del deber de conformidad y, en consecuencia, se han de aplicar los remedios jurídicos previstos. De modo que forma parte del contenido de la prestación, la obligación de entregar un bien conforme al contrato". (Eduardo Valpuesta Gastaminza, 2021) Es por esto por lo que TRLGDC entra a regular el régimen de las acciones o remedios.

Los remedios que establece el Decreto son los remedios primarios que están establecido en el artículo 119.1 que son la sustitución y la reparación, medidas que serán gratuitas y que se deberán llevar a cabo en un plazo razonable.

Podemos afirmar que los remedios secundarios tienen cabida solamente cuando los primeros fallan. Es decir, son de carácter subsidiario. Para hallar este criterio es necesario revisar minuciosamente el caso en cuestión.

Existe otro tipo de remedios como la posibilidad de suspender el pago de cualquier parte pendiente del bien o de algún servicio digital hasta que la contraparte no cumpla con sus obligaciones (art. 117.1 y 2 TRLGDC), por otro lado, se puede reclamar una indemnización por daños o perjuicios.

Es de gran importancia mencionar que en España se cuenta con una asociación dirigida únicamente al comercio electrónico esta es la Asociación Española de Comercio Electrónico y Marketing Relacional (AECEM), creada en el año 2005. El objetivo principal de esta fue el desarrollo del marketing directo y el comercio electrónico, la cual otorgaba información y documentación e empresas interesadas en el tema. Esta agencia redacto el "El libro blanco del comercio electrónico", junto con el Ministerio de Industria y Comercio y Turismo.

En este libro, entre todo lo relacionado al comercio electrónico, se mencionan diferentes obligaciones legales respecto a las páginas web, en el cual traen a colisión diferentes normas como la Ley Orgánica 14/1999, el Real Decreto Legislativo 1/2007 y la Ley 34/2002, las cuales fueron mencionadas y explicadas anteriormente, además muestran el compromiso con el respeto a la legalidad e incrementan la confianza en los usuarios. A continuación expondremos algunos de las obligaciones legales que

tienen las empresas que hacen uso de páginas Web para las ventas *online* y derechos y deberes que tienen los consumidores para las compras por este medio:

Notificación que se recoja de los clientes y los usuarios, a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), siendo esta un obligación que no genera ningún tipo de costo. Una vez realizada la inscripción, esta agencia enviara un correo postal notificando una resolución con el código de inscripción.

Inclusión de aviso legal en materia de protección de datos si la página web hace uso de formularios para recolectar datos personales. Dicho aviso debe incluir la finalidad de su recogida y los destinatarios de la información, esto en concordancia con el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, reiterando el consentimiento del usuario como requisito mínimo de legalidad.

La prohibición del envío de promociones a correos electrónicos de los usuarios que no lo han autorizado de manera previa y expresa, a excepción de que exista alguna relación contractual previa.

En concordancia con el artículo 10 de la LSSICE, establecen la información mínima necesaria que debe contener una página web, estas son: nombre o denominación social, datos de inscripción en el registro mercantil, número de identificación fiscal, precios, códigos de conducta, en caso de que la actividad esté sujeta a régimen de autorización administrativa se necesita dicha autorización y si ejerce profesión regulada, deberá indicarla.

Según el tipo de página web, existen unas condiciones generales de contratación que se deben cumplir: las características del bien o servicio, los gatos de entrega o transporte, el plazo de vigencia en la oferta, la duración mínima del contrato, las formas de pago y modalidad de entrega, la dirección del establecimiento del empresario (donde pueden presentarse las reclamaciones), la información del servicio de asistencia técnica y las condiciones para la denuncia del contrato.

Respecto a la contratación *on-line*, existen ciertas obligaciones que debe cumplir el empresario durante todo el proceso las cuales son: las condiciones generales del contrato, los medios técnicos que se ponen a disposición del usuario para identificar y corregir errores, los distintos trámites que se deben realizar y las distintas lenguas en

las que se podrá formalizar el contrato. El empresario además de la obligación de la claridad de las condiciones del contrato ante el usuario, también tiene la obligación de confirmar al usuario la recepción de su aceptación, mediante acuse de recibido.

Respecto a la formalización de contratación on line se entiende que hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación, por lo tanto, para que el contrato surta efectos es necesario que el comprador manifieste la aceptación de la oferta y que esta sea conocida por el vendedor.

Es preciso mencionar que: "En cuanto al lugar de los contratos celebrados por vía electrónica, debe tenerse en cuenta que si se realizan entre empresa y consumidor, el lugar de celebración será donde éste tenga su residencia habitual. Si el contrato se formaliza entre empresarios o profesionales y éstos no han pactado nada al respecto, se presumirá celebrado en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios, pero las partes pueden pactar cualquier otro sitio. (AECE, 2011)

Existen limitaciones al derecho de desistimiento, con el cual cuentan los usurarios, estos son: que sean productos personalizados, que sean grabaciones sonoras o de video, contrato de suministro o de prensa diaria y contrato de servicios de apuesta y lotería.

Sobre los productos deteriorados, además de la reparación está la sustitución y estos suspenden el plazo durante el cual el consumidor puede reclamar por el mal funcionamiento del producto, lo que quiere decir que no se justó a las características ofrecidas o que no sirvió. Durante los 6 meses posteriores a la reparación, el vendedor responderá por las fallas del producto ante el consumidor. En caso tal de no lograr la reparación o no llenar las expectativas del comprador se podrá exigir la sustitución del producto. "El plazo de tiempo durante el cual el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten es de dos años desde la entrega, aunque en los productos de segunda mano, el vendedor y el consumidor podrán pactar un plazo menor, que no podrá ser inferior a un año desde la entrega." (AECE, 2011).

Frente al IVA aplicable a los productos de las ventas por medio comercio electrónico es importante mencionar que este será aplicable el del lugar donde este establecida la empresa, salvo, si el volumen de las ventas este entre 35.00 euros a 100.00 euros, según

el Estado miembro tendrá que registrarse a efectos de IVA en ese Estado y aplicar el tipo de IVA que allí este establecido.

Con relación a la regulación española del comercio electrónico, es de gran importancia trae a colación la Unión Europea y los diferentes instrumentos que regulan este tema. Por lo cual, procederemos a mencionar que es la Unión Europea, que relevancia tiene esta en España, y expondremos algunas normas que regulan el tema objeto de estudio, dando una breve explicación del derecho comunitario que es de suma importancia para comprender el proceso de incorporación de estos instrumentos en el derecho interno.

La Unión Europea, como lo menciona el Ministerio de asuntos Exteriores, es una asociación económica y política unida en el mundo, conformada por 28 países. Está constituida por siete instituciones: El Parlamento Europeo, El Consejo Europeo, El Consejo de la Unión Europea, La Comisión Europea, o Colegio de Comisarios, El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, El Tribunal de Cuentas y El Banco Central Europeo.

Es importante mencionar que existe cierta jerarquía en el derecho de la Unión Europea y esta está constituida por Derecho primario que son los tratados y los principios generales, el derecho derivado que es basado en los tratados y el derecho subsidiario que es usado en caso de laguna legislativa. El derecho comunitario primario es la legislación unitaria promulgada por el parlamento de la UE en conjunto con el Consejo de Europa, tiene un efecto de preminencia sobre las normas nacionales, lo que quiere decir que, prevalece sobre el derecho interno de cada país, además cuenta con el principio de aplicación directa lo que significa que los derechos y garantías serán de directa e inmediata aplicación y no se requiere de su ratificación en el derecho interno. Por su lado, el derecho comunitario derivado, son las directivas de la comisión de la UE, que buscan 3 cosas: reglamentación del derecho primario, la armonización de las normas nacionales y la actualización de la regulación. Es preciso resaltar que el ente encargado de hacer valer esta supremacía es el Tribunal de Justicia de la Union Europea, mediante diferentes recursos como lo son el recurso de anulación y el recurso prejudicial, como lo establece los artículos 263 y 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

La Unión Europea al ser uno de los mayores exportadores e importadores y por la gran importancia de esta en el comercio internacional, ha visto la necesidad de establecer lineamientos frente al comercio, esencialmente, del comercio electrónico por el incremento de este en las transacciones comerciales. La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y Consejo del 8 de junio del 2000, "es relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)". Esta directiva tiene como objetivo crear un marco legal que garantice la libre circulación de la información ya que esta observa las comunicaciones como un elemento esencial para financiar los servicios y lograr la gratuidad y variedad de estos. Pese a lo dicho anteriormente, dicha directiva no estableció normas de internacional privado.

El primer acuerdo de la UE respecto al comercio electrónico, fue el Acuerdo de Asociación Económica (AAE) UE-Cariforum, que se firmó en 2008, este es un convenio comercial que está orientado a buscar mecanismos de cooperación que permita que los integrantes realicen sus responsabilidades de manera flexible y gradual, donde el compromiso de las partes se establezca conforme a la protección de la información personal, además para poder publicar y aceptar digitalmente documentos relacionados con el comercio y adoptar medidas para la protección del consumidor en línea.

Otra norma importante de la UE es la Directiva 2019/771, la cual busca reglamentar aspectos de los contratos de compraventa de bienes donde menciona que hoy en día es indispensable por el mercado digital reforzar la seguridad juridica y reducir los costos de transacción, en particular para las (pymes). Por otro lado menciona el comercio electrónico como una potencial arma para el crecimiento económico, la cual necesita un mayor aprovechamiento donde todos sus participantes puedan acceder a este de una manera fácil, donde la compraventa transfronteriza de bienes se facilite, incluyendo el comercio electrónico.

A pesar de que existen altos niveles de protección para el consumidor cuando compra en el extranjero, la fragmentación jurídica afecta de manera negativa en la confianza

de los consumidores a la hora de realizar transacciones debido a que están en incertidumbre los derechos como consumidores.

Lo que busca esta directiva en los países miembros es "comprender normas aplicables a la compraventa de bienes, entre ellos los bienes con elementos digitales, tan solo en relación con los elementos contractuales fundamentales para superar los obstáculos relacionados con el Derecho contractual en el mercado interior. Con este fin, las normas sobre requisitos de conformidad, las medidas correctoras disponibles para los consumidores por falta de conformidad de los bienes con el contrato y las principales modalidades para recurrir a ellas deben estar plenamente armonizadas, y el nivel de protección de los consumidores debe incrementarse con respecto a la Directiva 1999/44/CE. Unas normas totalmente armonizadas respecto de algunos elementos esenciales del Derecho de los contratos con los consumidores facilitarían a las empresas, especialmente a las pymes, ofrecer sus productos en otros Estados miembros. Los consumidores gozarían de un alto nivel de protección y de un mayor bienestar gracias a la plena armonización de las principales normas." (Directiva UE 2019/177 del Parlamento Europeo y del Consejo 20/05/19)

Al concluir con el tercer capítulo de este trabajo de grado, el cual ha estado enfocado en exponer la reglamentación del comercio electrónico en España, se puede identificar una amplia regulación sobre este tema sin importar el porcentaje estadístico de las transacciones comerciales por este medio, ya que como mencionamos en España el 51% de los internautas realizan compras Online lo que hace que este no sea el país con mayor porcentaje de transacciones comerciales electrónicas, esto debido a la poca venta directa y desconfianza de los usuarios.

Tras la legislación mencionada se puede identificar que los temas de mayor relevancia en la regulación española son: (i) protección de datos personales que conlleva a la protección de la intimidad, (ii) el derecho a la información en la recolección de datos, (iii) la libre circulación de la sociedad de la información, (iv) contratación por vía electrónica, (v) las diferentes garantías del usuario y la eficacia de los recursos limitados de las telecomunicaciones, (vi) la innovación normativa en materia de regulación electrónica, (vii) derechos de los consumidores (precontractual y

desistimiento), (viii) remedios con los que cuentan los consumidores (sustitución y reparación) y (ix) las obligaciones legales respecto de las páginas web.

Otro aspecto a resaltar de las conclusiones que se pueden identificar respecto de la regulación española son las dos agencias con las que cuenta dicho país, la Agencia Española de Protección de datos (AEPD) que vela por el cumplimiento de la normativa e impone sanciones, y la Asociación Española de Comercio Electrónico y Marketing Relacional (AECEM) que otorgar información sobre el tema a empresas interesadas. Esto nos llama la atención ya que nos permite identificar la relevancia del comercio electrónico en este país y la intención que se puede notar en España de crear un ordenamiento jurídico completo y a fin con las nuevas prácticas del comercio. Esto se puede inferir que es debido a que España es un país miembro de la Unión Europea, sobre la cual el comercio electrónico ha tenido alto tráfico, esto se puede evidenciar en diferentes leyes citadas anteriormente que tiene como objetivo, integrar directivas de la Unión Europea a su derecho interno.

Dicho lo anterior, se puede concluir que hay un marco jurídico relativamente completo respecto del comercio electrónico y se evidencia la importancia de este tema en este país, sin embargo como lo hemos mencionado durante la extensión de este trabajo de grado, cada vez más surgen cambios en las prácticas comerciales tradicionales, lo que se convierte en un reto para todos los Estados de incluir estas prácticas a sus ordenamientos jurídicos, con el fin de modernizar las legislaciones actuales a las nuevas costumbres.

El próximo capítulo, estará enfocado en realizar una comparación entre la legislación española y la colombiana, con el fin de identificar aspectos tanto en común como discrepantes de ambos, enfocándonos principalmente en la posible regulación de la compra y venta de bienes y servicios por medio de Instagram, de estas leyes, con el fin de analizar si estas compras pueden considerarse como transacciones de comercio electrónico y por ende compartir regulación.

COMPARACIÓN DE REGULACIONES

La segunda parte de capítulo tiene dos finalidades específicas, la primera, realizar una comparación entre la legislación colombiana y la española sobre el comercio electrónico, con la intención de identificar que legislación cuenta con más normativa

y cubre más elementos del comercio electrónico, la segunda, identificar si la regulación de ambos países sobre este tema permite aplicar estas normas a las transacciones comerciales que se dan a través de Instagram, o si por el contrario, hay laguna normativa sobre este tipo de prácticas comerciales.

Este apartado lo desarrollaremos dando en primer lugar la definición del derecho comparado, para así identificar la finalidad que se tiene al realizar este tipo de estudio legislativo, en segundo lugar, expondremos las similitudes y diferencias que se puedan identificar entre las legislaciones antes citadas enfocando en cinco temas centrales que serán: el Habeas Data, la factura electrónica y digital, protección al consumidor, IVA y contrato electrónico. En tercer lugar, expondremos la diferencia legislativa que genera para España pertenecer a la Unión Europea, a diferencia de Colombia. Por último se hará un profundo análisis sobre la regulación de las transacciones comerciales por medio de Instagram, las cuales son entendidas como "social commerce" o comercio social, para determinar si a estas se le aplica la regulación del comercio electrónico o por el contrario, cuentan con normativa propia.

El derecho comparado es una disciplina que coteja las diferencias y semejanzas de diversos sistemas jurídicos, esto con el objetivo de mejorar el sistema de un país en específico ya que permite eliminar lagunas legislativas al tomar como ejemplo a otro país. "la necesidad de estudiar los derechos extranjeros, sobre todo aquellos más próximos al nuestro, es una realidad para la doctrina, si quiere cumplir una función esencial que le está asignada: la de guiar a la jurisprudencia en el desarrollo y el perfeccionamiento del derecho. La recepción de las instituciones legales extranjeras no es cuestión de nacionalidad, sino de utilidad y necesidad. Nadie se molestaría en adquirir una cosa del exterior cuando en casa tiene una igual o de mejor calidad. Siempre que se proponga adoptar una solución de origen extranjero que se repute como mejor; conviene plantearse dos preguntas: primera, si ha resultado satisfactoria en su país de origen, segunda, si funcionara en el país donde se propone su implantación." (desconocido, s.f)

Tras mencionar el significado de derecho comparado y la utilidad que este tiene en los diferentes sistemas jurídicos, procederemos a realizar la comparación legislativa de Colombia y España. Iniciando por cifras estadísticas que permitirán observar e

identificar la importancia y acogida del comercio electrónico en ambos países objeto de estudio.

En Colombia, según un informe de la revista Forbes, "Las ventas online en 2020 en Colombia arrojaron un total de 29 billones de pesos, superando los 22 billones de 2019. (Un incremento del 30,62%). El primer trimestre de 2021 vio un crecimiento del 44,3% en las ventas en línea con respecto al mismo periodo del año anterior (más de 8,5 billones de pesos). El número de transacciones del primer trimestre de este año fue de casi 72 millones, superando en un 5% al último trimestre del año pasado y en un 78,7% con respecto al mismo periodo de 2020, según cifras de la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico" (Staff, 2021). Por otra parte, en España "Se registraron más de 279 millones de transacciones, que generaron 13.661 millones de euros de facturación. Los ingresos del comercio electrónico dentro de España han ascendido un 14,5% interanual hasta los 4.372 millones de euros, con la administración pública, impuestos y seguridad social liderando la facturación dentro de España". (Consulting, 2022)

Exponemos las cifras anteriores, con la finalidad de demostrar la importancia de regular y analizar este fenómeno, ya que se puede identificar el impacto que tiene el comercio electrónico en estos países, y la influencia del mismo en el crecimiento económico comercial de los mismos.

Para iniciar con la comparación de regulaciones, comenzaremos exponiendo las similitudes que identificamos en ambas. Es preciso mencionar que uno de los derechos que se busca proteger y garantizar por medio de la regulación del comercio electrónico es el de la intimidad personal y familiar (Habeas Data), el cual es un derecho inherente al ser humano, que tiene gran relación con el libre desarrollo de la vida privada, y es uno de los cinco temas que trataremos ene esta comparación.

En Colombia, este derecho es protegido constitucionalmente en el artículo 15 de la carta magna, como fue mencionado en el capítulo de la regulación nacional, el cual consagra el denominado Habeas Data. El derecho a la intimidad tanto individual como familiar, ha sido un tema central en diferentes sentencias de la Corte Constitucional las cuales han permitido desarrollar este, la Sentencia 640 de 2010, dice que este es un

derecho fundamental, absoluto y extra patrimonial, además sostiene que "este derecho, que se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la autoconservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo" (Sentencia C 640, 2010).

En España, el derecho a la intimidad personal y familiar, está consagrado en el artículo 18 de la Constitución Española, en este se dice que "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". (Artículo 18 CE) este artículo, tiene un aspecto de gran importancia para este trabajo, y es el numeral 4 del mismo, en el cual se dice que "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Es preciso mencionar que este derecho está consagrado en la sección primera del capítulo II del título I de la CE, en el cual se proclaman los derechos fundamentales, que como bien se sabe gozan de máxima garantía.

A parte de la regulación constitucional del Habeas Data en ambos países, cabe resaltar que han sido desarrollados legislativamente. En Colombia, la Ley 1266 de 2008, dicta las disposiciones generales del Habeas Data, en la cual se expone la importancia de una regulación completa respecto a la recolección, tratamiento y circulación de datos personales y estableció unos principios generales para la administración de datos, como: el principio de veracidad, finalidad, circulación restringida seguridad y confidencialidad. Esto con el fin de otorgar más garantías a los titulares de la información, restringiendo el uso de datos privados a los operadores.

En España, el desarrollo legislativo se ha dado por medio de dos leyes: La Ley Orgánica 1/82 (De Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la propia imagen; y la Ley 15/1999 (De Protección de Datos de Carácter personal). Básicamente, la LO 1/82 establece límites en el ámbito del derecho civil, definiendo en el artículo 7 los casos de intromisión ilegítima que atentan contra la privacidad personal y familiar. "Frente a tales intromisiones, la ley prevé medidas de protección: acción declarativa, acción de cesación y abstención, acción de reparación e indemnización por daños y perjuicios (que se extenderá al daño moral, valorable según las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión producida). Las acciones de

protección caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas (art. 9).” (Cuadrada, 2007).

La Ley 15/1999, también regula este derecho, en esta se establecen diferentes definiciones y principios que permiten la garantía y protección de la intimidad. Uno de los aspectos más relevantes, es que esta determina el consentimiento como elemento principal de la recolección de datos (salvo excepciones). Establece ciertos derechos, entre otros están: la impugnación valorativa, el derecho de acceso, derecho de rectificación y cancelación y derecho a indemnización. El título V determina el movimiento internacional de datos, estableciendo prohibiciones y excepciones a las mismas. El titulo VI menciona la Agencia de Protección de Datos y su función de garantía para el derecho abordado y el título VII establece el régimen sancionador y de responsabilidad civil, sin tener en cuenta conductas delictivas.

Tras mencionar el desarrollo tanto constitucional como legislativo del derecho a la intimidad privada y familiar en los dos países objeto de estudio, se pueden identificar tanto similitudes como diferencias. Aspectos semejantes que se pueden evidenciar de ambas legislaciones son que Este derecho es consagrado como fundamental lo cual le otorga más garantía y relevancia al momento de hablar de su protección. Respecto al desarrollo legislativo observamos que ambas cuentan con definiciones, principios, derechos y deberes que cobijan tanto a los usuarios como a los bancos de datos y recolectores de información, consagrando ambas el consentimiento previo como requisito fundamental de la recolección datos. Cabe aclarar que comparten también el régimen sancionatorio, el cual busca prevenir que los recolectores de datos violen las disposiciones legales y reglamentarias, violando así los derechos de los usuarios.

Los aspectos disimiles que encontramos en las legislaciones en este tema fueron, en primer lugar en España existe en la Ley 15 del 1999 en el titulo V, se menciona el movimiento internacional de datos, en el cual se establece que no se podrán realizar transferencias de información de carácter personal que haya sido objeto de tratamiento o haya sido recogido para someterlo a países desproporcionales en nivel de protección, dejando la evaluación del nivel de protección a cargo de la Agencia de Protección de Datos. Elemento que no se observa en la legislación colombiana y que para el presente

trabajo expone gran relevancia, ya que uno de los aspectos esenciales del comercio electrónico es el carácter transfronterizo de este.

Es esencial resaltar también como la Ley 15 del 1999 con diferencia con la Ley 1266 del 2008, es el derecho a la indemnización que se consagra en el artículo 19 de la LOPD, en el cual se establece como consecuencia de incumplimiento de la ley el derecho a ser indemnizados en caso de sufrir daños o lesiones a sus bienes o derechos. Otra diferencia que se puede observar es que la ley española en el titulo VI constituye la Agencia de Protección de Datos como un ente de derecho publico, con personalidad jurídica y con independencia administrativa que tiene entre sus objetivos velar por el cumplimiento de toda legislación respecto a la protección de datos. Además, del Registro General de Protección de Datos que es un órgano de la mencionada agencia. Aspecto que no se logra visualizar en la regulación colombiana y que puede identificarse como un punto a favor en España, ya que al haber una agencia dedicada únicamente a la protección de datos se le puede otorgar más garantías a los usuarios, lo que permite un incremento en las transacciones ya que existe una confianza en el usuario y una seguridad jurídica a la hora de compartir información personal y familiar.

Respecto de la factura electrónica, se puede afirmar que esta ha traído consigo diferentes beneficios sobre el comercio como, la confianza y facilidad de las transacciones de negocios, la promoción del financiamiento, la eliminación del riesgo de manipulación del documento físico, mayor trazabilidad de las operaciones y mejor gestión de cobro. La importancia de la facturación electrónica ha ido cogiendo fuerza en los últimos años en ambas legislaciones, tanto así se ha trabajado por reglamentar e incentivar el uso de esta en transacciones comerciales.

Tanto el Decreto 2242 del 2015 de Colombia y la Ley 56 de 2007 de España, regulan el tema de la factura electrónica, la única semejanza entre estos instrumentos legislativos es que ambos otorgan la definición de factura electrónica y la entiende como un documento soporte de transacción. Sin embargo, tras analizar ambas normas se evidencia que una diferencia abismal ya que el Decreto 222 cuenta con 19 paginas, en la cual se regula de manera completa la facturación económica, lo que no ocurre con la ley española 56 de 2007.

El decreto antes mencionado trata temas como las condiciones de la expedición de la factura frente a los cuales se establecen formatos y firmas digitales, además se habla de la verificación y el rechazo de las facturas electrónicas en caso tal de no cumplir con los requisitos legales señalados. Un aspecto adicional de este decreto es la habilitación que necesitan todos aquellos que estén obligados a facturar frente a la DIAN. Respecto del comercio exterior, todas las personas que estén obligadas a llevar facturación electrónica, deberá, generar formatos y entregarle al adquirente del exterior en representación gráfica (impreso o digital) la factura electrónica, lo que tiene gran relación con el comercio electrónico.

Al comparar el decreto colombiano con la ley española, se puede observar que esta última tiene ciertas lagunas jurídicas frente a temas muy relevantes de la factura electrónica, sin embargo, identificamos un ante proyecto de ley español "de creación y crecimiento de empresas" que busca hacer obligatorio el uso de la factura electrónica entre las empresas, este fue aprobado por el Consejo de Ministros. La ley consta de 25 artículos que modifican la regulación existente para poder crear la promoción del uso de la factura electrónica en operaciones entre empresas y autónomos, reduciendo así costos de transacción y facilitando la transparencia en el tráfico mercantil, además, busca evitar la morosidad en las operaciones comerciales.

El tercer tema objeto de comparación en este trabajo es la protección al consumidor, sobre este si identifica en Colombia la Ley 1480 de 2011 y en España el Decreto Legislativo 1 de 2007. Es importante mencionar que la protección al consumidor es un tema que ha cogido gran importancia con el paso del tiempo y busca, entre otras cosas, otorgar ciertos remedios al consumidor con el fin de garantizar un mejor funcionamiento en las prácticas comerciales otorgando más seguridad a la hora de realizar compras.

Al analizar ambas normas se pueden identificar tanto semejanzas como diferencias. Iniciaremos mencionando los aspectos equivalentes de ambos. Uno de los más relevantes es que en las dos legislaciones se identifica la existencia de la garantía legal, en Colombia la Ley 1480 de 2011 la consagra en el artículo 7 y en España, en el artículo 115 del Decreto Legislativo1 de 2007. En Colombia esta garantía es definida como: "la obligación, en los términos de esta ley, a cargo de todo productor y/o

proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos" (artículo 7-Ley 1480). En España, esta es determinada como "el derecho a la garantía de conformidad", la cual debe cumplir con requisitos subjetivos y objetivos. "Los bienes, los contenidos o servicios digitales que el empresario entregue o suministre al consumidor o usuario se considerarán conformes con el contrato cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o integrados correctamente." (Artículo 114-DL 1 de 2007).

Sobre esta garantía en ambas legislaciones se establecen razones de exoneración de responsabilidad de la mencionada garantía por ejemplo, en España, en el momento de la celebración del contrato si el consumidor fue informado de manera específica de una determinada característica del bien y la haya aceptado de forma expresa cualquier divergencia; y en Colombia, que el consumidor no haya cumplido con las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento del producto.

Otro aspecto en común es la responsabilidad del proveedor y productor sobre los productos suministrados al consumidor, esta responsabilidad se identifica en Colombia en el artículo 10 de la mencionada ley y en España en el artículo 146 del mencionado decreto legislativo, cabe resaltar que esta responsabilidad se da por el incumplimiento con la obligación de idoneidad y calidad del bien, esto otorga al consumidor la facilidad de realizar reclamos por productos defectuosos de una manera más ágil y sencilla, sin embargo, hay que resaltar que el proveedor, puede ejercer la acción de repetición ante el productor donde debe demostrar que el defecto fue de fábrica.

La reversión del pago es otro aspecto semejante en ambas legislaciones, en Colombia el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011 lo establece con plazo de cinco (5) días hábiles, en España los articulo 21 y 76 lo mencionan y imponen un término de 14 días naturales. Esta reversión puede darse por ciertas razones, en Colombia, Cuando:

- sea objeto de fraude, o corresponda a una operación no solicitada
- el producto adquirido no sea recibido
- el producto entregado no corresponda a lo solicitado
- sea defectuoso.

En España, cuando el producto sea defectuoso o haciendo uso del derecho de desistimiento, regulado en el artículo 68 del DL 1 de 2007, el cual consiste en que el consumidor puede desistir de su decisión de compra sin pagar una penalización y sin la necesidad de alegar una justificación con un plazo de 14 días. En Colombia este derecho es llamado "derecho de retracto", establecido en el articulo 47 de la Ley 1480 del 2011, en el cual se le dan 5 días hábiles al consumidor para ejercer este derecho. Además, hay que resaltar los beneficios de este derecho para el comercio electrónico, ya que genera más confianza al consumidor al saber que tiene la posibilidad de devolver el producto en caso de obtener un artículo que no sea de su agrado.

Sobre las medidas cautelares, las legislaciones objeto de comparación tienen semejanzas y diferencias, En Colombia, el artículo 54 de la ley mencionada le otorga competencia a La Superintendencia de Industria y Comercio de imponer por oficio o a petición de una parte una medida cautelar hasta por 30 días calendario, de bloqueo temporal cuando existan indicios graves de vulneración de derechos a consumidores, mientras se adelanta investigación. En España, por el contrario, el artículo 47 del Decreto Legislativo, permite identificar que existen medidas cautelares, sin embargo estas no están reguladas en dicho decreto, sin embargo, el mismo establece como infracción el incumplimiento de medidas cautelares impuestas por la administración.

Respecto de las acciones jurisdiccionales, el artículo 56 de la ley colombiana establece que las acciones de protección al consumidor son: Las populares y de grupo, Las de responsabilidad por daños por producto defectuoso, definidas en esta ley, que se adelantarán ante la jurisdicción ordinaria y la acción de protección al consumidor. Esta última, en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, el artículo 57 de la esta ley dice que :" En desarrollo de la facultad jurisdiccional atribuida por esta ley, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá conocer de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público." (Artículo 57 Ley 1480 de 2011) por su lado, el Decreto Legislativo 1 de 2007 de España, en el artículo 52 bis. Menciona que a los órganos administrativos de la comunidad autónoma le corresponde la tramitación de todos los

procedimientos sancionatorios a causa de la aplicación de las infracciones, en sus debidos territorios.

Ahora, procederemos a mencionar las diferencias que se pueden observar al momento de analizar ambas normas. En primer lugar mencionaremos aspectos relevantes que tiene la Ley 1480 de 2011 de Colombia que no tiene el Decreto Legislativo 1 de 2007. Una de las características más relevantes de la ley colombiana frente al comercio electrónico, es que esta dedica por completo el artículo 6 a la protección del consumidor de comercio electrónico, en el cual da la definición del mismo en el artículo 49. Por otro lado, el artículo 52 de esta ley tiene un aspecto de gran importancia y que tiene gran impacto que es la protección de niños, niñas y adolescentes en el comercio electrónico y establece que el proveedor debe tomar las medidas necesarias para verificar la edad del consumidor y en caso de que este sea menor se debe dejar la constancia donde los padres dejan la autorización para poder realizar la transacción comercial. La importancia de esto recae en que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección tanto interna como internacionalmente, y se puede identificar un cumplimiento y garantía a las normas constitucionales.

Por otro lado, la garantía suplementaria que se establece en el artículo 13 de la ley colombiana es un plus a la garantía legal ordinaria, la cual busca ampliar y mejorar la cobertura, de una forma gratuita, otorgando así más garantías a los consumidores, cabe resaltar que esta garantía debe constar por escrito y ser aceptada por el consumidor. España, por su lado, no cuenta con esta garantía en el Decreto Legislativo 1 de 2007.

De igual manera, en el Decreto español se pueden identificar características con las cuales no cuenta la ley colombiana, como el contrato de suministro de contenido y servicios digitales establecidos en el artículo 66 bis el cual consiste en que el empresario suministra contenido digital al consumidor y este a cambio, paga un precio. Este contrato otorga mayor seguridad para los españoles ya que está regulado y es un contrato típico, a diferencia de Colombia que puede darse esta modalidad pero siendo un contrato atípico. Otro aspecto que se encuentra en el decreto español es el tema de las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios, en donde se habla del incumplimiento de requisitos, condiciones, obligaciones o prohibiciones que ha establecido España como: el incumplimiento del régimen de garantías y servicios

pos venta, la obstrucción o negativa a suministro de datos o facilitar las funciones e información y el incumplimiento de las normas reguladoras de precios.

El cuarto aspecto que entraremos a comprar es el Impuesto de Valor Agregado (IVA), en Colombia, este es el impuesto que se le cobra a los consumidores al momento de realizar compras de productos, transacciones comerciales, servicios o importaciones, el valor de este impuesto depende completamente de la calidad del producto es decir, gravados, excluidos, exentos o no sometidos. Los gravados, son a los que se les aplica la tarifa del 19% o del 5%; los excluidos, son los que no causan impuesto a las ventas, es decir, gravados con la tarifa del 0%, y los no sometidos, son los que no están catalogados en el régimen del impuesto. Estas tarifas están establecidas en Colombia por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia (DIAN).

En España, este es denominado como el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), es un impuesto indirecto que busca gravar el consumo tanto de servicios como de bienes. El IVA busca fundamentalmente gravar el consumo directo y su finalidad es que el consumidor termine pagando un impuesto sobre el producto o servicio que disfruta. En España existen tres tipos impositivos de IVA: el tipo general, es el que predetermina todos los productos y servicios a nivel general y es del 21%; el tipo reducido, se aplica a los alimentos que no tienen reconocido un porcentaje inferior, así como cultura y ocio, y corresponde al 10%; el IVA superreducido, que se centra en los productos de primera necesidad y es del 4%. Este es establecido por la Agencia Estatal de Administración de Tributos.

Cabe anotar que una de las diferencias entre España y Colombia, es que el primero hace parte de la Unión Europea, por lo cual tiene que integrar las normas de esta en su derecho interno y armonizar ambas. Con respecto al IVA en la Unión Europea, como lo dice Rafael Ruiz: "El IVA es el impuesto más armonizado de la Unión Europea, por el interés que tiene la institución en que haya una tributación equilibrada y segura entre todos sus socios. Con un mercado libre de mercancías, una buena estructura del impuesto puede garantizar la seguridad de que los bienes y servicios tributan allí donde deben y de este modo se está cumpliendo con el mandato contributivo de todos los países" (Garcia, 2020). Además, cabe agregar que todas las empresas establecidas en la UE se le aplicaran a la mayoría de compras el IVA donde el consumidor final la

disfrute, lo que no ocurre con las exportaciones de bienes a países que no son pertenecientes a la UE, en estas transacciones comerciales estos productos son gravados en el país de importación y el exportador no tiene que declarar el IVA.

El quinto tema objeto de comparación es el contrato electrónico. En Colombia, este es un contrato atípico, que no es definido en ningún instrumento normativo, este es entendido como un contrato consensual denominado "contrato entre ausentes", lo que significa que es celebrado sin que las partes estén presentes ya que los contratantes se encuentran en lugares diferentes lo que ocasiona que la oferta y aceptación no se den simultáneamente. Este contrato está regulado en los artículos 824, 845, 851, 852 y 864 del Código de Comercio de Colombia que serán explicados más adelante. Por el contrario, en España este es un contrato típico, definido en el literal h del anexo de la Ley 34 de 2002, como: "todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones". Además, en la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, ajustan el contrato electrónico a los contratos celebrados a distancia que son definidos como los contratos donde el acuerdo de voluntades de las partes producirá efectos siempre que sean expresadas conforme a la ley y no vayan en contra de la misma.

En Colombia, la respuesta a la oferta es entendida como la aceptación, entendida como el acto por medio del cual el destinatario se adhiere a la oferta. Respecto a la oferta, es necesario decir que esta debe cumplir con ciertas con los siguientes requisitos, debe ser positiva, inequívoca, completa y debe contener la intención de que el aceptante quede obligado, en caso de no cumplirse con estos requisitos se podrá entender como una nueva oferta o contra oferta. Por otro lado, existen dos clases de aceptación: expresa o tácita. Respecto de la contratación electrónica se debe saber que no es posible hablar de la aceptación tácita, que es entendida por la vía del silencio. Sobre la aceptación expresa en el marco de este tipo de contratación puede ser por vía oral, videoconferencia, o por correo electrónico, entendido como la vía escrita, esto regulado en el artículo 851 del Código de Comercio.

La aceptación en Colombia debe ser temporánea, como lo establece el artículo 851 del Código de Comercio el cual menciona que cuando se realice la propuesta por escrito

esta deberá ser aceptada o si es el caso, rechazada, en un término de seis (6) días, si el destinatario de la oferta reside en un lugar distinto al termino mencionado se le sumará la distancia, que será calculada como lo indica el articulo 852 según el medio de comunicación empleado por el oferente.

En España el artículo 28 de la Ley 34 de 2002 menciona la obligación de recepción de la aceptación con el envío de acuse de recibido por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, con un plazo de 24 horas siguientes a la recepción de la aceptación, por lo cual se entenderá como recibida la aceptación cuando ambas partes puedan tener constancia de esto. La obligación de confirmación de recepción, tiene excepciones, como en el caso en el que ambos contratantes decidan no hacerla obligatoria o que se haya realizado la contratación por correo electrónico. Una de las diferencias entre ambas legislaciones, es que en España si es aceptado el consentimiento tácito, entendiendo este como una acción tendente a contratar y a aceptar por parte del consumidor, y como fue mencionado anteriormente, en Colombia para contratación electrónica no es permitido este, cabe anotar que en España lo que no es aceptado es el consentimiento implícito.

Otra diferencia sobre el contrato electrónico en ambos ordenamientos es que en España este contrato es identificado como un contratado de adhesión, en el cual hay mínima negociación y en Colombia, como un contrato "entre ausentes".

Ahora bien, tras hacer la comparación entre los cinco temas seleccionados respecto del comercio electrónico, entraremos a mencionar la diferencia que genera el hecho de que España sea Estado miembro de la Unión Europea, ya que como mencionamos en apartados anteriores, esta ha sido una organización que se ha enfocado en regular el comercio electrónico por la importancia que este representa para el comercio en general y por ende para las economías de los Estados miembros.

La gran diferencia que esto ocasiona es que España al ser miembro de la Union Europea, además de entidades nacionales que regulan el tema del comercio, cuenta también con corporaciones creadas por la Unión Europea para que se defina e implementen sus políticas, como la Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnología (DG connect) encargada de la seguridad en internet, la innovación digital y todo lo relativo al mercado único digital; El Organismo de

Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE), encargado de garantizar una aplicación del marco regulador de las comunicaciones electrónicas, donde asiste y asesora a las autoridades nacionales sobre cuestiones técnicas a la comunicación electrónica, sobre preparación de propuestas legislativas, así mismo, establece directrices sobre la aplicación del marco regulador de la UE.

Con lo anterior, se puede identificar que España está sometido no solo a su legislación interna sino también a la regulación de la Unión Europea y al trabajo conjunto de las entidades nacionales e internacionales respecto de diferentes temas, como el comercio electrónico. Además, como se explicó anteriormente, la legislación de la UE hace parte de España por medio del denominado derecho primario, lo que sucede en Colombia pero no frente a una organización sino frente a diferentes tratados que integran el Bloque de Constitucionalidad, sobre los cuales se sabe que tienen fuerza de norma constitucional y por ende, prevalencia sobre la legislación ordinaria.

Capitulo 4
NORMATIVA COLOMBIANA FRENTE A E-COMMERCE

Para desarrollar el último objetivo específico de este trabajo de grado, que es analizar si la normativa colombiana regula de manera suficiente las prácticas comerciales a través de redes o sociales o si es necesario incorporar nuevos elementos normativos, debemos entrar a hablar del denominado comercio social. Cabe resaltar que además de hacer el análisis objeto de nuestro último objetivo, también pretendemos dar respuesta a nuestra pregunta problema y desarrollar el objetivo general, los cuales se basan en analizar si las prácticas comerciales por medio de la red social Instagram, se acomodan a las prácticas descritas en la regulación del comercio electrónico.

En este capítulo, en primer lugar se dará una definición de social commerce, se expondrán sus principales características, sus ventajas y desventajas, para identificar en qué consisten este tipo de prácticas comerciales. En segundo lugar, se identificará la regulación colombiana sobre este tipo de comercio, esto con el fin de analizar las principales normas que lo regulan e identificar posibles vacíos legales. Por último, se entrará a analizar las diferencias y semejanzas de este con el e-commerce, para así

observar si la regulación del comercio electrónico es aplicable a este tipo de prácticas comerciales.

Para nadie es un secreto que uno de los temas centrales del mundo actual son las redes social o "social medial". Las redes sociales se han convertido en objeto de estudio bajo la perspectiva de diferentes materias como la psicología, la sociología, el derecho y como no, la economía, debido al uso e impacto de estas en la vida del ser humano, en las diferentes áreas. En este trabajo, nos dedicaremos única y exclusivamente, a analizar el papel de las redes sociales desde el ámbito legal y comercial.

La RAE define las redes sociales como: "Servicio de la sociedad de la información que ofrece a los usuarios una plataforma de comunicación a través de internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de comunidades con base en criterios comunes y permitiendo la comunicación de sus usuarios, de modo que pueden interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o videos, permitiendo que estas publicaciones sean accesibles de forma inmediata por todos los usuarios." (RAE). Como se puede identificar en esta definición, uno de los fines principales de las redes sociales es permitir la interacción entre usuarios, de manera inmediata y sencilla. Esta inmediatez y facilidad ha hecho que las empresas vean esto como un medio oportuno para ofrecer sus diferentes productos y servicios y a su vez, los consumidores puedan obtener de una manera más sencilla sus productos, razón por la cual las redes sociales se han convertido en un medio publicitario y en un canal de compra y venta de bienes cada vez más usado.

Tanto ha sido el uso de redes sociales como medio publicitario y comercial, que de estas prácticas ha surgido el denominado social commerce o comercio social, el cual es definido como por Huang & Benyoucef: "como una aplicación comercial basada en internet que aprovecha las redes sociales y las tecnologías web 2.0, las cuales admiten la interacción social y el contenido generado por el usuario para ayudar a los consumidores en su toma de decisiones y la adquisición de productos y servicios en comunidades en línea." (Bonilla, 2020).

El comercio social trae una serie de características principales, están son: primero la versatilidad que ofrece, ya que puede ser implementado por marcas que estén en el mercado online como también aquellas que tienen establecimientos comerciales, esto

no implica una limitación, antes es una característica de expansión comercial; lo segundo es la conectividad social que brinda donde por medio de distintas técnicas sociales como las menciones, los hashtags, los influencers y las publicidades puedes llegar a ofertar productos y llegar a un publico objetivo; esto nos lleva a la tercera característica del comercio social, la cual es la posibilidad de segmentar la audiencia a la que queremos llegar por medio de diversos filtros como la edad, género, la zona geografía o la profesión, logrando así ejecutar proyectos del comercio. Por ultimo, una cuarta característica del comercio social es el alcance masivo, esto sucede ya que las redes sociales son plataformas que tienen un alcance global, lo que implica que todo tipo de información o publicidad tiene una alta probabilidad de llegar a cualquier parte del mundo, esto bajo ningún costo o un costo muy mínimo.

Todas estas características hacen que el comercio social tenga muchas ventajas en la actualidad. La generación de confianza es una de estas, esto porque se mantiene una mayor interactividad con el cliente, una comunicación contante y directa, donde el consumidor puede preguntar por medio de mensajes directos o comentarios en las publicaciones, quejas o sugerencias y estas serán resueltas casi que de manera inmediata, donde se ofrece no solo un entorno de confianza, sino también un servicio de atención al cliente por la agilidad e inmediatez que ofrece el sistema, donde no se entorpece por la necesidad del cliente de seguir ciertos pasos para contactarse con la empresa o servicio de atención para solucionar los inconvenientes.

Otra ventaja que trae el comercio social es la posibilidad del incremento del *engagement* de la audiencia, es decir el "compromiso" de los usuarios frente a la marca creando relaciones solidas y duraderas, lo que significa que el comercio social nos permite fidelizar clientes, pero para esto es necesario no solo el buen servicio mencionado anteriormente, sino estar acompañado de un buen equipo de mercadeo que permita que los cliente interactúen con el contenido de la red social y de alguna manera se antojen de los bienes o servicios que se buscan ofrecer.

Así como el comercio social tiene ciertas ventajas para las empresas y los consumidores, esté también tiene ciertas desventajas en la industria del comercio. Según "la encuesta de Rapyd destacó que el 62% de los encuestados manifestó que prefieren comprar bienes o productos de alto valor por e-commerce y no por las redes

sociales. Asimismo, entre los temores o barreras que identifican los colombianos encuestados sobresalen: que el comerciante resulte un estafador (67%), la seguridad de sus datos (53%), el no estar seguro de la calidad del producto (50%) y la seguridad del pago (46%). Es de anotar que las compras en este tipo de redes sociales, según los encuestados están asociadas a compras más impulsivas y de productos más económicos". (PORTAFOLIO, 2021)

Es por esto que después de analizar las ventajas y desventajas del comercio social, es importante destacar que los contratos comerciales o los negocios juridicos que se realizan por estas plataformas necesitan de una regulación especial, ya que son supuestos de hecho muy distintos a los del e-commerce donde el consumidor esta en una posición muy distinta y donde sus garantías si no son bien establecidas se pueden ver vulneradas.

Es por esto que vamos a entrar a analizar que normativa hay en Colombia que regule el comercio social y que entidades están encargadas de establecer las obligaciones y deberes de los comerciantes, empresas, influenciadores y todos los sujetos que se mueven alrededor de estas plataformas. El inicio de esta regulación puede identificarse, indirectamente, con el Código de Autorregulación Publicitaria, promulgado el 24 de octubre de 1980, en este código se comienza a hablar de la libre competencia y de la publicidad leal, transparente y honesta. Al artículo 1 de este, sobre su naturaleza, menciona que: "es una disposición deontológica, derivada de la voluntad privada del sector publicitario, que establece las normas y los estándares éticos que deben ser observados por los mensajes comerciales, así como las responsabilidades y consecuencias por su incumplimiento" (Artículo 1). Además, el articulo 6 otorga una serie de definiciones, a continuación expondremos dos de ellas que consideramos pertinentes para el desarrollo de este trabajo:

"Medio de comunicación: Es el instrumento o vehículo a través del cual se difunden o se hacen llegar al consumidor los mensajes comerciales, tales como prensa, televisión, radio, fax, teléfono, publicidad exterior, películas, medios digitales.

Medios digitales interactivos: Se refiere a cualquier plataforma, servicio o función que permita la comunicación electrónica vía internet o redes de comunicación electrónica. Incluye los servicios electrónicos a través de teléfonos celulares, los blogs, las revistas

virtuales, las versiones digitales y audiovisuales de los medios impresos, páginas web de divulgación y difusión artística, emisoras de radio virtuales, entre otros, asistencia digital personal y consolas de juegos interactivos que permiten a la parte receptora interactuar con la plataforma, servicio o función."

Este código evidenció la necesidad de establecer normas éticas que regularan las prácticas comerciales, el funcionamiento de la economía, la relación entre empresa y consumidor y todo lo relacionado con la publicidad. Por lo cual, en 1981 se expidió la Ley 73, faculta al Gobierno Nacional para expedir normas sobre protección al consumidor y limitaciones a la publicidad, con el fin de evitar conflictos entre productores, proveedores y consumidores.

La Constitución de 1991, también estableció la importancia la regulación económica, precisamente sobre la protección a los consumidores, el artículo 76 de esta menciona que: "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". Con lo cual se puede identificar la importancia del consumidor en el ordenamiento jurídico colombiano.

Es por esto que años más tarde fue expedido el Estatuto del Consumidor, como ya se explico anteriormente en el capítulos de la regulación nacional, el Estatuto del Consumidor esta regulado en la ley 1480 del 2011 y esté busca proteger los derechos de los consumidores y establecer deberes y obligaciones para todo los comerciantes.

Esta ley tiene gran importancia ya que establece en el artículo 5 ciertas definiciones que resultan importantes para el comercio social, las cuales serán citadas a continuación:

1. "Publicidad: Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo.

2. Publicidad engañosa: Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión.

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

4. Ventas a distancia: Son las realizadas sin que el consumidor tenga contacto directo con el producto que adquiere, que se dan por medios, tales como correo, teléfono, catálogo o vía comercio electrónico.

5. Promociones y ofertas: Ofrecimiento temporal de productos en condiciones especiales favorables o de manera gratuita como incentivo para el consumidor. Se tendrá también por promoción, el ofrecimiento de productos con un contenido adicional a la presentación habitual, en forma gratuita o a precio reducido, así como el que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, tales como rifas, sorteos, concursos y otros similares, en dinero, en especie o con acumulación de puntos.

6. Proveedor o expendedor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro".

Cabe resaltar que la publicidad bajo la óptica del comercio social es uno de los elementos que más se debe evaluar, ya que por medio de las redes sociales en específicos Instagram la compra y venta de bienes y servicios se da a razón de la publicidad que hacen los usuarios sobre estos.

La Ley 1480 regula en materia de los deberes especiales que tienen el productos y el proveedor, mismos que son de gran relevancia cuando las ventas sean a distancia o se utilicen medios no tradicionales, estos están regulados en el articulo 46 de dicha ley, lo cuales son: (i) asegurarse de que la entrega del bien o servicio se haya relazado en la dirección otorgada por el consumidor y que se tenga plena seguridad de la identificación del mismo, (ii) deben permitir que el consumidor realice reclamaciones i/o devoluciones en los mismos términos y medios de la negociación inicial, (iii)

otorgar información al consumidor sobre el asiento de su transacción y la identidad tanto del proveedor como del productor, (iv) informar al momento de la adquisición, la disponibilidad del producto, el derecho de retracto y su término, el plazo de duración de condiciones y el tiempo de entrega.

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) "es la autoridad nacional de protección de la competencia, los datos personales y la metrología legal, protege los derechos de los consumidores y administra el Sistema Nacional de Propiedad Industrial, a través del ejercicio de sus funciones administrativas y jurisdiccionales" (Comercio, S.F). El Decreto 4886 del 2011 modifica la estructura de esta entidad y determina las funciones de sus diferentes dependencias. En concordancia con articulo 1 de este decreto, la SIC creo una guía con un enfoque propositivo y preventivo, con finalidad de proteger a los consumidores en la publicidad que se haga a través de redes sociales o plataformas digitales por medio de influenciadores. Esto debido al auge de las tecnologías y al cambio de las tendencias y creaciones de nuevos canales de comunicación, está es denominada como la Guía de Buenas Prácticas en la Publicidad a través de Influenciadores y fue creada en el 2020 por la Delegatura para la Protección del Consumidor.

Esta guía reitera la importancia de la Ley 1480 del 2011 para la protección de los consumidores, ya que esta identifica la protección de esté en entornos en publicidad tradicional cómo digital, y son aplicables a todas las relaciones de consumo y sus regulaciones. Adicionalmente, el Estatuto del Consumidor, faculta a la SIC para imponer las sanciones que están establecidas en el articulo 61, donde el valor de la multa puede ser hasta por 2.000 salario mínimos legales mensuales vigentes.

Una definición importante que da esta guía es la de la relación comercial del anunciante e influenciador, la cual dice que se entiende que hay relación o vinculo comercial, ya sea expreso o tácito, entre estos dos sujetos cuando a cambio de la generación de contenido, bajo el control del anunciante, esté realiza algún tipo de pago al influenciador

El apartado quinto de esta guía da las recomendaciones para realizar la publicidad a través de influenciadores, en el cual se dan recomendaciones tanto para los anunciantes como para loa influencers.

Para los anunciantes se dan cinco recomendaciones, estas son:

- Identificar y conocer las normas generales y especiales de los productos que se comercializan y otorgar esta información a quienes presten servicios publicitarios.
- Verificar que los mensajes comerciales que sean emitidos en su nombre sean identificados inequívocamente como publicidad.
- Exigir que el influenciador informe al consumidor el vínculo comercial existente.
- Implementar políticas de transparencia en las actividades publicitarias.
- Difundir la Guía de las Buenas Prácticas en la publicidad a través de influenciadores.

Por otro lado, las recomendaciones que da esta guía para los influenciadores son:

- Identificar la existencia de una relación comercial con el anunciante.
- Exigir al anunciante los lineamientos para identificar el mensaje como publicidad.
- Abstenerse de realizar publicidad cuando el anunciante le pida ocultar la naturaleza comercial del mensaje.
- Evitar la confusión entre mensajes publicitarios y mensajes naturales o espontáneos.

Mencionamos esta guía, ya que la publicidad en las redes sociales, en específico en Instagram por medio de los influenciadores o también conocidos como *instagramers*, es de gran importancia al momento de hablar del comercio social ya que como lo manifiesta su nombre estos generan una influencia en los demás usuarios o denominados seguidores al momento de tomar decisiones comerciales, los influencers en redes sociales se han convertido en una herramienta eficaz para la promoción de bienes y servicios, por lo cual ampliar la regulación sobre la publicidad que estos hacen permite indirectamente regular el comercio social y otorga más garantías a los consumidores de este tipo de comercio. Además, en esta guía se puede ver reflejado el artículo 78 de la Constitución Política que consagra la protección de los derechos, como un derecho colectivo y establece el contenido de defensa de dicho bien jurídico tutelado.

“Es importante señalar que, no es de interés estigmatizar la actividad de los influencers y, mucho menos, la labor del marketing digital que se presenta como una herramienta atractiva de expansión de los negocios; esta tiene innumerables ventajas al extender la oferta de bienes y servicios a infinidad de clientes en distintas ubicaciones geográficas, con extrema rapidez, brindando la posibilidad de mejorar la competitividad. Por el contrario, se procura fomentar un espacio de reflexión respecto de la necesidad de implementar un marco legal apropiado que garantice la libertad de expresión, la libertad empresarial y libre competencia bajo un ambiente de transparencia, seguridad y confianza para los consumidores, que les permita interactuar en las redes sociales, en las que se proteja sus derechos de manera real y efectiva”. (Ardila, S.F)

El tercer punto a tratar en este último capítulo es la identificación de las diferencias entre el comercio social y el e-commerce. Como se evidencia al dar las definiciones, ambas usan plataformas diferentes para llegar al consumidor, el e-commerce usa el internet como fuente principal, a diferencia del comercio social que usa redes sociales para promocionar y vender sus productos y servicios. Traemos a colisión nuevamente la definición dada por la OCDE sobre el comercio digital “la venta o compra de bienes o servicios que se realiza a través de redes informáticas con métodos específicamente diseñados para recibir o colocar pedidos. Por consiguiente, para determinar si una transacción comercial se puede considerar como comercio electrónico se toma en cuenta el método de pedido y no las características del producto que se adquiere, las partes implicadas, el método de pago o el canal de entrega”. (pág 18-129)

Esto con el fin de aclarar que se puede entender por comercio electrónico únicamente los pedidos que se realizan por métodos diseñados exclusivamente para recibir o realizar pedidos. Como lo dice la OCDE “Esta limitación también excluye los pedidos que se transmiten a través de servicios de mensajes cortos (SMS) no automáticos o servicios de mensajería instantánea en línea y redes sociales”. (pág. 20) Esta Organización observa la compra y venta de bienes y servicios por medio de redes sociales como métodos de económica informal, ya que como bien sabemos, estas no tienen como fin especifico recibir o realizar pedidos.

Cabe aclarar que la OCDE no pierde de vista aquellas plantillas creadas por algunas redes sociales como la opción “tienda” de Instagram que permite las transacciones

comerciales, utilizando las redes sociales como un medio para estas. Sin embargo al entrar a analizar el comercio social se puede entender que estas plantillas no son comercio digital. Además, El Centro de Comercio Internacional (ITC), observa las redes sociales y las plataformas en líneas como posibilitadores importantes del comercio electrónico

Otra diferencia entre estos tipos de comercio, radica en que las páginas web del e-commerce hablan de visitantes y se enfocan en la oferta de un producto, por el contrario, en el social commerce se habla de cliente y se permite una mayor interaccion con la marca. En el social commerce se da mayor importancia a los datos de carácter cualitativo, ya que se estudian los perfiles de los consumidores, sus hábitos de compra, sus canales comerciales más usados, etc. En el *e-commerce* se recaudan datos cuantitativos como el número de ventas, el tiempo que transcurre el cliente indagando el producto, el número de visitas, etc. El e-commerce hace uso de tácticas tradicionales ya que ofrece un único catalogo a todos los usuarios, lo que no sucede en el social commerce, ya que este apuesta por un servicio más individualizado enfocado en cada usuario. Estas diferencias nos permiten ver que además de que usan medios diferentes, el consumidor juega un papel distinto en ambos escenarios, es por esto que se puede evidenciar el incremento del comercio social en los últimos tiempos.

Por otra parte, observando el comercio social desde la óptica colombiana y su regulación, se puede identificar que el comercio social a diferencia del e-commerce es un tipo de comercio que aun presenta una gran laguna normativa y jurisprudencial, ya que hay muchos asuntos de este tipo de comercio que no son regulados, lo que perjudica estas transacciones comerciales por la falta de confianza que puede tener el consumidor por no tener respaldados sus derechos y garantías.

Respecto a las redes sociales y a las transacciones comerciales que se pueden dar a través de esta, hay muchos aspectos que deben ser analizados y regulados, como el tema de sorteos, concursos, derecho de retracto, devoluciones de dinero, formas de pago, garantías, falta de información, responsabilidad contractual, entre otros que pueden prestarse para el fraude a los consumidores y para que estas transacciones quedes desprotegidas. Esto sin dejar constancia del importante papel que juega la Ley 1480 del 2011 frente a este tipo de comercio, ya que como hemos reiterado a lo largo

de este trabajo esta ley protege al consumidor en cualquier negocio jurídico en el que se encuentre involucrado, protegiéndolo de manera general, pero aun así dejando vacíos legislativos y ausencia de garantías frente a estas transacciones que aún no han sido completamente reguladas, dejando al albedrio el comportamiento de productores y proveedores de Instagram.

Considerando que la Ley 1480 del 2011 entraría a regular de manera subsidiaria, debido al vacío legal, con base en el capítulo V que regula las ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia concordamos que Instagram hace parte de esta categoría, por consiguiente esta normativa mencionada le es aplicable, basándonos en el inciso 3 del artículo 4 en el cual dice: " las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá a favor del consumidor".

CONCLUSIONES

Tras culminar el cuarto capítulo de este trabajo de grado, expondremos cuatro conclusiones principales que identificamos a lo largo de este, sobre comercio electrónico, comercio social y la regulación legal de ambos tipos tanto en el ámbito nacional como internacional. La primera conclusión estará enfocada en la diferencia entre comercio social y comercio electrónico; la segunda en la importancia de la Ley 1480 de 2011 y la Ley de Tratamiento de Datos, las cuales identificamos como leyes principales al momento de hablar de este tipo de transacciones comerciales en Colombia; la tercera en la diferencia de regulación entre España y Colombia, haciendo énfasis en la importancia de la Unión Europea en el derecho español, por último, la cuarta conclusión estará enfocada en la importancia de estos tipos de comercio en la regulación tanto nacional como internacional y la necesidad o no de llenar el vacío legal existente.

En primer lugar, y como se expuso en último capítulo de este trabajo, se puede concluir que el comercio social y el comercio electrónico son dos tipos de comercio diferentes, sobre los cuales se identifican múltiples diferencias, como los medios que usan los

consumidores para llegar a los productos lo que se presta para que aquellos consumidores del S-commerce tengan una mayor interacción con el productor o proveedor, teniendo un contacto directo por medio de la plataforma digital denominada, Instagram. Además, las plataformas que se usan en el E-commerce son diseñadas exclusivamente para este tipo de transacciones, es decir, realizar o recibir pedidos, a diferencia de las redes sociales, que no tienen esto como único ni principal fin.

Pese a las diferencias mencionadas, se puede identificar un vacío legal frente a las transacciones del social commerce, al ser un tipo de comercio relativamente novedoso para los ordenamientos jurídicos, sobre el cual no solo se debe entrar a regular estas prácticas comerciales sino también temas como la publicidad por medio de *instagramers*, concursos, publicidad engañosa, *likes*, etc, porque a pesar de la existencia de la Guía de las Buenas Prácticas creada por la Superintendencia de Industria y Comercio, esta no resulta vinculante. sin embargo, consideramos que al tener similitudes entre estos dos tipos de comercio como: ser transacciones comerciales no tradicionales, a distancia, donde la oferta y aceptación se dan en momentos y a veces, en lugares distintos, donde se habla de medios de pagos por medio de tarjetas de crédito y/o PSE, en las cuales se encuentran catálogos virtuales, transacciones sobre las cuales se puede observar la ventaja que tiene el productor o proveedor debido a que el consumidor no tiene un contacto directo con el producto y/o servicio y en las cuales se observa un consumidor, al cual se le deben otorgar garantías legales, se les puede aplicar una regulación similar al existir un vacío legal como el identificado.

En segundo lugar, y en relación al párrafo anterior se puede concluir que la Ley 1480 de 2011, que tiene como objeto: "proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos" (artículo 1 ley 1480 de 2011) es fundamental al momento de hablar tanto de comercio electrónico como de comercio social, al ser una ley que le otorga garantías al consumidor en general de cualquier transacción comercial y la cual regula negocios jurídicos no tradicionales y a distancia, que como mencionamos anteriormente, son aspectos en común de ambos tipos de comercio.

Esta ley, al establecer los deberes de los productores y proveedores cuando las ventas son a distancia o se utilizan medios no tradicionales en el artículo 46, obliga de igual manera a los comerciantes de comercio electrónico y social y por ende, le da más garantías y seguridad a los consumidores, lo que permite que estas prácticas vayan aumentando de manera significativa al ser la confianza del consumidor un aspecto relevante a la hora de consumir un producto.

Además, la importancia de esta ley frente a este tipo de transacciones también recae en la regulación de la Superintendencia de Industria y Comercio y la facultad que la ley le otorga a esta entidad en el artículo 61 de la misma, ya que esta es la autoridad nacional de protección de la competencia donde protege los derechos de los consumidores.

Por otro lado, la Ley de Datos Personales, es decir La Ley 1581 del 2012 a pesar de ser una ley muy general que surgió hace mucho tiempo es una ley que reconoce y protege los derechos que tienen todas las personas a rectificar, conocer, actualizar y autorizar el uso de la información de este en cualquier plataforma digital o sitio web, lo que significa que las redes sociales también las cobija todas estas obligaciones de tener que cumplir a cabalidad con las obligaciones mínimas del respeto de la información de los datos de sus consumidores y/o clientes, so pena de tener responsabilidades.

En tercer lugar, frente a la regulación del comercio electrónico en España y en Colombia, se puede concluir que ambas legislaciones comparten derechos y garantías similares como: la garantía legal, la exoneración de responsabilidad de la garantía legal, la responsabilidades de productores y proveedores frente a los productos suministrados al consumidor, la reversión del pago, el derecho de retracto, las medidas cautelares cuando existan indicios graves de vulneración de derechos, las acciones jurisdiccionales como medidas de protección del consumidor, etc.

Además de las similitudes y diferencias que se pueden encontrar en ambas legislaciones, se puede concluir que ambas han entrado a regular el e-commerce y que han evidenciado la importancia de este tipo de transacciones en el crecimiento económico de cada país, y han tenido en cuenta la regulación internacional en su derecho interno.

Sin embargo, una de las conclusiones más relevantes que se pueden identificar frente al tema regulatorio de estos tipos de transacciones, es que España tiene una normativa más extensa y completa debido a que hace parte de la Unión Europea y esta ha expedido diferentes directivas, circulares y decretos legislativos que le son vinculantes en su derecho interno por medio del denominado derecho comunitario primario, el cual tiene un efecto de primacía sobre las normas nacionales. Razón por la cual, la importancia que le ha otorgado la UE al comercio electrónico vincula de manera directa a España y permite ampliar su regulación y por ende, las garantías que otorgan al consumidor.

En cuarto y último lugar, pese a la importancia de estos tipos de comercio tanto en el ámbito nacional como internacional y la necesidad de una regulación completa frente a estos temas se puede concluir, que aún existe un vacío legislativo frente a estas prácticas comerciales, especialmente sobre el comer social, ya que no se observa un regulación directa frente a este lo que puede ocasionar que se le vulneren los derechos y garantías a aquellos consumidores que realizan compras por medio de redes social, en específico de Instagram.

Además, este tipo de transacciones cada vez es más común y es un medio que por su facilidad y rapidez va cogiendo poco a poco más fuerza en el comercio. Agregando a la importancia de una regulación completa del social commerce, la trascendencia de regular todas los escenarios negativos que se le pueden crear al consumidor, como fraude, publicidad engañosa, falta de información, entrega tardía o defectuosa del producto y las falsas expectativas y publicaciones que pueden generar los influencers sobre los consumidores, en las cuales se puede observar la falta de transparencia en la publicidad generada por dichos medios.

Pese a que es evidente que es una necesidad jurídica la regulación sobre el *socialcommerce*, consideramos que podría ser contraproducente si el órgano legislativo entra a regularlo de una manera rigurosa, ya que la compra y venta por medio de Instagram es comúnmente utilizada por micro empresas que hacen uso de esta herramienta para su propio crecimiento económico y al entrar a regularlo puede que las micro empresas lo eviten ya que eso puede incrementar los costos, sin embargo eso no quita que sea un escenario de no responsabilidades, ya que existe un mínimo de

custodia como lo mencionamos anteriormente el Estatuto del Consumidor y la Ley de Datos Personales, donde todos los usuarios verán protegidos derechos como la intimidad personal y familiar, el uso y autorización de datos personales y los derechos comunes a los consumidores.

Uno de los aspectos más importantes que debe ser regulado frente a este tipo de transacciones por medio de redes sociales, es la protección a niños, niñas y adolescentes que como bien se sabe son sujetos de protección especial tanto en el derecho interno como internacional, ya que en estas redes sociales no se puede verificar por medio de filtros legales y reales la edad de los usuarios y por ende, el consumidor en estas transacciones puede ser fácilmente un menor de edad.

PRECISIONES LEGALES

A continuación se hará, en pos de esclarecer al lector de este trabajo, un inventario normativo que incluirá todas las leyes y decretos de la legislación colombiana aquí tratados, esto con el fin de poder rastrear el avance legal que la temática ha tenido en Colombia.

Leyes

- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. 20 de diciembre de 1995. DO No. 42.156.
- Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. 15 de marzo de 1996. DO No. 42.745.
- La Ley 527 de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. 18 de agosto de 1999. DO No. 43.673
- Ley 633 de 2000. Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial. 29 de diciembre de 2000. DO No. 44.275
- Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. 16 de julio de 2007. DO No. 46.691

- Ley 1266 de 2008. Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones. 31 de diciembre de 2008. DO No. 47.219
- Ley 1273 de 2009. Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado - denominado "de la protección de la información y de los datos"- y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones. 5 de enero de 2009. DO No. 47.223
- Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. 12 de octubre de 2011. DO No. 48.220
- Ley 1581 de 2012. Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. 18 de octubre de 2012. DO No. 48.587
- Ley 1955 de 2019. Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. 25 de mayo 2019. DO No. 50.964
- Ley 2157 de 2021. Por medio de la cual se modifica y adiciona la ley estatutaria 1266 de 2008, y se dictan disposiciones generales del habeas data con relación a la información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones. 29 de octubre de 2021.

Decretos

- Decreto 1727 de 2009. Por el cual se determina la forma en la cual los operadores de los bancos de datos de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países, deben presentar la información de los titulares de la información. 15de mayo de 2009.
- Decreto 2952 de 2010. Por el cual se reglamentan los artículos 12 y 13 de la Ley 1266 de 2008. 6 de agosto de 2010.
- Decreto 2364 de 2012. Por medio del cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones. 22 de noviembre de 2012.
- Decreto 2242 de 2015. Por el cual se reglamentan las condiciones de expedición e interoperabilidad de la factura electrónica con fines de masificación y control fiscal. 24 de noviembre de 2015.
- Decreto 1078 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 26 de mayo de 2015.
- Decreto 1008 de 2018. Por el cual se establecen los lineamientos generales de la política de Gobierno Digital y se subroga el capítulo 1 del título 9 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1078 de 2015, Decreto Único Reglamentario del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 14 de junio de 2018.

BIBLIOGRAFÍA

AECE, A. E. (2011). Libro Blanco del Comercio Electrónico. Madrid.

Asturias Corporación Universitaria. (s.f.). Modelos B2C.

Constitución Política de Colombia. Artículos: 15,20, 330. Julio 7 de 1991 (Colombia)

Congreso de la República (1995), Ley 222 de 1995, 1995.

Congreso de la República (1996), Ley 270 de 1996.

Congreso de la República (1999), Ley 527 de 1999.

Congreso de la República (2007), Ley 1150 de 2007.

Congreso de la República (2008), Ley 1266 de 2008.

Congreso de la República (2009), Ley 1273 de 2009.

Congreso de la República (2011), Ley 1480 de 2011.

Congreso de la República (2012), Ley 1581 de 2012.

Congreso de la República (2019), Ley 1955 de 2019.

Congreso de la República (2021), Ley 2157 de 2021.

CNUDMI. (s.f). Naciones Unidas. Obtenido de Naciones Unidas : https://uncitral.un.org/es

Colombia, C. d. (s.f). Cancilleria de Colombia. Obtenido de Cancilleria de Colombia: https://www.cancilleria.gov.co/international/consensus/pacific-alliance

Colombia, C. d. (s.f). Cancillería de Colombia. Obtenido de Cancillería de Colombia: https://www.cancilleria.gov.co/international/regional/can

Cuellar, E. F.-D. (2019). Evolución del comercio electrónico en Colombia en la última década. Bogotá: Universidad de La Salle.

Eduardo Valpuesta Gastaminza, J. C. (2021). Tratado de Derecho Digital. España: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Espinoza, R. (2020). Roberto Espinoza. Obtenido de Roberto Espinoza: https://robertoespinosa.es/2020/04/13/comercio-electronico/)

Guerra, D. H.-J. (s.f.). COMERCIO ELECTRÓNICO .

Herrera, H. H. (9 febrero 2012). LAS REDES SOCIALES: UNA NUEVA HERRAMIENTA DE DIFUSIÓN SOCIAL NETWORKS: A NEW DIFFUSION TOOL.

Herreros, S. (2019). La regulación del comercio electrónico tranfonterizo en los acuerdos comerciales. CEPAL.

Martínez, V. C.-M. (2021). EL PANORAMA LEGAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO Y ALGUNOS DE RIESGOS. Medellín.

AECE, A. E. (2011). Libro Blanco del Comercio Electrónico. Madrid.

Asturias Corporación Universitaria. (s.f.). Modelos B2C.

Cardenas, J. (18 de 04 de 2020). RockContent. Obtenido de RockContent:

Eduardo Valpuesta Gastaminza, J. C. (2021). Tratado de Derecho Digital. España: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Espinoza, R. (2020). Roberto Espinoza. Obtenido de Roberto Espinoza: https://robertoespinosa.es/2020/04/13/comercio-electronico/)

Guerra, D. H.-J. (s.f.). COMERCIO ELECTRÓNICO .

Herrera, H. H. (9 febrero 2012). LAS REDES SOCIALES: UNA NUEVA HERRAMIENTA DE DIFUSIÓN SOCIAL NETWORKS: A NEW DIFFUSION TOOL.

Herreros, S. (2019). La regulación del comercio electrónico tranfonterizo en los acuerdos comerciales. CEPAL.

Martínez, V. C.-M. (2021). EL PANORAMA LEGAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO Y ALGUNOS DE RIESGOS. Medellín.

Mejía, G. (2019). Un marco para el comercio electrónico global.

Merino, E. L.-I.-J.-R.-J. (2011). El Comercio Electrónico. Madrid.

MIC. (2019). Ministerio de Industria y Comercio Paraguay. Obtenido de Ministerio de Industria y Comercio Paraguay: https://www.mic.gov.py/mic/w/contenido.php?pagina=1&id=1856

OCDE. (2015). Recomendación del Consejo sobre buenas prácticas estadísticas.

OCDE. (2020). Panorama del comercio electrónico: Políticas, tendencias y modelos de negocio. México: Asociación Mexicana de Internet.

OMC. (s.f.). Organización Mundial del Comercio. Obtenido de Organización Mundial del Comercio: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/bey4_s.htm

OMC. (s.f). Organización Mundial del Comercio . Obtenido de Organización Mundial del Comercio : https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tradfa_s/tradfa_s.htm

OMC. (s.f). Organización Mundial del Comercio . Obtenido de Organización Mundial del Comercio : https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/wto_dg_stat_s.htm

OMC. (s.f). Organización Munidial del Comercio. Obtenido de Organización Munidial del Comercio: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/inftec_s/itaintro_s.htm

Perez, V. I. (2004). Realidad Jurídica del comercio electrónico en Colombia. Bogotá: Universidad Javeriana.

Presidencia de la República (2009), Decreto 1727 de 2009.

Presidencia de la República (2010), Decreto 2952 de 2010.

Presidencia de la República (2012), Decreto 2364 de 2012.

Presidencia de la República (2015), Decreto 2242 de 2015.

Presidencia de la República (2015), Decreto 1078 de 2015.

Presidencia de la República (2018), Decreto 1008 de 2018.

Romero, C. M. (septiembre de 2015). INSTAGRAM COMO HERRAMIENTA DE COMUNICACIÓN PUBLICITARIA: EL CASO DE MADE WITH LOF. Sevilla.

Sentencia C 662, Sentencia C 662 de 2000 (Corte Constitucional 08 de 06 de 2000).

Sur, M. (S.f). Mercosur. Obtenido de Merco Sur: https://www.mercosur.int/quienes-somos/en-pocas-palabras/

Umaña, R. (2005). Acuedo General sobre el Comercio de servicios y sus implicaciones en la salud pública.

Unidas, N. (1998). Ley Modelo para el Comercio Electronico Internacional .