



FACULTAD DE DERECHO

**LA REVERSIÓN DEL PAGO EN EL ESTATUTO
DEL CONSUMIDOR
CONSTITUCIONALIDAD Y EFICIENCIA**

**VIVIANA BEATRIZ BARAJAS VILLARREAL
Bogotá D.C., 2013**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION

CAPITULO I

DERECHOS DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA LIBERTAD ECONÓMICA

1.1.	El Estado como garante de las relaciones económicas	1
1.2.	Derechos del consumidor	5
1.2.1.	Antecedentes	5
1.2.2.	Derechos del consumidor en Colombia	8
1.2.2.1.	Antes de la Constitución de 1991	8
1.2.2.2.	Después de la Constitución de 1991	9
1.2.2.2.1.	Estatuto del Consumidor	11
1.2.2.2.1.1.	Generalidades	11
1.2.2.2.1.2.	Derechos consagrados en el Estatuto del Consumidor.	14
1.2.2.2.2.	Otras normas de protección al consumidor	17
1.3.	Libertad Económica	26
1.3.1.	La libertad de empresa	28
1.3.2.	Libertad de competencia	30

CAPÍTULO II

LA COMPRAVENTA UTILIZANDO MEDIOS ELECTRÓNICOS EN COLOMBIA

2.1.	Compraventa	33
2.1.1.	Generalidades	33
2.1.2.	Elementos esenciales del contrato de compraventa	37
2.1.2.1.	Cosa	37
2.1.2.2.	Precio	39
2.2.	Comercio Electrónico	40
2.2.1.	Generalidades	40
2.2.2.	Comercio electrónico en Colombia	47

2.2.2.1.	Generalidades	47
2.2.2.2.	Compraventa por medios electrónicos	49
2.3.	Protección del consumidor de comercio electrónico	52
2.3.1.	A nivel internacional	52
2.3.2.	En Colombia	54
2.3.2.1.	Generalidades	54
2.3.2.2.	Reversión del Pago	55
2.3.2.2.1.	El incumplimiento contractual	57
2.3.2.2.2.	La operación de debito	59
2.3.2.2.3.	El fraude	61

CAPITULO III

DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 51 DE LA LEY 1480 DE 2011

3.1.	Test de Razonabilidad en abstracto	65
3.2.	Test de razonabilidad aplicado al artículo 51 de la Ley 1480	70
3.2.1.	Constitucionalidad en el incumplimiento contractual	71
3.2.2.	Constitucionalidad en la operación de debito	73
3.2.3.	Constitucionalidad en materia de fraude.	78

CAPITULO IV

DE LA EFICIENCIA DEL ARTÍCULO 51 DE LA LEY 1480 DE 2011

4.1.	Análisis Económico del Derecho	78
4.2.	Eficiencia de la reversión del pago a la luz del análisis económico del derecho	81
4.2.1.	Eficiencia en el incumplimiento contractual	81
4.2.1.1.	Racionalidad	82
4.2.1.2.	Eficiencia	85
4.2.1.3.	Normas como precios	86
4.2.2.	Eficiencia en la operación de debito	87
4.2.2.1.	Racionalidad	88

4.2.2.2.	Eficiencia	89
4.2.2.3.	Normas como precios	90
4.2.3.	Eficiencia en el fraude	90
4.2.3.1.	Racionalidad	91
4.2.3.2.	Eficiencia	92
4.2.3.3.	Normas como precios	93
CONCLUSIONES		95
BIBLIOGRAFIA		100

INTRODUCCIÓN

El derecho del consumidor tiene como punto de partida la existencia de una relación jurídica de consumo, en la cual, la parte débil es el consumidor, por lo tanto debe ser objeto de la protección estatal.

El artículo 78 de la Constitución (CN) de 1991, consagró de manera específica la salvaguarda de los derechos y de las prerrogativas de los consumidores, considerando la inferioridad de los consumidores como de los usuarios frente a los productores y los proveedores.

En concordancia con las normas constitucionales, el legislador promulgó la Ley 1480 de 2011 donde se estableció un nuevo estatuto del consumidor en el que se establecieron reglas de protección al consumidor en general, incluyendo a aquel que utiliza el comercio electrónico. Estableció de esta manera, una serie de obligaciones a los proveedores y productores referentes a la información sobre sus productos, el derecho de retracto y la reversión del pago, lo que generó también obligaciones para los partícipes del proceso de pago (electrónico).

La reversión del pago, establecida en el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011, hace referencia a la obligación que tienen los participantes del proceso de pago de reversar los pagos hechos al proveedor o vendedor, que solicite el consumidor cuando se presenten las siguientes hipótesis:

Primera, que hace referencia al incumplimiento contractual, se configura cuando el consumidor no haya recibido el producto, el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso. Segunda, cuando en virtud de una operación de débito automático autorizada previamente por el consumidor, éste decida por cualquier motivo y sin justificación solicitar la devolución del dinero. Tercera, cuando la operación sea resultado de un fraude o corresponda a una operación no solicitada.

En principio, las dos primeras hipótesis por las cuales procede la reversión del pago, no representan ninguna problemática de índole jurídico, ya que se adecuan a las normas constitucionales y legales existentes en Colombia, y proveen una protección al consumidor de acuerdo con la Carta Magna.

Sin embargo, la última hipótesis en la cual se podría aplicar la reversión del pago, cuando la compraventa por vía electrónica es objeto de fraude u hace referencia a una operación no solicitada, adolece de sustento constitucional, en el entendido que se le impone al proveedor una carga que no cumple con los parámetros de razonabilidad. Así mismo, desde la óptica del análisis económico del derecho, en términos de racionalidad y eficiencia, esta norma tampoco cumple con los requisitos mínimos para que sea considerada eficiente.

La Corte Constitucional ha establecido repetidamente, que para que una norma sea constitucional, primero se debe analizar el fin buscado por la decisión adoptada por el legislador; segundo, es necesario estudiar el medio adoptado para alcanzar dicho fin; y tercero, se debe examinar la relación entre el medio y el fin.

La intensidad del juicio de razonabilidad depende de la relevancia constitucional de los valores que podrían ponerse en riesgo con la medida que sea objeto de análisis.

En este caso ésta norma parece no razonable por cuanto aunque tenga un fin acorde con la Constitución y el medio empleado no está prohibido sino por el contrario está previsto por la propia constitución, no cumple con el requisito de ser proporcional para alcanzar el fin propuesto, debido a que la carga impuesta a los proveedores es irrazonable y por ende inconstitucional, en efecto no basta con que el fin buscado sea imperioso y que el medio no esté prohibido sino es éste proporcional. El Estado no puede en virtud de la protección del consumidor, afectar de manera irrazonable a los proveedores, porque estaría afectando sus derechos sin la justificación constitucional necesaria. Es claro

que la protección de los derechos de los consumidores también tiene límites, que en este caso no fueron respetados por el legislador.

Por otro lado, a la luz de los parámetros establecidos por la corriente denominada Análisis Económico del Derecho, para que una norma sea válida debe ser racional y eficiente. Empleando el criterio de eficiencia que establece *Pareto* pero que es estudiado a profundidad por *Kaldor* y *Hicks*, quienes parten de un supuesto más cercano a la realidad, cuando toman una determinada medida legal entendiendo que: la situación de algunos sujetos empeoraría y la de otros mejoraría, pero teniendo en cuenta que las ganancias del grupo beneficiado sean superiores a las del grupo perjudicado.

En este caso, la norma no puede reputarse eficiente, ya que si bien es cierto la situación de unos sujetos empeora mientras que la de otros mejora, pero no disminuyendo costos sino al contrario aumentándolos, toda vez que se incrementa la carga al proveedor o productor de manera irracional, que a su vez afecta de manera indirecta al consumidor, ya que los empresarios trasladan siempre el aumento de los costos al precio del producto.

La presente investigación pretende abordar la constitucionalidad, a la luz del test de razonabilidad y del análisis económico del derecho, de la reversión del pago en los contratos de compraventa efectuados a través de medios electrónicos.

CAPITULO I

DERECHOS DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA LIBERTAD ECONÓMICA

1.1. El Estado como garante de las relaciones económicas

Previo a adentrarnos en la temática correspondiente al derecho del consumidor, consideramos pertinente recordar en palabras de García de Enterría (2001) cuando afirmaba con gran acierto que “...*el sujeto es, pues portador de atributos originarios y autónomos, que responden a la exigencia de la personalidad y que como tales son inviolables*” (p. 56-57); lo anterior no solo puede determinarse desde la óptica del surgimiento del derecho público sino trasladarlo al plano constitucional del sistema jurídico colombiano desde 1991, toda vez que es en la Carta Política donde se encuentran una serie de derechos que la Asamblea Nacional Constituyente previó que todo individuo pueda hacer valer dentro del territorio Colombiano.

Son los llamados “*derechos fundamentales*” los que irradian todo el ordenamiento jurídico, y no solo en las relaciones de las personas con el Estado, sino también en el ejercicio de actividades económicas entre particulares o personas jurídicas. De lo anterior, se puede deducir que sin importar el derecho que se encuentre en controversia o de la contención que exista entre sujetos que buscan ante instancias administrativas o judiciales el reconocimiento de su derecho subjetivo, existe una pretensión de derechos que *per se* le corresponden a todo sujeto. De esta manera, se puede identificar que el ser humano posee una serie de derechos, los cuales se han llegado a considerar inalienables y por lo tanto, el Estado tiene una carga prestacional en lo que respecta a la protección sin entrar a exponer omisiones de cualquier tipo.

Para lograr dicha pretensión, que a su vez en Colombia tiene rango constitucional en el artículo 2 de la Constitución Nacional (CN), la protección de

derechos se puede ver dividida organizacionalmente dentro del Estado en dos niveles: el primero a partir de las resoluciones administrativas donde las entidades en todos los niveles crean procedimientos para evitar vulneración de derechos o diseñan mecanismos en donde se orienta al ciudadano frente a sus peticiones quejas y reclamos, tal es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio o de la Superintendencia de Notariado y Registro, entre otras. El segundo, en relación con corrección del derecho entendido como la interpretación que hagan de la norma las Altas Cortes en sus fallos atendiendo a casos concretos o siguiendo el precedente constitucional o administrativo.

Lo anterior no significa que los derechos se encuentren estáticos y que sean las revoluciones o declaraciones internacionales de derechos las que permitan la apertura de nuevas expectativas por satisfacer, toda vez, que guardando relación con un mundo globalizado, dicha protección y reconocimiento de nuevos derechos han surgido con el transcurso de los años.

En este orden de ideas, la Constitución colombiana de 1991 ha hecho una gran labor en lo que respecta a la protección de los derechos humanos, esquematizándolos al interior de la propia Carta Política en derechos fundamentales y amparando un mecanismo como la acción de tutela para su protección inmediata frente a acciones u omisiones de entidades administrativas del orden nacional, departamental, municipal e incluso de instituciones, que aunque no pertenecen al derecho público, prestan un servicio público a la comunidad en general.

Con todo, el Estado a través de diversos mecanismos salvaguarda esas garantías constitucionales en todos los niveles, dejando de lado esa clásica visión, que hoy no es posible sostener, de los derechos divididos en generaciones como otrora se hacía –derechos de primera, segunda y tercera generación- más bien, se desarrolla una hermenéutica en lo que tiene que ver con la conexidad con derechos fundamentalmente protegidos; es por eso, que derechos clasificados como económicos sociales y culturales pueden ser

tutelados dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho. De lo anteriormente descrito, surge una duda cuando se plantea estudiar el derecho del consumidor y esa materialización de sus garantías constitucionalmente protegidas frente a los productores y proveedores de bienes y servicios. Por lo mismo, se pretende buscar una explicación de cómo funciona en Colombia esa tutela –si se tiene-.

Entrando ya en materia, es preciso indicar, que otrora se hacía manifiesta la igualdad entre los contratantes, quienes en apariencia se encontraban en la capacidad de determinar el contenido del contrato, pero la realidad económica dio pie para que no se pensara en la categoría “*igualdad*” sino todo lo contrario. Cuando una de las partes, el consumidor, no tenía la misma capacidad de proponer sus propias reglas al momento de suscribir un negocio jurídico, las cuales estarían presentes desde aquella manifestación de voluntad, pasando por la ejecución, hasta llegar a su terminación, se podía observar que durante toda esa dinámica, el consumidor se encontraba automáticamente en desigualdad. Lo anterior, nos permite deducir lo complejo de dicha relación al ver en éstos la parte débil del contrato y éstos a su vez veían en su entorno otros paradigmas que dificultaban la libre voluntad o por lo menos tener oportunidad de modificar la relación contractual; es aquí donde se puede observar claramente la influencia y manipulación de productores y proveedores en lo que tiene que ver con las relaciones contractuales para la adquisición de determinados productos y servicios.

Del anterior estado de cosas se pueden encontrar escritos de doctrinantes donde exponían ese acontecer desde dos planos: el administrativo, en lo que tiene que ver con la protección del consumidor por parte de instituciones gubernamentales, y el privado, en especial la normatividad comercial, teniendo en cuenta la declaración (manifestación) de voluntad y aquel célebre principio del ordenamiento civil que expone que “*el contrato es ley para las partes*”.

De acuerdo con lo expuesto, se ha identificado que Albán (2006), realiza el siguiente análisis:

“(...) Por parte del derecho comercial, los consumidores fueron y continúan siendo expresamente excluidos del campo de aplicación de las normas que constituyen los estatutos mercantiles. Tal es el caso del derecho colombiano, puesto que en el artículo 23 del Código de Comercio, se estipula que no se consideran acto de comercio las operaciones de consumo. (...) No obstante, la necesidad de proteger a los consumidores ha llevado a tratar de establecer mecanismos efectivos que, en últimas, rescaten a la voluntad autónoma como fundamento del contrato...

(...) La “política” de protección a los consumidores parte de la idea de reconocer a estos como parte activa de los procesos económicos, y como tales, titulares a una serie de derechos a los cuales están obligados los productores, como puede ser el de información entre otros. Hoy en día, muchos hablan incluso que un derecho del consumo tiene como fuentes a la Constitución, las leyes, las disposiciones administrativas, los códigos de conducta y la jurisprudencia, denominada de los intereses del conflicto... Esta realidad ha hecho que algunos hablen de los “contratos de consumo”, como una categoría paralela de los “contratos civiles y comerciales” (p. 3-4).

De lo anterior, surgen dos ideas claras frente al consumidor: la primera, respecto del rol que adquiere dentro de una cadena de comercialización de bienes y servicios en la cual, es el último eslabón, es decir, que el producto, trate de un bien o un servicio, tiene como último destinatario una persona que bien puede ser natural o jurídica; y segunda, que se pretende elevar o mejor crear una categoría dentro de los contratos “atípicos” como sería la

noción de “*contrato de consumo*” como una posible manera de sacar de lo abstracto esa relación que permea una sociedad post-industrial.

Tal como se indicó al comienzo, la Constitución de 1991 dio un giro a la forma de concebir el Estado y el tipo de gobierno (art. 1,2 CN), como quiera que para entender dicho paradigma, es necesario comprender el derecho como un todo, pero en lo que respecta al consumidor, vamos más allá de los anteriores artículos, podemos sostener que el Constituyente previó las preocupaciones de la doctrina o se anticipó a ellas. Lo anterior se puede sustentar al observar el artículo 78 CN donde describe que la calidad de los bienes y servicios será regulada, incluso, habla de la existencia de responsabilidad –del productor y proveedor- si llega a atentar contra los consumidores entre otros.

De la misma forma, la misma Carta le impone al Estado la obligación de garantizar la creación de organizaciones de consumidores como una forma de proteger esos derechos colectivos, que se conjugan o mejor que involucran actividades relacionadas con la economía, el entorno social y los propios derechos fundamentales. Así las cosas, se puede hablar de un primer antecedente que dará la apertura constitucional de los que se entenderá más adelante por los derechos del consumidor, temática que se desarrollará a continuación.

1.2. Derechos del consumidor

1.2.1. Antecedentes

Los movimientos de reconocimiento y defensa de los derechos de los consumidores encuentran su origen en los Estados Unidos a comienzos del Siglo XX. Sin embargo, es en el periodo de posguerra, que siguió después de la Segunda Guerra Mundial, donde adquieren un nuevo impulso, tal como lo manifiesta con gran acierto Ovalle (2000) de la siguiente manera: “*los derechos del consumidor como conjunto de derechos que se confieren específicamente a los consumidores en las relaciones de consumo con los proveedores de*

bienes y servicios han sido reconocidos solo a partir de la segunda mitad del siglo XX” (p. 24).

En principio, dichos derechos (*del consumidor*) carecían de una protección específica, toda vez que las actuaciones de los consumidores se basaban en el principio de la autonomía de la voluntad. Quienes defendían estos derechos argumentaban que el consumidor, en forma individual, debía asumir todo lo referente a las relaciones jurídicas (*de consumo*), además, solamente contaba con cierta información que podía determinarse como superficial, lo que daba pie a que estuviera en una gran desventaja, toda vez que el proveedor o el productor tenían un conocimiento mucho más amplio respecto del bien o servicio que se ofrece.

Los primeros avances que tuvieron los movimientos de los consumidores, recalcados a mediados del siglo XX en Estados Unidos, se dieron entorno a la problemática que se generó respecto de las sustancias farmacéuticas y los precios de las mismas, finalizando con la aprobación de una ley que tratara este tema de fondo, y como hecho fundamental, la creación o surgimiento de la Comisión Federal para el Comercio.

Fueron muchas las vicisitudes que se presentaron con el alza de los precios en la época de la depresión económica, hecho que produjo mayores gastos y mayor conciencia en los ciudadanos, lo que determinó que se ampliara la normatividad con el objetivo de atacar todo tipo de actividad ilícita o maniobra fraudulenta.

Siguiendo el lineamiento histórico, el discurso pronunciado por el entonces presidente de los Estados Unidos *John F. Kennedy*, el 15 de marzo de 1962, puede ser considerado punto clave para la protección de derechos al consumidor, al manifestar: “*ser consumidor por definición nos incluye a todos (...) Somos el grupo económico más grande en el mercado, que afecta y es afectado por casi todas las decisiones económicas públicas y privadas... pero*

es el único grupo importante cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados" (Bassano, 2012).

Es a partir de este momento en el que se consideró la posibilidad de establecer un día para celebrar este reconocimiento a la parte débil de una relación jurídica de consumo, y desde entonces, cada 15 de marzo es festejado el día mundial del consumidor. A partir de allí, se propuso el derecho a ser informado como derecho fundamental y desde entonces hasta los tiempos de hoy tanto en Estados Unidos como en otros Estados se desarrollaron estatutos para la protección al consumidor.

Por otra parte, es importante mencionar, que en el orden internacional la protección al consumidor también ha sido un asunto importante al interior de la Organización de Naciones Unidas. Así las cosas, la Asamblea General aprobó unas directrices para la protección del consumidor mediante la Resolución 39/248 de 9 de abril de 1985. En el mismo sentido, el Consejo Económico y Social de la mencionada organización, expidió las resoluciones 1995/53 de 28 de julio de 1995 y 1997/53 de 23 de julio de 1997, en las que solicitaba al Secretario General, entre otras cosas, que se elaboraran directrices en la esfera de las modalidades de consumo sostenible, teniendo en cuenta los intereses y las necesidades de los consumidores, ampliando la protección a los mismos, promoviendo con ello un desarrollo económico, social justo y equitativo. Finalmente, en marzo de 1999 la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas recomendó al Consejo Económico y Social de esa organización la expedición de una resolución (ampliación de las directrices impartidas en 1985) para ser incluida en las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor.

1.2.2. Derechos del consumidor en Colombia

1.2.2.1. Antes de la Constitución de 1991

La Constitución Política de 1886 tenía como objetivo principal el de garantizar el orden en el país, debido a una serie de confrontaciones políticas y bélicas que se presentaron a lo largo del Siglo XIX en nuestro país. Es por eso, que no se tenía previsto, por lo menos directamente, la protección del derecho de los consumidores, por el contrario, en ese momento histórico, el Estado colombiano estaba en la capacidad de ser más competidor que garante de derechos.

En cuanto a las reformas constitucionales es importante mencionar las reformas de 1936 y 1968. La primera de ellas estableció en el artículo 11 que el Estado *“podía intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas...”*. Respecto de la segunda reforma en el artículo 6 estableció que:

“se garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral”.

Es claro que ni en la Constitución de 1886, ni en las reformas que le siguieron, se planteó una protección directa al consumidor, esta se derivaba del mandato general que se le impuso al Estado de racionalizar la economía, a través de la intervención en toda la cadena de comercialización.

Como primer referente legal de la protección a los derechos del consumidor podemos hacer referencia a la Ley 73 de 1981, la cual establece que el Estado

hace su intervención en materias relacionadas con la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor; así mismo, encontramos en el Decreto 1441 de 1982, el cual regulaba la organización, el reconocimiento y el régimen de control y vigilancia de las ligas y las asociaciones de consumidores, incluyendo además de ello temáticas referentes a la calidad, idoneidad, garantías, precios, etc., temas que son desarrollados ampliamente en el Decreto 3466 de la misma anualidad, norma que por muchos años sirvió para la protección al consumidor en Colombia.

Es de resaltar la labor realizada por la Federación Colombiana de Consumidores, entidad creada en el año 1967 en el departamento del Tolima, pero fundada en si en 1970, integrada por organizaciones sindicales de pensionados, padres de familia, amas de casa, formándose como la organización protectora de consumidores colombianos. Dentro de sus funciones, se encontraban entre otras: la de garantizar el respeto a todos los consumidores y el derecho a ser informado, en cumplimiento de la directriz aprobada por la ONU y suscrita por Colombia, según Resolución 39/ 248 de la Asamblea General del 9 de abril de 1985.

1.2.2.2. Después de la Constitución de 1991

La Constitución Política de 1991 se encuentra enfocada hacia la protección de los derechos fundamentales y su conexidad con los derechos civiles, políticos, económicos y sociales, asumiendo el Estado una carga aun mayor, toda vez que si bien es cierto que estamos en un Estado Social de Derecho (art.1 CN), se amplía la protección a los consumidores, quedando consagrada en un rango constitucional (art. 78 CN) y por ende, con toda la fuerza normativa que la propia Constitución trae consigo, debido a que era el propio consumidor quien ostentaba una desventaja frente a la otra parte de la relación de consumo; así entonces, ahora se ve al Estado no como un competidor sino como garante de derechos.

Ahora bien, en el mismo momento en que se construía la Constitución de 1991, se discutía paralelamente un marco legal que pudiera abarcar en su interior los derechos y las obligaciones del usuario final o consumidor. Es por ello que surgió un gran desafío, ya que al establecer una categoría de derechos, como lo son los derechos colectivos, era necesario tener aspectos claros, como es el caso de determinar qué se iba a entender por derecho de consumo o protección al consumidor, para que con ello se pudiera establecer un orden lógico y por ende significativo a este nuevo reto.

En la época en la que se expidió el Decreto 3466 de 1982, el país atravesaba por un momento en el que su economía era cerrada, es decir su sistema económico estaba marcado sólo por las actividades y transacciones de la misma materia, realizadas entre agentes que residen en el territorio, excluyendo al sector externo, pero dadas las circunstancias, y a sabiendas que la economía colombiana estaba en la obligación de expandirse acomodándose a los diferentes cambios marcados por la globalización, el gobierno se vio en la necesidad de abandonar el concepto de sistema cerrado, para darle paso a una economía abierta en donde, además de contar con agentes que estuvieran en el mismo territorio, también hubiera espacio para los agentes económicos extranjeros, ampliando con ello las relaciones nacionales con el resto del mundo, con esto, no solo serían compradores de bienes y servicios los agentes nacionales, sino que se extendería dicha relación también a los agentes externos.

A partir de este avance en la economía del país, llamado en términos de gobierno la “*apertura económica*”, se generaron nuevos flujos de bienes y servicios de origen extranjero, adoptando también nuevos modelos de desarrollo y crecimiento.

Hay que anotar que el hecho de que el gobierno colombiano reestructurara su sistema económico, implicaba también que la protección al consumidor debía aumentar, lo cual involucraba que el mencionado decreto, que enmarcaba esa

salvaguarda de derechos, estaba perdiendo eficacia, en la medida que al extender las relaciones de consumo más allá de su territorio, exponía de una manera específica los derechos de los ciudadanos y en este caso, se verían afectados directamente los de comerciantes y los de particulares, paralizando incluso una protección eficaz por parte del Estado para con estos.

Es por ello, que el Decreto 3466 de 1982, debido a las circunstancias que se estaban presentando, atravesó por una gran crisis, lo que generaría la búsqueda de un salvavidas, en la medida que no estaba cumpliendo con el objetivo para el cual fue creado consistente en la protección y salvaguarda de los derechos al consumidor, por tal motivo el gobierno colombiano se vio en la imperiosa necesidad de adoptar nuevas medidas que ayudaran a cumplir con los fines propuestos, en vista de ello se comenzó a considerar una nueva normatividad o simplemente mejorar la que ya se tenía durante un tiempo y adecuarla respecto a las circunstancias o cambios que se presentaran como eran los cambios que traía consigo el devenir del mercado.

En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta los preceptos establecidos en la Constitución de 1991, en especial el artículo 78 CN, era necesario actualizar lo que dio lugar a la expedición de la Ley 1480 de 2011, conocida como el Estatuto del Consumidor.

1.2.2.2.1. Estatuto del Consumidor

1.2.2.2.1.1. Generalidades

Dentro del contexto estructurado en la parte anterior, se presentó en el 2008 el Proyecto de Ley 82 ante el Congreso de la República, proyecto que recopilaba las garantías, los derechos, las obligaciones, las autoridades competentes, el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, entre otros, pero que dejaba los mismos vacíos de la anterior normatividad. Por lo tanto se decidió adicionar un factor fundamental y era la ampliación de la protección a estos usuarios finales por parte del Estado, es decir que se pudiera contar con mayor

cobertura y garantía estatal. Este aspecto se argumentó tanto con parámetros constitucionales como con la realidad del momento, buscando salvaguardar el respeto a la dignidad y a los intereses económicos de los consumidores y del Estado en general.

Al interior del mencionado proyecto, se ubican una serie de principios generales, que le dan fuerza a la propuesta, en cuanto se resaltan cuestiones como el acceso de información adecuada, libertad de constituir grupos u organizaciones de consumidores que sean escuchados en procesos de toma de decisiones que los afecten, la aplicabilidad de las normas sobre derecho de los consumidores a bienes y servicios nacionales e importados y la protección especial a los niños y adolescentes, en su calidad de consumidores de acuerdo con lo establecido en el código de la infancia y la adolescencia, entre otros.

Aunque siguen siendo evidentes los vacíos, se predicó en cuanto a las garantías, que sería presumida la garantía mínima, imponiendo al productor el deber de responder por las condiciones de calidad e idoneidad, los cuales deben ser señalados en la licencia o en el registro del bien.

En este sentido, el proyecto de ley se radicó en el Senado, proponiendo la garantía legal que estaría implícita en todas las relaciones de consumo, donde el productor se obliga a garantizar la suficiencia, idoneidad de los productos de acuerdo a las normas técnicas específicas, las medidas sanitarias y las fitosanitarias, y las condiciones generales del mercado de los bienes de los cuales se ha pagado un precio como de los que se entreguen gratuitamente con carácter publicitario o promocional, indicando de igual forma términos para las garantías.

Es así como el gobierno, en virtud de la exposición de motivos realizada por el Senado para la modernización del decreto, decidió en pro de los consumidores, no sólo modificar el estatuto que se tenía, lo que aparte de ello, buscar la ampliación en la cobertura y la garantía como se expuso en su momento,

dando así nacimiento a la Ley 1480 de 2011, que recopila los derechos adquiridos, con las respectivas obligaciones y garantías, aumentando más el ámbito de protección.

En razón a la exposición de motivos sustentada en el informe legislativo, denominado “*Labor Legislativa*” se estableció que el Decreto 3466 de 1982 norma que contaba con más de 25 años de expedida, no es considerada suficiente para regular los cambios comerciales producto de la apertura económica y de la competencia internacional, generada por la misma. Si bien es cierto, las relaciones del mercado y el consumo de bienes y servicios se han globalizado dejando al país “*corto*” en el fortalecimiento del sistema jurídico y de garantías para defender los derechos de los consumidores. El estatuto de defensa del consumidor ha sido concebido como una normatividad en la cual se consagran los principios generales aplicables a todos los actores que interactúan en el mercado de consumo (Otero, 2011, p. 22).

Este nuevo estatuto promete a los consumidores los derechos a recibir bienes y servicios de calidad, materializando también sus derechos a recibir una información veraz, transparente, completa e idónea en relación con los productos que son adquiridos, de igual forma se extiende la salvaguardia cuando se es objeto de publicidad engañosa, pudiendo hacer uso de su derecho de acción y lograr algún beneficiario en caso de presentarse indemnización.

Por otra parte, dentro del contenido de esta nueva ley, se examina la posibilidad de acceder a los medios de comunicación con el fin de informarse y educarse en cuanto al bien o servicio que se desea adquirir, siendo indudable en este aspecto el derecho a la igualdad, en donde, sin discriminación, alguna se trate de la misma manera, sin importar que sea considerado una parte débil de la relación de consumo.

Como ya fue expuesto en ocasión anterior, respecto al tema de la responsabilidad, esta ley es clara, precisa y concisa, analizando y determinando las situaciones en las cuales se deba responder, siendo productor y/o proveedor, es decir al presentarse inconvenientes en razón a las calidades del bien, idoneidad, seguridad, funcionamiento de los productos, entre otros, se enfoca y sustenta en la garantía de los productos, toda vez que al no llegar a ser pactada, la ley brinda un término de un año para bienes nuevos, tres meses para usados y para productos considerados como perecederos se contará con el término que se indique en la fecha de vencimiento o expiración del mismo. Se considera importante resaltar que los productores son responsables por los daños que causen los productos defectuosos.

Finalmente, dentro de los elementos que salvaguarda éste Estatuto se encuentra una figura interesante como es el derecho de retracto, a favor de los consumidores, brindándoles dentro de unos términos razonables la facultad de deshacer sus negocios, esto no quiere decir que no exista otra normatividad que proteja los derechos de los consumidores y también trate sobre las cargas que no sólo le imparten a éstos sino a los proveedores y productores.

1.2.2.2.1.2. Derechos consagrados en el Estatuto del Consumidor.

Antes de establecer los derechos consagrados al interior del Estatuto, debemos dar cabida al concepto más relevante como es el de consumidor o usuario que es entendido como toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su objeto social (Gaviria, 2008, p. 4 -5).

En los primeros meses del 2012, la Federación Colombiana de Consumidores, al hacer un análisis exhaustivo sobre la Ley 1480 de 2011, encontró que *“el nuevo estatuto, mejora la regulación y protección de los consumidores frente a*

productores y proveedores de bienes y servicios, permitiéndoles de una manera más eficaz, hacer efectivos sus derechos y poder disfrutar de forma tranquila todas las posibilidades que le brindan las actuales relaciones de consumo, de manera que sientan que no serán engañados, ni sus derechos serán violentados”.

De modo similar, el Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga (2008), intentó reunir tanto los derechos y deberes de los consumidores, mencionando incluso una breve explicación de cada uno con el fin de ilustrar al lector y consumidor para que con ello tenga ya no un conocimiento abstracto de estos asuntos, sino por el contrario, dicha información sea más específica sobre la materia y así hacerle comprender el papel importante que juega en razón a sus intereses económicos. Siguiendo con la misma línea de formulación y explicación de las garantías del consumidor, en cuanto a sus derechos, la Ley 1480 de 2011 determinó:

Derecho a recibir productos de calidad: Consistente en brindar al consumidor un producto de acuerdo con las condiciones que se establecieron dentro de la garantía legal que se presentó (art. 3 #1.1).

Derecho a la seguridad e indemnidad: Pretende que los productos que son ofrecidos en circunstancias normales al momento de su uso no causen daño a la salud, vida o integridad de la persona que lo manipula (art. 3 #1.2).

Derecho a recibir información: Consiste en ese suministro de datos, que cumplan con unos estándares como son: la veracidad, precisión, idoneidad, transparencia entre otros, así como sobre los riesgos que puedan derivarse del consumo o utilización de determinados bienes o servicios (art. 3 #1.3).

En este aparte, podemos incluir el derecho a la protección en cuanto a la publicidad engañosa (art. 3 # 1.4), toda vez que si anteriormente se indicó que se requería una transparencia, al vulnerar este elemento es violentado

directamente la publicidad, generando el nacimiento a la publicidad con motivos fraudulentos.

Derecho a la reclamación: Reclamar directamente ante el productor, proveedor o prestador y obtener reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos, así como tener acceso a las autoridades judiciales o administrativas para el mismo propósito (art. 3 #1.5).

Protección contractual: Ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (art. 3 #1.6).

Derecho de elección: pretende que todo consumidor, de forma voluntaria pueda o tenga la posibilidad de elegir tanto los bienes como también los servicios que requiera para la satisfacción de sus necesidades (art. 3 #1.7).

Derecho a la participación: Organizarse y asociarse para proteger sus derechos e intereses, elegir a sus representantes, participar y ser oídos por quienes cumplan funciones públicas en el estudio de las decisiones legales y administrativas que les conciernen, así como a obtener respuesta a sus peticiones (art. 3 #1.8).

Derecho de representación: Los consumidores tienen derecho a hacerse representar, para la solución de las reclamaciones sobre consumo de bienes y servicios, y las contravenciones a la Ley 1480 de 2011, por sus organizaciones, o los voceros autorizados por ellas (art. 3 #1.9).

Derecho a informar: Los consumidores, sus organizaciones y las autoridades públicas tendrán acceso a los medios masivos de comunicación, para informar, divulgar y educar sobre el ejercicio de los derechos que ostentan los consumidores (art. 3 #1.10).

De la misma manera, se busca que el consumidor, sea educado, con el fin de llegar así a poder actuar en caso de que sean vulnerados sus derechos, identificando también las autoridades competentes y los medios para hacerlo.

Derecho a la igualdad: Ser tratados equitativamente y de manera no discriminatoria (art. 3 # 1.12).

Ahora bien en cuanto a los deberes del consumidor, de la misma manera han sido estipulados por la Ley 1480 de 2011, se ha de resaltar, que por más que el consumidor haya sido considerado la parte débil, generando con este término una desigualdad, éste debe informarse sobre las calidades y contenido del producto, la manera como debe usarlo, incluyendo su cuidado y la garantía, ahora, independientemente de las observaciones hechas por el productor, el consumidor debe ser consiente que al suministrársele información y éste la desconozca, resultaría siendo un eximente de responsabilidad en la persona del proveedor (art. 3 #2).

De lo anterior se puede interpretar que al pensar en el beneficio o interés general en cuando a temas económicos que comparte el consumidor en su relación de consumo con el proveedor o productor, el legislador pretende que al darse la modificación la norma anterior (Decreto 3466 de 1982), se garanticen aún más esos derechos y se refuercen de la misma manera esos deberes, bajo la mirada constitucional y legal, pero con un ingrediente no muy positivo para la otra parte, asunto que será estudiado en los capítulos III y IV.

1.2.2.2.2. Otras normas de protección al consumidor

Ahora bien, si a nivel doctrinal, se encuentran esas relevancias que deben ser atendidas por el derecho colombiano, el legislador al ser una institución atenta a aquellas demandas sociales, ha desarrollado unas reglas que también protegen al consumidor, en las cuales se puede observar:

Ley 1245 de 2008.

“Por medio de la cual se establece la obligación de implementar la portabilidad numérica y se dictan otras disposiciones”.

El objetivo general de esta ley consiste en determinar la obligación que tienen los operadores de telecomunicaciones de prestar el servicio de portabilidad numérica, es decir, la asignación de línea telefónica al usuario, sin que se llegue a mostrar deterioro de la calidad y la confiabilidad del servicio.

Respecto a la telefonía fija, se implanta que la conservación del número, se dará previo estudio técnico y económico, en razón a los términos de equilibrio financiero por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

A la telefonía móvil, se plantea la conservación del número que fue dado al usuario, aun existiendo modificaciones tecnológicas en la prestación del servicio.

Por otra parte en el artículo 2 de ésta ley, se indica que los costos de adecuación de las redes serán sufragados, por los operadores más no por el usuario, notándose que en este campo, sigue existiendo la protección al consumidor aun en los eventos que están por fuera de las actividades de comercio.

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”.

En el contenido de la norma se evidencia la protección al consumidor, debido a que dentro de su objeto la ley busca desarrollar el derecho constitucional que tienen las personas a conocer, actualizar, y rectificar las informaciones que se

han recogido sobre ellas en los bancos de datos y demás derechos, garantías y libertades.

Básicamente lo que pretende esta Ley es que los datos que sean suministrados en las diferentes bases de datos con relación a información financiera, crediticia y comercial de servicios no vayan a vulnerar derechos y garantías constitucionales.

Esta norma ha establecido que el usuario es esa persona natural o jurídica que (en los términos que establece la ley) puede acceder a información personal de uno o varios titulares de información suministrada por el operador o por la fuente.

Al exponer el contenido del término usuario, se desprenden a su vez tres axiomas más. Primero, el concepto de titular de información, entendido como la persona natural o jurídica a quien se refiere la información y que reposa en un banco de datos. Segundo, operador de la información, esbozando a la persona, entidad, u otro organismo que recibe de la fuente datos personales sobre varios titulares de información, el cual los administra, los pone en conocimiento de los usuarios bajo los parámetros que indica la ley. Tercero, fuente de información, identificada como la persona o entidad, encargada de recibir o conocer la información personal de los titulares, en razón a su relación comercial o de servicio.

Es preciso mencionar que al interior de cada una de las definiciones se encuentra la responsabilidad que se asume desde el momento mismo en que se suministran los datos, aclarando que no sólo se describen los datos personales, sino que además, se extiende a los datos públicos, privados, semiprivados entre otros.

Así las cosas y debido a las materias que trata esta ley, las cuales son consideradas relevantes, toda vez que están directamente relacionadas con derechos fundamentales, siendo enmarcada su protección en un ámbito tanto constitucional como legal. Por otra parte, un capítulo de la ley se dedica a tratar los derechos de los titulares de la información, en donde se manifiestan los mecanismos constitucionales, a los que se puede acudir en caso de vulneración o agravio.

Igualmente, en un capítulo especial, se estudian los deberes de los operadores, las fuentes y los usuarios de información, acudiendo principalmente a los operadores de los bancos de datos, quienes están obligados a garantizar, permitir y adoptar la recolección, acceso y circulación de los datos.

En cuanto a los deberes que deben cumplir las fuentes de información, se tienen el de rectificar, garantizar, reportar y actualizar todo suministro de datos, con el fin de encontrar en los mismos la veracidad, y llegar así a guardar reserva de la información suministrada.

De igual forma la ley brinda la posibilidad de accionar, indicando el procedimiento que debe seguirse ya sea para dar solución a una petición, una queja o un reclamo que los titulares de la información o en caso tal sus causahabientes interpongan.

Finalmente se predica de las sanciones que serán impuestas por las infracciones a que se haya dado lugar.

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”.

Esta ley ha ampliado la protección de derechos de los consumidores enfatizando su amparo en la información y los datos que sean suministrados a terceros. De igual manera, ha implementado una defensa en lo que tiene que ver con todos los atentados contra la confidencialidad, integridad y la disponibilidad de los datos, imponiendo sanciones como las intramurales o multas en salarios mínimos, toda vez que haya sido probada el acceso abusivo a un sistema informático.

Por otra parte, esta ley ha implementado protección a este bien jurídico tutelado a través de sanciones cuando se causen infracciones relacionadas con: suplantación de sitios web para capturar datos personales, como el uso de software malicioso, daño informático, etc.

Esta ley adicionó, en el numeral 17 del artículo 58 del Código Penal, algunos aspectos relevantes para que fueran entendidos como circunstancia de mayor punibilidad, de la siguiente manera:

“Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

17. Cuando para la realización de las conductas punibles se utilicen medios informáticos, electrónicos o telemáticos”.

En cuanto al Código de Procedimiento Penal, la ley le otorgó la competencia de ese tipo de delitos a los jueces penales municipales, en virtud del artículo 37 numeral 6, que establece:

“Los jueces penales municipales conocen:

6. De los delitos contenidos en el título VII Bis”.

Ley 1335 de 2009.

“Por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”.

Al interior de esta ley, se predica como objeto garantizar el derecho a la salud de todos los habitantes del territorio nacional, especialmente a los menores de 18 años, en relación con el consumo, venta, publicidad de cigarros, tabacos y sus derivados, así como promocionar los programas de salud y educación referentes al consumo.

La protección especial que trae esta ley, a todos los menores de 18 años de edad, es en razón a que tanto el Estado como la familia, entendida esta última institución como el núcleo fundamental de la sociedad, deben garantizar el buen desarrollo de los niños y de los adolescentes, enmarcado en la Constitución, la ley y los tratados internacionales. Es así como se dilata esta protección y llega incluso a unirse con otros derechos, como el de la salud. Es por eso mismo que se prohíbe la venta de productos de tabaco a menores de edad, imponiéndoles como obligación a todos los vendedores que en caso de que exista duda sobre el comprador, debe exigirse documento en donde acredite que efectivamente cuenta con la mayoría de edad.

De la misma manera, se expone en la ley que deben desarrollarse programas que eviten o ayuden a disminuir el consumo de este tipo de productos; estas campañas deben estar en conformidad con las políticas de salud pública, antitabaquismo, extendiéndose el programa hasta las comunidades indígenas y afrocolombianas.

Al realizar estas campañas o programas de educación a menores como medidas preventivas, debe contarse además con medios masivos de comunicación, los cuales infundan mensajes de prevención contra el consumo de cigarros o tabaco; la publicidad debe mostrarse en horarios de alta sintonía. De igual forma en los empaquetados o etiquetas de los productos, no puede haber propaganda que induzca a los menores al consumo.

Esta norma aparte de garantizar un ambiente sano, mantiene unas sanciones que serán impuestas a todo aquel que incumpla con las reglas que se han establecido, es decir habrá sanción cuando una persona, no atendiendo a los señalamientos de la norma o a los avisos pertinentes de establecimientos que indica la ley que debe ser libre de humo, consuma cigarrillo o tabaco, el sujeto incurrirá en sanciones que van desde amonestaciones verbales hasta sanciones pedagógicas.

Ley 1341 de 2009.

“Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”.

Esta ley regula no sólo asuntos de tecnologías de la información y las comunicaciones, sino que extiende su cobertura a la protección al usuario, la cobertura del servicio, la calidad del mismo, y el uso eficiente de las redes.

Incluye igualmente la promoción, fomento e investigación de las nuevas tecnologías de la información y de comunicación, en la medida que a través de políticas planteadas por el Estado, se contribuye al desarrollo educativo, cultural, económico, político, buscando incrementar tanto la productividad como la competitividad, y respetando de la misma manera los derechos humanos.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los usuarios o consumidores finales, la ley se ha pronunciado, en cuanto a las redes de telecomunicaciones y de los servicios que ellos puedan prestar en beneficio de los usuarios.

Dentro de los principios orientadores que trae consigo la ley, se encuentra en el numeral 4º del artículo 2º un aparte dedicado a la protección de los derechos de los usuarios, en donde se resalta la función del Estado como garante de derechos de los usuarios de la tecnología de la información y las comunicaciones y velando además por el cumplimiento de derechos y deberes que se derivan del Hábeas Data.

Por otra parte los proveedores y/o los operadores directos, deberán prestar sus servicios teniendo en cuenta los precios del mercado y los niveles de calidad establecidos, además, debe brindársele al usuario una información clara, necesaria, veraz, completa, con el fin que éstos tomen sus decisiones respecto de las necesidades que busquen satisfacer.

Así mismo, la ley establece la intervención que tendrá el Estado en el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, para que cumpla, entre otros fines, con la protección de derechos de los usuarios, velando por la calidad, eficiencia de los servicios, de igual forma se busca promover mayores capacidades de conexión, proporcionando además condiciones de seguridad para el usuario final.

Ahora bien continuando con esta sinopsis, debe indicarse de forma breve las facultades que se le otorgan a la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), en donde hay que resaltar, que esta norma busca entre otras cosas que se maximice el bienestar social de los usuarios, imponiéndole a todo proveedor

el proporcionar la información necesaria a los usuarios sin costo alguno, igualmente la CRC debe emitir concepto favorable o desfavorable sobre la legalidad del contrato celebrado entre el proveedor y el usuario.

Dentro del articulado de la norma que está siendo objeto de estudio, se evidencia que en el título VI, se identifica todo lo relacionado con la protección al usuario, es allí en donde se materializan básicamente los derechos que tiene este sujeto y sus obligaciones respectivas, siendo uno de los derechos más resaltados, el de la facultad que posee todo usuario de elegir o de cambiar a los proveedores o los planes que le fueron entregados, de conformidad con el contrato celebrado entre las partes; así mismo, se le brinda a este sujeto identificado como la parte débil de la relación de consumo la posibilidad de accionar, de interponer recursos como el de reposición o apelación, determinando claro está unos tiempos en los cuales se resolverán dichos recursos, buscando de sobremanera un equilibrio y bienestar para el usuario.

Ley 1581 de 2012.

“Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”.

Su principal objetivo es desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bases de datos o archivos, y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política; así como el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la misma.

La presente ley aplicará al tratamiento de datos personales efectuado en territorio colombiano o cuando al Responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento no establecido en territorio nacional le sea aplicable la legislación colombiana en virtud de normas y tratados internacionales.

Así mismo, esta ley establece los principios rectores, las categorías especiales de datos, derechos y condiciones de legalidad para el tratamiento de datos, así como los procedimientos, los mecanismos de vigilancia y sanción, entre otros.

1.3. Libertad Económica

En la Carta de 1886 no se consagró expresamente la libertad económica. Su existencia se infería del contenido del artículo 39 sobre libertad de trabajo. En Sentencia T-425 de 1992 la Corte Constitucional manifestó:

“Es a partir de 1936 que el Estado colombiano intervino en la actividad económica y para proteger a los trabajadores. En consecuencia, se transformó en el sujeto activo promotor del aprovechamiento racional de los recursos disponibles. Posteriormente el Constituyente de 1968 la consagró bajo la forma de libertad de empresa e iniciativa privada. (Art. 32)”

Ahora bien, el Constituyente de 1991 quiso perfeccionar los instrumentos propios de la economía de mercado y por lo tanto, en la nueva Carta se amplía el ámbito de la libertad económica, plasmándose en el actual artículo 333, que predica, *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común (...). La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”* (Corte Constitucional, 1992, Sentencia T-425).

En cuanto a la libertad económica ésta ha sido concebida como *“una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio”* (Corte Constitucional, 2011, Sentencia C-263). En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que el concepto *“de libertades económicas, (...) engloba la libertad de empresa y la libre iniciativa privada”* (Corte Constitucional, 2010, Sentencia C-830).

Pero las actividades que conforman ésta libertad están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social. En términos más generales, y tal como lo ha expresado la Corte *“la libertad económica se halla limitada por toda forma de intervención del Estado en la economía y, particularmente, por el establecimiento de monopolios o la calificación de una determinada actividad como servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales”* (Corte Constitucional, 2011, Sentencia C-263).

La Corte Constitucional, en Sentencia C-830 de 2010, expuso que la Carta Política toma partido por un régimen de economía social de mercado, el cual tiene unas características definitorias (i) El reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, en tanto garantías indispensables para el logro del desarrollo económico y la prosperidad general. Para ello se impone una cláusula general compleja, la cual impide la exigencia de permisos previos o requisitos, al igual que la obligación estatal de promover la libre competencia y la libertad económica (art. 333 par. 1 y 2 CN); y (ii) La adscripción al Estado de la función de dirección general de la economía (art. 334 CN), tarea que se expresa en diversos planos, como son la verificación que la libre empresa se ejerza en los límites del bien común y la potestad de imponer limitaciones a esa libertad cuando lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (art. 333 par. 4 CN).

Para la Corte, dichas libertades son *“expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada”* (Corte Constitucional, 2010, Sentencia C- 830).

La misma jurisprudencia ha identificado unos requisitos que deben cumplirse para que adquiera validez constitucional las actividades estatales de intervención económica, además, debe el grado de intensidad como la metodología de escrutinio judicial.

Se tiene entonces, que en relación a los requisitos para ser admisible se necesita primero, llevarse a cabo por ministerio de la ley, segundo, no afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa, tercero, obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía, cuarto, obedecer al principio de solidaridad; y quinto, responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Respecto a *“los requisitos dos y cinco de la anterior enumeración refieren a la necesidad de efectuar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad entre el ejercicio de las libertades económicas y la garantía de los principios y valores constitucionales defendidos por la medida de intervención”* (Corte Constitucional, 2010, Sentencia C- 830).

Por otra parte, el control de constitucionalidad de la norma que establezca una modalidad de intervención del Estado en la economía, deberá realizarse a partir de parámetros definidos, tenemos, primero, si la limitación o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución, segundo, si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, tercero, si hay proporcionalidad en esa relación, esto es, que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Cuarto, debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume (Corte Constitucional, 2010 Sentencia C- 830).

1.3.1. La libertad de empresa

Repitiendo conceptos de la doctrina, podemos decir que *“la libertad de empresa es la expresión moderna de la libertad económica en sentido amplio, que engloba la libertad de contratos, la libertad de transacciones económicas, la libertad de acceso a la actividad y la libertad de ejercicio de esta”* (Ariño, 2003, P. 258).

En el campo jurisprudencial, la Corte Constitucional en Sentencia C- 830 de 2010 ha entendido la libertad de empresa como aquella que:

“se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital), para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”.

En razón de lo anterior ha dicho la Corte que dicha libertad se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual, que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes.

La libertad de empresa específicamente, comprende la facultad de las personas de *“afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”* (Corte Constitucional, 2010, Sentencia C-830).

En este contexto, el término empresa parece referirse a dos aspectos claramente diferenciados. Un primer aspecto, que entiende la empresa como la iniciativa o como manifestación de la capacidad de emprender y acometer una actividad económica; y un segundo aspecto, de índole instrumental, que hace referencia a una organización económica típica (individual o societaria), para la realización de una actividad económica.

Así las cosas, la libertad de empresa, de acuerdo con la jurisprudencia, comprende, tanto la libertad contractual, entendida como la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad

económica, señalando el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; el derecho a concurrir al mercado o retirarse; y la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; el derecho a la libre iniciativa privada; el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y el derecho a recibir un beneficio económico razonable (Corte Constitucional, 2010, Sentencia C-830).

1.3.2. Libertad de competencia

“La libre competencia consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones y comprende, de conformidad con jurisprudencia constitucional, al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. Para garantizar la libre competencia, el Estado es entonces responsable de eliminar las barreras de acceso al mercado y censurar las prácticas restrictivas de la competencia, como el abuso de la posición dominante o la creación de monopolios” (Corte Constitucional, 2011, Sentencia C-263).

De acuerdo con el concepto que establece la Superintendencia de Industria y comercio, referente a la competencia, encontramos que es definida como, “*el conjunto de esfuerzos que desarrollan los agentes económicos que, actuando independientemente, rivalizan buscando la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado*”. En la CN, se establece el principio de libre competencia como un derecho radicado en cabeza de todos que supone responsabilidades y por lo tanto se encuentra sometido a los límites que establezca la ley.

La Constitución ha elevado la libre competencia a principio rector de la actividad económica, en beneficio de los consumidores y de la misma libertad de empresa. Es del resorte de la ley prohibir - excepcionalmente autorizar bajo ciertos supuestos y condiciones - conductas, acuerdos o prácticas que tenga por efecto impedir, restringir, obstaculizar o falsear la libre competencia en cualquier mercado de bienes o de servicios, tarea ésta del legislador esencial para conformar y mantener mercados eficientes y para que en verdad la libre competencia pueda ser "un derecho de todos", como lo consagra la Constitución en el artículo 333 (Corte Constitucional, 1993, Sentencia T-240).

Según la Corte Constitucional, la competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita (Corte Constitucional, 2010, Sentencia C- 639).

Por otra parte, el derecho de competencia, se ocupa de la protección de los intereses de los consumidores y la protección de la libre competencia en los mercados. Éstos se protegen mediante la prohibición de actos que se considera impiden la competencia y mediante la promoción y abogacía por un entorno competitivo.

La competencia en los mercados debe protegerse, al imponer presión a las empresas para que sean más eficientes y provean productos con mayor calidad y variedad a precios bajos. Para esto las empresas deben asumir incentivos directamente relacionados con el crecimiento económico y la innovación, que se traducen en beneficio para los consumidores. En este sentido, el estímulo económico, llamado competencia, es el único mecanismo

conocido que, por sí solo, puede mejorar el nivel de vida, sin la interferencia del Estado.

En un mercado de libre competencia, conforme al diseño del Constituyente, la libertad contractual surge como mecanismo virtualmente idóneo para decidir la utilización más ventajosa de los bienes y recursos económicos y garantizar la eficiencia de la estructura productiva y el bienestar general de la sociedad, constitucionalmente tutelado como integrante del bien común, como lo estipula el artículo 333 CN (Corte Constitucional, 1993, Sentencia T-240).

En el ordenamiento colombiano, se establece un listado enunciativo, de prácticas que son susceptibles de distorsionar la competencia, resaltando:

- Todo acuerdo entre dos o más empresas que prevenga, restrinja o distorsione la competencia;
- Toda conducta abusiva por parte de agentes económicos, que tengan una posición dominante en el mercado;
- Ciertos actos unilaterales realizados por las empresas.

De la misma manera, están prohibidas, las integraciones económicas, que sustraigan sustancialmente la competencia. De igual forma, existen actos de competencia desleal, que afectan y tienen impacto en el mercado, temas, que han sido establecidos en la Ley 256 de 1997.

CAPÍTULO II

LA COMPRAVENTA UTILIZANDO MEDIOS ELECTRÓNICOS EN COLOMBIA

En el presente capítulo realizaremos un esbozo, de cómo ha sido la compraventa utilizando medios electrónicos en Colombia. No cabe duda que en un mundo globalizado, las comunicaciones y la internet han hecho que las relaciones interpersonales e incluso las jurídicas, lleguen a estados no antes percibidos por la doctrina, de hecho la enseñanza clásica en el derecho civil y comercial no se perfilaba a unas necesidades que la misma tecnología le exige al derecho entrar a suplir determinados vacíos normativos que en la práctica comercial se observa.

Estas y otras cuestiones se desarrollarán en el presente capítulo en donde se intentará demostrar la respuesta que el sistema jurídico ha dado a la compraventa a través de medios electrónicos en Colombia.

2.1. Compraventa

2.1.1. Generalidades

Lo primero que hay que decir es que existe un contrato en materia civil y otro en materia mercantil, el primero de ellos, de acuerdo a la definición que trae el Código Civil, artículo 1495, se identifica como *“acto por el cual una parte se obliga con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”*, según (Peña, 2012), alude, *“la convención es el género y el contrato es apenas una de las especies...”* (p. 72).

Se puede decir que en el ordenamiento Civil se entiende por contrato aquel acuerdo de voluntades entre dos partes, pero estas pueden ser de una o varias personas, que van producir obligaciones de dar, hacer, o no hacer.

El contrato en materia mercantil, según el artículo 864 del Código de Comercio es entendido como *“un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial (...)”*.

No obstante, es preciso indicar unas diferencias al respecto:

“En materia civil, se da un acuerdo entre dos partes, además la finalidad de éste tipo de contrato es una prestación de dar, hacer o no hacer; por el contrario, en materia mercantil, el contrato se estima entre dos o más, y su finalidad consiste en crear, regular o extinguir una relación patrimonial, lo cual permite armonizar una mayor cantidad de situaciones de hecho que se presentan en una economía de mercado como la actual” (Peña, 2012, p. 72).

En lo que respecta a la compraventa, el Código Civil en el Título XXIII, artículo 1849 la desarrolla como *“un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”*.

Sin embargo, indica Bonivento (2004) que la expresión **dar**, la cual se menciona en el artículo 1849 C.C, determina efectos del cumplimiento o incumplimiento del contrato (p. 213).

La doctrina considera que existen dos corrientes para mirar este vocablo, la primera de ella es la que sostiene el Código Civil, en cuanto a que **dar** no significa solo entregar, sino, exige la transferencia del dominio del bien, es decir que la obligación por parte del vendedor va más allá de la simple entrega, en la medida que si se hace la entrega pero no se trasmite el dominio, no se estaría cumpliendo con la obligación principal de *dar*, abriendo la posibilidad al comprador, de solicitar la resolución o el incumplimiento del contrato y en ambos casos que se asuma con indemnización de perjuicios.

La otra corriente que considera que *dar* es sinónimo de *entregar*, es decir, el vendedor cumple su obligación haciendo entrega de la cosa y garantizando luego la posesión pacífica de la cosa.

El artículo 1880 del C.C, indica que *“las obligaciones del vendedor se reducen a dos: la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida”*.

Cuando se menciona la tradición, no se entiende en el sentido lato de la tradición, es decir a la transferencia del dominio, sino, a la entrega, bajo las formas establecidas en los artículos 754 y 756 del Código Civil, de ahí que cumple el vendedor, con su obligación de la entrega de la cosa.

En cuanto a la definición de compraventa comercial, el Código de Comercio, preceptúa en el artículo 905 lo siguiente, *“la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero...”*, esto en términos de Bonivento, implica que el vendedor se obliga a transferir.

Teniendo en cuenta que el contrato es ley para las partes y el incumplimiento del mismo produce unos efectos en razón de la entrega de la cosa, el artículo 1882 C.C, inciso 2º, consigna los efectos del incumplimiento del vendedor cuando *“por hecho o culpa suya, ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales”*. Pero además se requiere que *“...el comprador haya pagado o esté pronto a pagar el precio íntegro o haya estipulado pagar a plazo”*, como lo manda en el inciso 3º de ese mismo artículo.

Respecto al contrato de compraventa estipulado en la legislación colombiana, Peña Nossa (2000) afirma:

“La legislación colombiana adoptó el sistema romano, denominado del título y del modo, por el cual el contrato de compraventa (título) no es suficiente para transferir la propiedad al comprador, ya que solo surge la obligación para el vendedor de transferirla, pero para que se cumpla con dicha obligación es necesario que realice la tradición (modo), que tiene como causa el título. La tradición está integrada por el elemento objetivo consistente en la entrega material del bien, y el subjetivo consistente en el ámbito de transferir la propiedad, por parte del vendedor” (p. 183).

La compraventa, tanto en el ámbito civil como en el ámbito comercial, tiene características propias que se desprenden de su naturaleza como acto jurídico.

Podemos afirmar que la compraventa es un contrato bilateral, consensual (salvo precisas excepciones de ley), oneroso, principal, nominado, de ejecución instantánea y de libre discusión.

Es un contrato bilateral, por cuanto surgen obligaciones recíprocas para las partes contratantes: el vendedor se obliga a dar la cosa y el comprador a pagar por esa cosa una suma en dinero, o una parte en dinero y otra en especie, siempre que el valor de la especie no sea superior que la parte en dinero.

La compraventa es de carácter oneroso, ya que *“ambas partes pretenden una utilidad gravándose recíprocamente. El comprador persigue la cosa, como medio de beneficio contractual y paga un precio como contraprestación”* (Bonivento, 2008, p. 6).

La compraventa es un contrato de ejecución instantánea, ya que *“cuando las partes expresan su voluntad sobre la cosa y el precio, salvo las excepciones conocidas, el contrato se perfecciona y comienza a ejecutarse. (...) el contrato se cumple en un solo acto, aun cuando las prestaciones estén sometidas a regulación periódica”* (Bonivento, 2008, p .7).

Finalmente, podemos afirmar que la compraventa es un contrato de libre discusión. Este contrato presenta las mayores oportunidades para que las partes negocien todas y cada una de las condiciones y prestaciones a convenir.

2.1.2. Elementos esenciales del contrato de compraventa

De acuerdo con todo lo referido anteriormente, podemos establecer sin lugar a dudas que para que exista compraventa, debe haber un acuerdo de voluntades entre las partes contratantes respecto a dos elementos: la cosa y el precio.

Además, en virtud del artículo 1857 CC, un contrato de compraventa se reputa perfecto desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo algunas excepciones, que exigen ciertas solemnidades, como en el caso de los bienes inmuebles y las servidumbres, y los derechos sobre una herencia.

2.1.2.1. Cosa

La cosa es el segundo elemento esencial del contrato de compraventa, en ella recae o se confunde el objeto del contrato. Si falta la cosa, el contrato simplemente no existe. La entrega de la cosa constituye la obligación principal del vendedor.

Según Bonivento (2008) *“cosa, en el sentido de la compraventa, es todo aquello que es susceptible de ser vendido: un derecho real, un derecho de crédito, o un derecho intelectual”* (p. 59).

La cosa vendida debe cumplir entonces con tres requisitos esenciales: a) que pueda ser vendida, es decir que sea comercializable; b) la exista o se espere que llegue a existir; y c), que sea determinada o singularizada.

El Código Civil en el artículo 1866 establece que pueden ser objeto de compraventa *“todas las cosas corporales, o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por ley”*. Esto quiere decir que, por regla general, todas las cosas comerciales se pueden vender a excepción de las que están prohibidas por la ley. En este sentido, están prohibidas las compraventas de: los derechos de pedir alimentos (art. 424 CC), los derechos de uso y habitación (art. 878 CC), el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva (art. 1520 CC), los derechos que nacen del pacto de retroventa (art. 1942 CC), las cosas indeterminadas e indeterminables (art. 1518 CC), la de una universidad patrimonial en abstracto (art. 1867 CC), los bienes de uso público y los bienes fiscales (art. 674 CC), los bienes comunes a todos por naturaleza (luz, aire, sol), las cosas propias (art. 1872) y la compraventa cuando hay objeto ilícito (art. 1521 CC).

La cosa debe existir o esperar que exista (venta de cosa futura). Claramente lo establece el artículo 1869 CC al estipular que *“la venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno”*, en concordancia con el artículo 1868 CC que señala que *“la venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir...”*.

Finalmente, la cosa debe ser determinada y singularizada, en cuanto a la especie o género y cantidad. No es necesario que la cosa esté individualizada. Así lo establece el artículo 1518 CC de la siguiente manera: *“no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla”*.

2.1.2.2. Precio

El precio es el primer elemento esencial del contrato de compraventa. Si éste falta, el contrato o no existe, o degenera en otra clase de acto jurídico. *“Es el objeto de la obligación del comprador y la causa de la obligación del vendedor”* (Bonivento, 2008, p.7). Pagar el precio es entonces la principal obligación del comprador dentro del contrato de compraventa.

La doctrina ha señalado que en virtud del contrato de compraventa el precio establecido por las partes debe cumplir con los siguientes requisitos: a) debe ser en dinero o parte en dinero y parte en otra cosa; b) debe estar determinado o ser determinable, incluso por terceros; y finalmente, c) debe ser real y serio. El precio debe ser en dinero, según se desprende de los artículos 1849 CC y 905 CCo, cuando estipulan que *“(…) la otra (parte) a pagarla (cosa) en dinero”*, y se considera un elemento esencial por cuanto es el pago del precio en dinero lo que distingue el contrato de compraventa del contrato de permuta. Se debe tener en cuenta que el pago del precio puede ser parte en dinero y parte en otra cosa, siempre y cuando la cosa no tenga un valor superior a la parte que se entrega en dinero. Así lo establece claramente el artículo 1850 CC, en concordancia con el artículo 905 CCo, al estipular que *“cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta en el caso contrario”*.

El precio debe ser determinado o determinable. En este orden de ideas, al artículo 1864 CC estipula que *“el precio de la venta debe ser determinado por los contratantes. Podrá hacerse esta determinación por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen”*.

Por su parte, el artículo 920 CCo establece que *“no habrá compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo”*. En principio las partes, al exteriorizar sus voluntades, convienen el precio de la cosa. Sin embargo el artículo 1865 CC estipula que las partes pueden acordar que el precio sea señalado por un tercero, que debe tener la calidad de *“perito, árbitro o mandatario”* (Bonivento, 2008, p.79). Esta última norma, prohíbe rotundamente que la determinación del precio quede al arbitrio exclusivo de una de las partes.

Finalmente, el precio debe ser real y serio, es decir no simulado ni irrisorio. Que el precio sea real implica que *“el convenido en el contrato es el que paga el comprador al vendedor o se obliga a pagar en dinero o parte en dinero y parte en otra cosa”*. Por ende si no existe correspondencia entre el convenido y el pagado, o en realidad no se paga precio alguno, nos encontramos frente a una donación y no frente a una compraventa. Por su parte, si el precio es irrisorio, este se tendrá por no pactado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 920 CCo.

2.2. Comercio Electrónico

2.2.1. Generalidades

El comercio es una herramienta utilizada por el ser humano desde tiempos ancestrales, ciertamente empleada por el hombre para satisfacer sus necesidades a través del intercambio de bienes y servicios, sino para poder experimentar nuevas propuestas que se presentaban en el mercado, creando muchas veces nuevas necesidades en los seres humanos.

El comercio, en este contexto, de acuerdo con Casado (2009) hace referencia a lo siguiente:

“Término comprensivo de todas las operaciones de compraventa a título oneroso de bienes, derechos y servicios. O aquella parte del sistema económico que pone en relación a vendedores y compradores con vistas a realizar un beneficio...” (p. 178).

A través de los años han aparecido bastantes formas o tipos de comercio. Alrededor de 1920, apareció en los Estados Unidos la venta por catálogo con un adecuado material fotográfico, que incluía tanto las características del producto como las opciones y disponibilidad del mismo, para poder así “capturar” al comprador o mejor al consumidor. Esta forma de comercializar, facilitaba las ventas de bienes y servicios y le brindaba a la persona-consumidor la posibilidad, que desde la comodidad de su hogar, tuviera el privilegio de escoger el producto que le satisfacía y más se acomodaba a sus necesidades.

A mediados de la década de los ochenta, con ayuda de la televisión, surge una nueva venta por catálogo, también llamada venta directa, acá los productos son mostrados con mayor realismo y con la dinámica que pueden ser exhibidos resaltando las características. Esta venta directa se concretaba por vía telefónica y su pago era asumido mediante la utilización de tarjetas de crédito (Sosa, 2005, p.21).

En 1989 aparece un nuevo servicio la *world wide web* (www), en la cual, empleando la tecnología de internet, se enlazaban documentos de otras computadoras y se le podía integrar servicios multimedia. El origen de internet se remonta al proyecto del Departamento de Defensa estadounidense, que pretendía obtener una red que le fuera del todo segura, y desde este momento, nace la primera red conocida como ARPA, red informática que conectaba ordenadores ubicados en diferentes lugares y operaba varios sistemas

operativos. De los protocolos que admitieron ese tipo de interconexión desarrollada en el año 1973, se extraen dos importantes: el protocolo de internet (IP) y el Protocolo de Control de Transmisión.

Esta herramienta informática, llamada Arpanet, tuvo gran acogida en los Estados Unidos. Posteriormente en Europa y el resto del mundo se empezaron a unificar conocimientos informáticos formando la llamada telaraña mundial conocida como la web.

Para el año 1989, Arpanet deja de existir apareciendo otros sistemas como Usenet, Bitnet, fundadas en conceptos de libre acceso a la información y el uso del correo electrónico. Así mismo, aparecen redes privadas como American Online (AOL) y CompuServe, redes que se convertirían en las principales proveedoras mundiales de acceso a internet (Sosa, 2005, p. 14).

Internet además de prestar una ayuda significativa a las universidades y centros de investigación, proporcionaría a las empresas la posibilidad de que a través del uso de la misma, se tenga la posibilidad de realizar múltiples operaciones comerciales (Sosa, 2005, p.15).

Entendiendo Internet como un conjunto de redes locales conectadas entre sí a través de una computadora especial por cada red como conocida como Gateway o puerta. Las interconexiones entre estas se efectúan por medio de diversas vías de comunicación como las fibras ópticas, líneas telefónicas, enlaces por radio entre otros (Sosa, 2005, p. 16).

Las redes situadas en diferentes partes del mundo, utilizan sufijos para indicar el país al que corresponden, así (.es) es usado en España, (.ar) para Argentina, entre otras, de la misma manera existen sufijos que permiten organizar el tipo de red informática como por ejemplo para los sistemas de educación se utilizará (.edu), una oficina de gobierno (.gov), o una organización sin ánimo de lucro (.org). y una vez diseccionada la información, sale de la red

de origen a través de la puerta y de ahí es encaminada de puerta en puerta hasta que llega a la red local (Sosa, 2005, p. 16).

A través del mundo de la informática, se ha permitido desarrollar una serie de herramientas que le sean útiles a todo tipo de usuarios y ubicarse así en la llamada economía digital, el objetivo que se busca que por medio de mecanismos avanzados, consiste en que los usuarios puedan de manera rápida, fácil, segura y económica, acceder a diferentes redes, al mismo tiempo, ampliando de igual forma su información sobre un bien o servicio, e incluso usar el mismo medio para interponer algún tipo de queja o reclamo, desarrollando nuevas formas de comercio entre esos el comercio electrónico.

Es ahora como este gran avance tecnológico ha permitido un mayor nivel de acceso al usuario, independientemente de qué tanto conocimiento posea en informática, es así como se ha cambiado de un precario sistema de comercio con el fin de abrir las puertas a un comercio electrónico.

El comercio electrónico, como una de las clases en las que se manifiesta el comercio, se ha conceptualizado, según Casado (2009) como *“toda forma de transacción comercial o intercambio de relación información relativa a una transacción comercial, que se inicia y perfecciona utilizando tecnología telemática”* (p. 179).

De acuerdo con Sosa (2005), el comercio electrónico se refiere a *“la automatización mediante procesos electrónicos de los intercambios de información, así como de transacciones, conocimientos, bienes y servicios que en última instancia pueden conllevar o no a la contraprestación financiera, a través de un medio de pago”* (p. 24).

El mundo se encuentra en un proceso de globalización sin precedentes. *“Los avances en tecnología y comunicaciones digitales están creando una “economía sin fronteras”. Hoy, para estar en este contexto económico, el conocimiento es un factor de producción más importante que el trabajo, el capital o las materias primas”* (Peña, 2012, p. 523).

El comercio electrónico trae consigo beneficios e inconvenientes. Algunas de las numerosas ventajas que se presentan a la hora de utilizar medios electrónicos para la adquisición de productos, son de acuerdo con Menéndez (2005) las siguientes:

1. Los contratos que se celebran a través de medios electrónicos, dejan de lado la costumbre en cuanto a la entrega personal, para dar lugar a otras alternativas como el correo postal.
2. Ampliación del abanico de ofertas y mejora de la competencia. Esto genera, la posibilidad de llevar a cabo un estudio comparativo calidad/precio del producto o del servicio que se desea conseguir de forma más rápida y clara, gracias al empleo de buscadores que permiten conocer el precio más económico de un mismo producto – o de similares características- entre los ofrecidos por los distintos prestadores de servicios.
3. Celeridad en el acceso a la información, observando que uno de los principales logros de internet es la rapidez de acceso a un sinnúmero de información.
4. Superación del factor geográfico: este era un inconveniente en el tema de la contratación, pero esta herramienta de la tecnología ha facilitado y abierto fronteras.

5. Permitir a todas las personas, disfrutar de manera rápida y sin tanto trámite de sus compras haciendo uso de esos novedosos mecanismos además, se brinda una mayor fuente de información sobre el producto.

Respecto de las desventajas que podrían producirse en materia contractual, tenemos la identificación de las partes, toda vez que, si bien las transacciones u operaciones comerciales parten del principio de la buena fe, no se puede desconocer que la costumbre mercantil prefiere un aspecto más fuerte que genere seguridad jurídica para sus negocios y es por ello que en pro de los intereses económicos de las partes, se implementó el uso de las firmas electrónicas y/o los documentos de identidad electrónicos.

Otro aspecto, consiste en la protección de los datos personales, en este tipo de contratos (usando medios electrónicos), aparte de involucrar a las partes contratantes existen terceros, que de alguna manera pueden llegar a manipular la información de las bases de datos para beneficio propio.

En cuanto a la determinación del momento y lugar de perfección del contrato; si bien es cierto desde que empezaron los movimientos contractuales por internet, surgió el inconveniente de que normatividad se usaría en caso de litigio, o quien sería el competente para conocer del asunto.

Menéndez (2005), al respecto indica “(...) *la localización del lugar de nacimiento del contrato va a determinar la aplicación de una determinada normativa nacional que incidirá, precisamente en el establecimiento del instante en el que se entiende concluido el contrato*” (p. 70).

En razón a los contratos celebrados usando medios electrónicos, se desprenden elementos como la oferta y la aceptación, es pertinente indicar que la autonomía de la voluntad de las partes se aplica en lo referente al comercio electrónico, en donde, las partes contratantes en este tipo de negocio, pueden elegir qué normatividad regirá sus relaciones.

Respecto a la libertad de elección de la ley aplicable para este tipo de contratos, tenemos que tanto la Convención de la Haya de 1986, la cual regula la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías y el Convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, han determinado:

Convención de la Haya de 1986 art. 7º

“1. La venta se rige por la ley escogida por las partes. El acuerdo de las partes sobre esa elección debe ser expuesto o resultar claramente de los términos del contrato y del comportamiento de las partes vistos en su conjunto. La elección puede recaer únicamente sobre una parte del contrato”.

Convención de Roma de 1980 art. 3º

“1. Los contratos se regirán por la ley que elegida por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso, o en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse de forma evidente, de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto”.

Este novedoso sistema de adquisición de bienes y/o servicios ha conseguido que no sólo los pequeños productores manipulen esta gran obra de la tecnología, por el contrario, se ha posicionado en un punto tal que incluso las grandes compañías accedan a él, y así puedan reducir sus costos al hacer uso de la internet como un puente de ventas, llegando a suprimir la venta de manera presencial.

2.2.2. Comercio electrónico en Colombia

2.2.2.1. Generalidades

Las normatividad que regula el comercio electrónico en Colombia es la Ley 527 de 1999, publicada en el diario oficial número 43.637 del 21 de agosto de 1999, el Decreto reglamentario 1747 de 2000, publicado en el diario oficial número 44.160 de 2000 y la Resolución 26930 de 2000 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Al decir del profesor Palazzi (1998) *“la internet es la fuente generadora de una tendencia revolucionaria en el comercio, cuyos efectos son difíciles de predecir. (...) esta nueva forma de intercambiar bienes y servicios a través de redes informáticas ha generado el denominado ‘comercio electrónico’”* (p. 523), regulado en nuestro ordenamiento positivo por la Ley 527 de 1999, que constituye la primera manifestación de la desmaterialización contractual.

Existen varias diferencias marcadas por ventajas o desventajas. Los contratos celebrados por medios electrónicos tienen una ventaja significativa, en el entendido que al hacer uso de la red, se obtiene de manera sorprendente una reducción en los costos. Peña (2012), expone *“las ventajas en la realización de contratos electrónicos y las transacciones que surgen de ellos, no requieren de intermediación”* (p. 523).

Es evidente que ésta herramienta hace notoria la ausencia de papel, lo que en términos económicos disminuye los costos, acelerando trámites que incluso suelen ser innecesarios.

En la Ley 527 de 1999 se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, el comercio electrónico y las firmas digitales, así como se establecen las entidades de certificación, ha definido los mensajes de datos como la *“información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el*

Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

Así mismo, se estipula el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, los cuales maximizan las relaciones de tipo contractual revistiendo como lo menciona nuestro autor de cuerpo normativo al llamado comercio electrónico. En ese orden de ideas, la Ley estipula el valor probatorio de los mensajes de datos. En este sentido Peña (2012) expone:

“Dentro del mundo jurídico, lo realmente importante consiste en poder probar ese derecho que se alude tener y si de comercio electrónico nos referimos, éste no va estar por fuera de esta premisa, ya que al utilizarlo, se debe de igual forma probar esos actos o negocios jurídicos” (p. 536).

Cuando de formación y validez de los contratos se trata, la Ley ha especificado que tanto la oferta como la aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos, además independientemente de ser expresada la voluntad, se requiere que exista una concordancia entre el mensaje que fue enviado y el mensaje que se recibió, ya que puede darse el caso del duplicado de los mismos y con ello generar un posible fraude.

La Ley 527 de 1999 instauró una serie de requerimientos, que deben cumplirse para poder así plasmar en un documento electrónico el negocio jurídico que se desea realizar, abandonando el documento escrito en papel, de manera que se pueda dar celeridad a los procedimientos, o en este caso, a la adquisición de bienes o de servicios, dejando a un lado la costumbre, y adaptándose a los nuevos lineamientos que trae consigo este mundo globalizado.

Peña (2012) estima que existen otros instrumentos a nivel internacional que regulan esta temática, el más destacado de ellos es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de

Mercaderías de Viena de 1980, aprobada en Colombia por la Ley 518 de 1999, siendo considerada para establecer la formación de contratos por medios electrónicos, esto es la oferta y la aceptación.

En cuanto a las normas internacionales que sirvieron de fundamento para la expedición de normas regulatorias de comercio electrónico se encuentra la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI.

2.2.2.2. Compraventa por medios electrónicos

La forma en la que expresamos la oferta y la aceptación, de acuerdo con la ley 527 de 1999, no menciona nada al respecto, pero está enunciada en el artículo 14 así

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

En materia comercial, las ofertas se pueden clasificar en escritas o verbales. Para realizar las ofertas escritas se pueden utilizar varias ofertas como es el caso del e-mail, fax. Cuando la oferta se haga a través de este medio, se debe contemplar que no se aplica la previsión del artículo 851 del Código de Comercio, ateniéndose a que el término de los seis días se debe sumar el de la distancia cuando quiera que el destinatario no resida en el mismo lugar del oferente, en razón a que los medios electrónicos proporcionan la inmediatez necesaria para comunicar las decisiones que se adopten en una negociación, el artículo anteriormente citado expresa.

“Cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia”.

Respecto de las segundas el Código de Comercio, en el artículo 850, establece que la propuesta verbal de un negocio entre presentes, *“deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes”.*

Existen propuestas clasificadas como verbales que se pueden generar por medio de videoconferencia, por vía telefónica, o chat; en estas circunstancias, el destinatario debe aceptarla o rechazarla inmediatamente. La aceptación, puede ser comunicada mediante mensaje de datos, en razón al artículo 14 de la Ley 527 de 1999.

Peña (2012), respecto de la oferta, puntualiza que *“la oferta por medios electrónicos puede ser dirigida a personas determinadas o indeterminadas.”* (p. 541-542).

Las ofertas dirigidas a personas indeterminadas, en particular aquellas ofertas que puedan formularse mediante páginas web, se definen en la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional, en donde dispone en su artículo 14 numeral 2 que *“toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”.*

Ello significa que la publicidad de bienes y servicios en internet no implica que quien la hace quede obligado a contratar por el sólo hecho de que alguna persona manifieste su aceptación (Peña, 2012, p. 543).

En la Ley 518 de 1999, parte II, artículo 14, el cual estudia la formación del contrato de compraventa usando medios electrónicos, indica que *“la propuesta de celebrar un contrato...constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación...”*.

La oferta según el artículo 15 de la Ley surtirá efectos cuando llegue al destinatario, según el artículo 18 de la Ley, *“Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación (...) La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.”*

Según Menéndez (2005) *“el teléfono es un medio de comunicación que permite a las partes la perfección del contrato de forma inmediata, siempre y cuando ellos así lo deseen, es decir de idéntico modo como sucedería si estuvieran físicamente presentes”* (p. 285).

Podría afirmarse que el empleo del chat o videoconferencia permite la *-formación de un contrato de forma instantánea-*, por encontrarse las partes en situación de presencia.

En cuanto al perfeccionamiento del contrato, el artículo 23 de la Ley 518 considera que *“el contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta...”*.

Por otra parte, al hacer referencia a las obligaciones del vendedor y comprador se tiene, como primera medida que las obligaciones del vendedor son de acuerdo al artículo 30 de la Ley, *“el vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato...”*.

Y como obligaciones del comprador tenemos, estimadas en el artículo 53 de la Ley 518, *“el comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato...”*.

En la ley 1480, se tiene que los proveedores y expendedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos, deberán, 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.

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

La aceptación de la transacción por parte del consumidor deberá ser expresa, inequívoca y verificable por la autoridad competente. El consumidor debe tener el derecho de cancelar la transacción hasta antes de concluirla.

Concluida la transacción, el proveedor y expendedor deberá remitir, a más tardar el día calendario siguiente de efectuado el pedido, un acuse de recibo del mismo, con información precisa del tiempo de entrega, precio exacto, incluyendo los impuestos, gastos de envío y la forma en que se realizó el pago.

2.3. Protección del consumidor de comercio electrónico

2.3.1. A nivel internacional

En lo que respecta a la protección del consumidor en las relaciones derivadas del comercio electrónico debe señalarse, la Directiva 97/7/CE, artículo 2º, numeral segundo, identificado como denominaciones, que conceptualiza al consumidor de la siguiente forma: *“toda persona física que, en los contratos*

contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.

En la Directiva 2002/21CE del Parlamento y del Consejo, refiriéndose al término consumidor, en el artículo 2, literal (i), establece que un consumidor debe entenderse como *“cualquier persona física que utilice o solicite un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público para fines no profesionales”.*

Ahora, el Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, artículo 5º, numeral segundo, en razón a los contratos celebrados por los consumidores presenta, *“La elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual”.*

En Resolución del Consejo de la Unión Europea, del 19 de enero de 1999, acerca de la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información, se analiza que los consumidores están especialmente ligados con temas asociados entre otros a la accesibilidad y la asequibilidad; facilidad de uso de equipos; la transparencia, cantidad y calidad de la información; equidad de las prácticas comerciales; la seguridad de los sistemas de pago, incluyendo la firma electrónica; el régimen jurídico aplicable a las transacciones de los consumidores; la responsabilidad; la protección e intimidad de sus datos como también de la tecnología de la información como instrumento informativo.

Al contar con nuevas tecnologías, es lógico que deba existir un nivel de protección equivalente al que rige en las transacciones tradicionales de los consumidores especialmente, en cuanto a la protección de los consumidores frente a las prácticas de comercialización no solicitadas, engañosas y desleales, incluida la publicidad, y el apoyo a que se pongan a disposición del

consumidor medios fiables para filtrar el contenido de los sistemas de comunicación.

2.3.2. En Colombia

2.3.2.1. Generalidades

Con la Ley 1480 de 2011, se pretende aparte de condiciones de equidad y proporcionalidad, proveer a las personas una serie de garantías en el desarrollo de su libre actividad como consumidores, considerándolos la parte débil de la relación, jurídica y económica, de consumo.

Dentro de la protección que busca esta Ley, encontramos que al utilizar un medio electrónico para realizar transacciones comerciales, se debe informar al consumidor la forma de pago, la herramienta que desea utilizar, el tiempo de entrega del bien y/o servicio, de la misma manera debe indicársele acerca del derecho de retracto que al usuario le asiste y su procedimiento para ejercerlo.

Así mismo, al buscar la protección de las partes en la relación jurídica de consumo, debemos indicar que en todo momento se deben publicar las condiciones del contrato, así no se haya expresado la intención de contratar.

El artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, ampliando la protección al consumidor, establece que:

“previamente a la finalización o terminación de cualquier transacción de comercio electrónico, el proveedor o expendedor deberá presentar al consumidor un resumen del pedido de todos los bienes que pretende adquirir con su descripción completa, el precio individual de cada uno de ellos, el precio total de los bienes o servicios y, de ser aplicable, los costos y gastos adicionales que deba pagar por envío o por cualquier otro concepto y la sumatoria total que deba cancelar”.

También, ordena el Estatuto, que se debe disponer de mecanismos para que el consumidor pueda radicar sus peticiones, quejas o reclamos, de tal forma que quede constancia de la fecha y hora de la radicación, para su posterior seguimiento.

Posteriormente, identificaremos los supuestos del artículo 51 del Estatuto, con el fin de examinar a fondo las cargas que tiene cada parte en la relación jurídica de consumo, en los mencionados supuestos, para posteriormente poder establecer si ese aumento en las cargas del proveedor y/o productor, pueden no ser razonables y por ende predicarse de ellas su inconstitucionalidad.

2.3.2.2. Reversión del Pago

El artículo 1602 del Código civil señala que *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, y no puede ser invalido sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Así las cosas, la Ley 1480 en el artículo 51, establece una serie de situaciones de hecho para la procedencia de la terminación unilateral del contrato de compraventa por parte del consumidor, cuando éste se ha realizado por medios de comercio electrónico. De esta manera procede la reversión del pago en los siguientes términos:

“Cuando las ventas de bienes se realicen mediante mecanismos de comercio electrónico tales como Internet, PSE y/o call center y/o cualquier otro mecanismo de televenta o tienda virtual, y se haya utilizado para realizar el pago una tarjeta de crédito, débito o cualquier otro instrumento de pago electrónico, los participantes del proceso de pago deberán reversar los pagos que solicite el consumidor cuando sea objeto de fraude, o corresponda a una operación no solicitada, o el producto adquirido no sea recibido, o

el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso”.

Para que proceda, la reversión del pago, el Estatuto ha establecido un término de cinco días hábiles siguientes, a la fecha en que el consumidor tuvo noticia bien sea de la operación fraudulenta o no solicitada o en el caso que, debió haber recibido el producto y no recibió, o lo recibió defectuoso, o cuando el mismo no corresponde a lo solicitado.

En este evento, el consumidor deberá presentar la queja ante el proveedor y además deberá devolver el producto en caso de ser procedente, aparte, debe el consumidor notificar de la reclamación hecha al proveedor, al emisor del instrumento de pago electrónico con el que se realizó la compra, y en conjunto con los demás participantes del proceso de pago, se procederá a reversar la transacción al comprador.

Cuando exista controversia entre productor y consumidor, respecto de la queja que se interpuso, y la misma fuere resuelta por la autoridad administrativa o judicial, favoreciendo al proveedor, el emisor del pago electrónico, en conjunto con los demás, luego de haber sido notificados de la decisión, cargarán la transacción reclamada al depósito bancario, o será debitada de la cuenta corriente o de ahorros del consumidor, y el dinero que se debite será entregado al proveedor. En el caso de no que existan fondos suficientes, o sea imposible realizar el procedimiento, los participantes del proceso de pago informarán la situación al proveedor, con el fin que éste inicie las acciones pertinentes en contra del consumidor.

En el caso que dicha controversia se resuelva a favor del consumidor, la reversión se entenderá como definitiva. Ahora bien, si la autoridad judicial o administrativa determine que hubo mala fe por parte del consumidor, la Superintendencia podrá imponerle sanciones de hasta cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En cuanto a los participantes en el proceso de pago, se encuentran, las entidades administradoras de los Sistemas de Pago de Bajo Valor, los bancos que manejan las cuentas y/o depósitos bancarios del consumidor y/o del proveedor, entre otros.

En conclusión, respecto a la reversión del pago, podemos decir que ésta se pueda dar en la medida que cumpla con lo siguiente, primero, debe existir una compraventa de un bien, realizada por medio de cualquier tipo de mecanismo electrónico, segundo, que el medio de pago utilizado por el consumidor, se haya dado por medios electrónicos, y tercero que dicha reversión se de en caso de fraude, o cuando corresponda a una operación no solicitada, o el producto adquirido no sea recibido, o el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso.

2.3.2.2.1. El incumplimiento contractual

De acuerdo con el Estatuto del Consumidor, cuando, además de los presupuestos mencionados anteriormente, *“el producto adquirido no sea recibido, o el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso”* podemos ver que se materializa un incumplimiento en las obligaciones contractuales por parte del vendedor (productor o proveedor).

Respecto del contrato, debemos destacar que el proveedor, está en la obligación de incluir en el contrato de compraventa utilizando medios electrónicos, unos requisitos mínimos, como son el dar alcance a las condiciones generales del mismo, por otra parte, éstas deben ser concretas, claras y completas, en el evento en que no se cumpla con ello, se tomará de acuerdo con lo establecido por el Estatuto, como no escritas e ineficaces (art. 37 Ley 1480 de 2011).

De acuerdo con el artículo 38 del Estatuto, estos contratos, *“no pueden incluir cláusulas que permitan al productor y/o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones”*.

En razón a la calidad, idoneidad, y seguridad de los productos, el Estatuto, establece que por incumplimiento de las mismas, se dará lugar a una serie de responsabilidades, a saber:

- Responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantía ante los consumidores.
- Responsabilidad administrativa individual ante las autoridades de supervisión y control en los términos de esta ley.
- Responsabilidad por daños por producto defectuoso, en los términos de esta ley (art. 6).

Según lo ha expuesto la Superintendencia de Industria y Comercio, estas responsabilidades *“surgen en virtud de la Constitución con el fin de restablecer la igualdad de los consumidores frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real del mercado en la que se desenvuelve las relaciones de consumo”*.

En el caso que el vendedor no cumpla cualquiera de las obligaciones que expresamente se encuentran en el contrato, el comprador podrá de conformidad con la Ley:

- a) *Exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones;*
- b) *Exigir la indemnización de los daños y perjuicios;*
- c) *Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial;*
- d) *Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, contrato.*

De la misma forma, el comprador podrá declarar resuelto el contrato, en dos momentos:

a) Si el incumplimiento constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

b) En caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador...”.

Recapitulando, podemos decir, como primera medida que, la reversión del pago, también establece casos en donde se materializa el incumplimiento, y que de la misma manera, éstas situaciones deben alegarse dentro de un término establecido, por otra parte, respecto del contrato de compraventa usando medios electrónicos, el proveedor tiene la obligación, se incluir en el contrato además de las condiciones claras, concretas y completas, usar el idioma castellano, sin olvidar que debe incluir las condiciones generales del contrato.

2.3.2.2.2. La operación de debito

La operación de débito es un contrato en el que intervienen varias partes, entre ellas está la entidad bancaria, el titular de la cuenta (consumidor), y el otro titular de la cuenta (proveedor), por lo tanto, existe una obligación entre la entidad bancaria y el consumidor, a parte existe la obligación del consumidor para con el proveedor y una tercera, que se da entre la entidad bancaria y el proveedor. La primera de ellas, consiste en que a través de autorización expresa por parte del consumidor, se le permita a la entidad bancaria debitar los dineros que sean necesarios, para saldar las obligaciones que el primero contraiga, lo anterior debe quedar registrado en el contrato que realice estas dos partes. Respecto de la segunda situación, tenemos que decir, que luego de haber debitado el dinero de la cuenta de ahorros o cuenta corriente del

consumidor, la entidad bancaria, está en la obligación de realizar la transacción, para que llegue hasta la cuenta del proveedor y con ello cumplir con la obligación que tenía el consumidor para con éste. Por último, tenemos que, entre el proveedor y entidad bancaria también existe un contrato, pero éste se diferencia del contrato bancario que tiene (consumidor – banco), porque, no se debitará ningún dinero de la cuenta del proveedor, sino que por el contrario, se depositarán determinadas sumas de dinero, de acuerdo con los negocios que se realicen, utilizando medios electrónicos.

De la misma manera, en que la reversión del pago se manifiesta en el incumplimiento contractual, podemos decir que en este campo, también existe la posibilidad de hacerlo, por cualquier motivo y aún sin que medie justificación alguna, siempre y cuando el pago se haya realizado por medio de una operación de débito, previamente autorizada por el consumidor.

Con relación a lo mencionado en el párrafo inicial, tenemos que indicar que para que nazca la operación de débito, es necesario contar con un contrato bancario, bien sea el de cuenta corriente o el de ahorros. El primer contrato que mencionamos, es bilateral, en la medida que a las partes (*cuentacorrentista como al banco se asisten obligaciones dentro del contrato*).

El Código de Comercio, en el artículo 1382 indica la definición de cuenta corriente bancaria.

“Por el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco”.

Según (Rodríguez, 2012), *“la cuenta corriente se celebra cuando entre dos comerciantes, existe una relación continuada de negocios. De sus relaciones*

nacen créditos y deudas recíprocas, que se van creando sucesivamente. Uno a otro se remiten mercaderías, dinero, títulos valores”.

El contrato bancario de cuenta corriente, es aquel que se realiza entre la persona, la empresa, y una entidad financiera o bancaria, en el cual el primero se compromete a depositar el dinero y el segundo a garantizar la liquidez y otros servicios a su cambio.

Si no existiera contrato de cuenta corriente, cada operación de la cual surgiera una obligación o se extinguiera otra preexistente daría lugar a una liquidación especial con los pertinentes movimientos de dinero. Por ende, el contrato de cuenta corriente se crea como un mecanismo mediante el cual se evitan las liquidaciones particulares.

Aun cuando hoy se oye hablar de otros medios como el cheque electrónico o las tarjetas prepago recargables, lo más utilizado en la actualidad es el uso de las tarjetas de crédito o débito.

Concluyendo lo anterior, debemos resaltar varios aspectos, el primero consiste en definir la operación de débito, como el contrato bancario realizado entre consumidor- entidad bancaria, consumidor- proveedor y finalmente entidad bancaria- proveedor, en cada uno de ellos, se establecen las obligaciones de las partes. El segundo aspecto que entramos a analizar, se caracterizó por ubicarnos en la reversión del pago que también contempla esta figura y que es amparada por el Estatuto del consumidor, finalmente, tratamos el tema de las clases de contratos bancarios, resaltando dos en especial, el contrato de cuenta corriente y el contrato bancario de cuenta de ahorros.

2.3.2.2.3. El fraude

La cuestión que será objeto de estudio consiste en establecer, cómo a través de la compraventa utilizando medios electrónicos pueden llegarse a presentar

maniobras fraudulentas, situación que no solo interesaría al derecho civil o comercial, pero, sino que involucraría al derecho penal, en la medida que puede llegar a calificar esta conducta como delito.

Debemos contar, con que existe *“una norma ética y una regla moral que subyace, como una imperiosa exigencia, en el campo de las obligaciones”* (Pabón, 2002, p. 250).

En el mundo de los negocios se admite la *“lucha de astucias como algunos la denominan, es decir, un juego de posiciones no explícitas de los contratantes que buscan el beneficio de cada uno aún con mengua de los intereses del contrario”* (Pabón, 2002, p. 250). Aunque no es fácil determinar cuándo dicho juego se encuentra dentro de los límites de la moral o cuándo sobrepasó los límites convirtiéndose en delito.

En materia contractual, uno de los elementos para que los negocios salgan correctamente, consiste en la confianza, siendo esta de carácter subjetivo, pero argumentada en el principio de la buena fe y la creencia en la honestidad de la contraparte, pero, cuando el contrato se celebra utilizando medios electrónicos, no podemos hablar de un fraude entre las partes, sino, de fraude por obra de un tercero.

El fraude por obra de un tercero, se genera cuando, dicho tercero suplanta al titular de la cuenta de ahorros, cuenta corriente (consumidor). Tarjeta de crédito, etc., luego, realiza la compra del bien y/o servicio por medios electrónicos, y utiliza para realizar el pago, la tarjeta de crédito, débito o cualquier otro instrumento de pago electrónico del consumidor, finalizando con el recibo del producto, posteriormente, el valor de la compra es debitado de la cuenta del titular, y es allí donde él se entera de la situación.

Es preciso indicar, que el fraude en estas circunstancias, lo que está generando es una afectación no sólo a los intereses económicos de las partes, sino que afecta de manera significativa una nueva forma de hacer negocios.

El consumidor, teniendo en cuenta lo que establece el Estatuto, cuenta con unos términos para alegar, con el fin, que se haga la respectiva devolución del dinero, según esto, el plazo que se estable, de acuerdo con el artículo 51, es de cinco (5) días hábiles siguientes, desde que tuvo noticia del fraude o de la operación no solicitada, para que proceda la reversión, lo anterior nos lleva al siguiente análisis, si el Estatuto únicamente establece este tiempo para reclamar y lograr así reversar el pago, debe ocurrir lo mismo, cuando el consumidor afectado, bien sea, por razones de distancia u otras, no asiste para la reclamación, en el término que se estipuló.

Siendo así, el consumidor deberá presentar la respectiva queja ante el proveedor y devolver el producto, en caso de ser procedente, a parte, debe notificar de la reclamación al emisor de pago electrónico, el cual en conjunto con los demás participantes del proceso de pago, procederán a reversar la transacción.

En el evento en que exista controversia entre el proveedor y el consumidor, derivada de una queja y esta se resuelva a favor del proveedor, el emisor del pago, en conjunto con los demás participantes del proceso de pago, una vez notificados, cargará la transacción reclamada al depósito bancario o instrumento de pago correspondiente, o lo debitará de la cuenta del consumidor, y el dinero será puesto a disposición del proveedor.

En caso de que la autoridad judicial o administrativa determine que hubo mala fe por parte del consumidor, la Superintendencia podrá imponerle sanciones de hasta cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Antes del Estatuto, quien era el sujeto pasivo de esta situación era el consumidor, ahora con la Ley 1480, quien vino a tomar este lugar ya no es el consumidor, sino que por el contrario es el proveedor, viéndose un aumento en las cargas.

Si examinamos los diferentes inconvenientes que se presentan en el desarrollo del contrato de compraventa, utilizando medios electrónicos, vemos involucrados aspectos de interés general, que podemos considerarlos como delitos, porque como lo expresa Pabón

“... la conducta fraudulenta dentro de un negocio no sólo lesiona el derecho de libre disposición de la contraparte sino que perturba el orden jurídico y atenta al normal desenvolvimiento de la economía, no únicamente la privada sino también la pública o colectiva, y por este aspecto interesa primordialmente al derecho penal” (p. 249).

Según Pabón, (2002), *“De ahí que vaya perdiendo vigencia la concepción de que lo que sucede dentro de un contrato sólo interesa al derecho civil y para nada a las demás ramas del orden jurídico, menos que a todas al derecho penal” (p. 249).*

Sintetizando todo lo anterior tenemos que establecer, en primer lugar, que en materia de contratos utilizando medios electrónicos, también se da la posibilidad de incurrir en fraude, pero no entre las partes contratantes, sino por causa de un tercero, por otra parte, cabe mencionar que en los eventos que se presente el fraude, también existe la posibilidad de reversar el pago, finalmente independientemente de la normatividad específica de un tema, no se puede dejar de lado otras ramas, que podrían servir para complementar vacíos del mismo.

CAPÍTULO III

DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 51 DE LA LEY 1480 DE 2011

En este capítulo, aparte de exponer el test de razonabilidad, pretendemos aplicarlo a cada uno de los supuestos que trae consigo el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011, y con ello, poder establecer si puede considerarse razonable o no cada postulado que trae la norma y si cada uno de estos vulnera o no derechos fundamentales.

3.1. Test de Razonabilidad en abstracto

Teniendo en cuenta la necesidad de elaborar un concepto adecuado para el estudio de la razonabilidad, vemos la urgencia de configurar de forma clara la relevancia jurídica de la Constitución.

Los principios que generan derechos individuales son relevantes para el razonamiento, sin embargo, el sentido normativo de la Constitución, si bien se considera posible, será útil en determinados contextos. El concepto normativo bajo el cual la Carta Magna aparece como relevante, se refiere no a principios que establecen derechos, *“sino a procedimientos de toma de decisiones básicas en una unidad política que constituyen una estructura de organización del poder... la Constitución sería relevante porque ella establece un procedimiento plausible para resolver pacíficamente los conflictos...”* (Nino, 1992, p. 18).

Se puede señalar que la regla de reconocimiento y la Constitución que la contiene, permitiría fundamentar la unidad e identidad del sistema jurídico, pero cabe extender esta afirmación, al decir que desde luego al existir Constitución

habrá la posibilidad de ser insuficiente en temáticas determinadas y es por ello que se recurre a otros elementos que ayuden a complementar la materia.

Es por ello que se ofrece una madura idea de contemplar a la Constitución como norma de normas y partir de allí, hacer juicios de razonabilidad en cada caso concreto. Pero con lo anterior, no se agotan los intereses que tiene el legislador, en que al aplicar esta herramienta a cada caso se obtenga si bien una denominación favorable y por ende racional o desfavorable y por lo mismo irracional.

Vale decir, que en lo que tiene que ver con el test de razonabilidad, este está configurado, a través de una serie de pasos que le imprimen objetividad al análisis de inconstitucionalidad.

La razonabilidad es entendida como una herramienta para evaluar si la norma expedida por el legislador resulta o no violatoria de los derechos fundamentales, cuando a través de una determinada medida, el legislador prevé un trato diferenciado a grupos o personas que en principio se deben tratar de la misma manera, o un trato igualitario a personas o grupos cuando deben ser tratados en forma diferenciada. En el test de razonabilidad *“el juez debe analizar la legitimidad del fin perseguido, determinar igualmente la legitimidad del medio para luego establecer si existe una relación de razonabilidad entre el medio utilizado y el fin que se pretende alcanzar”* (Quinche, 2010, p. 190).

En el test de razonabilidad, el juez debe examinar varios aspectos dentro de los cuales se encuentra si la medida es o no adecuada o si esta constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido, si el trato diferente es o no necesario o indispensable para lo cual debe el funcionario analizará si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos Quinche (2010) *“de sacrificio de un derecho o un valor constitucional”* (p. 192), y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficiencia el fin propuesto,

finalmente el juez realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tenga mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.

De acuerdo con Quinche (2010) existen tres pasos metodológicos del juicio de igualdad, que nos determinarán una serie de reglas que deben ser aplicadas de acuerdo con la intensidad del test, en cada caso concreto.

- **Paso uno:** Se trata de examinar si existe o no una intervención *prima facie* en el principio de igualdad, es decir, se busca verificar si hay tratos diferenciados entre personas colocadas en la misma condición o tratos igualitarios entre personas que deben ser tratadas de distinta manera.
- **Paso dos:** luego de haber determinado si existió una diferenciación o no en el trato, se procede a examinar la situación y decidir el tipo de escrutinio que va ser utilizado, es decir, si es un juicio leve, intermedio o estricto.
- **Paso tres:** determinada la clase de escrutinio, se aplicará a cada uno de los subprincipios del principio de proporcionalidad.

De acuerdo con lo anterior debe distinguirse en el caso concreto, cuando debemos enfrentar determinada medida a un estudio estricto, intermedio o leve de razonabilidad.

El test leve se limita a establecer dos operaciones, determinar si el fin buscado y el medio empleado, son legítimos es decir, no están constitucionalmente prohibidos y establecer si el medio escogido es adecuado es decir es idóneo para alcanzar el fin propuesto.

La Corte Constitucional ha aplicado esta clase de test en forma generalizada en ciertos casos como:

- Cuando la norma versa sobre materias económicas.
- Cuando la norma versa sobre materias tributarias.
- Cuando la norma versas sobre materias de política internacional.
- En los casos de ejercicio de competencia específica, ejercida por un órgano institucional.
- Cuando se examina la constitucionalidad de una norma anterior a la Constitución, que aún surte efectos.

En la sentencia C- 673 de 2001, la Corte Constitucional establece:

“La intensidad leve como punto de partida del test de razonabilidad tiene como fundamento el principio democrático, así como la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas. La aplicación ordinaria de un test leve en el análisis de razonabilidad tiene como finalidad exigir que el legislador no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de racionalidad”.

Lo anterior nos permite, esclarecer que es necesario contar de primera mano con el análisis que nos permite hacer el test leve, con ello, el legislador tendrá un punto de partida argumentado de manera lógica, empírica y por lo tanto racional.

Este juicio involucra elementos más exigentes de análisis en comparación con el test leve. Como primer aspecto se debe evaluar que el fin buscado por la norma, sea no sólo legítimo, sino constitucionalmente importante, al promover intereses públicos valorados por la Constitución; y segundo, que el medio no sea sólo adecuado, sino que también efectivamente conducente para alcanzar el fin juzgado.

De la misma manera, este escrutinio se usa para ciertos eventos:

- Cuando la medida pueda afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental.
- Cuando existan indicios de arbitrariedad que afecten la libre competencia.
- Cuando se evalúan acciones afirmativas o acciones de discriminación adversa.

Para el nivel más fuerte del test de razonabilidad, el escrutinio estricto, los elementos de análisis de la constitucionalidad son aún más exigentes. Como primer paso debemos establecer si el fin que se persigue con la medida debe ser legítimo, importante e imperioso. A continuación, debemos determinar si el medio escogido además de adecuado y conducente, sea necesario. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad (en sentido estricto), que exige que los beneficios derivados de la adopción de la medida sean mayores a las desventajas que operen sobre otros principios y valores constitucionales.

La Corte ha optado por desarrollar un test estricto de razonabilidad para ciertos eventos, el primero de ellos, cuando está de por medio una clasificación sospechosa como (sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica), enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; segundo, cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; tercero, cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; y cuarto, cuando se examina una medida que crea un privilegio.

En sentencia C- 673 de 2001, la Corte Constitucional justifica la aplicación de un test de razonabilidad de intensidad estricta. De acuerdo con esta colectividad *“las limitaciones constitucionales impuestas al legislador en determinadas materias en la propia Constitución justifican en determinados casos la aplicación de un test de mayor intensidad”*.

El examen de constitucionalidad al que se enfrenta una norma legal, supone de la intervención de la jurisdicción constitucional en la orbita de competencias del legislador, en aras de preservar como lo ha analizado la citada sentencia, valores y principios constitucionales. No obstante las limitaciones constitucionales impuestas al legislador en determinadas materias, en la propia Constitución justifican en determinados casos la aplicación de un test de mayor intensidad.

3.2. Test de razonabilidad aplicado al artículo 51 de la Ley 1480 de 2011

En este aparte pretendemos aplicar el juicio de razonabilidad a las situaciones de hecho que plantea el artículo 51 del nuevo Estatuto del Consumidor en torno a la reversión del pago, cuando la compraventa se realice a través de medios electrónicos. La mencionada norma establece:

“Cuando las ventas de bienes se realicen mediante mecanismos de comercio electrónico tales como Internet, PSE y/o call center y/o cualquier otro mecanismo de televenta o tienda virtual, y se haya utilizado para realizar el pago una tarjeta de crédito, débito o cualquier otro instrumento de pago electrónico, los participantes del proceso de pago deberán reversar los pagos que solicite el consumidor cuando sea objeto de fraude, o corresponda a una operación no solicitada, o el producto adquirido no sea recibido, o el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso”.

Del artículo anterior podemos distinguir tres situaciones de hecho, las cuales serán objeto de análisis. La primera de ellas hace referencia al incumplimiento contractual, la segunda a la operación débito y finalmente cuando se presenta una suplantación o fraude. A continuación las desarrollaremos separadamente.

3.2.1. Constitucionalidad en el incumplimiento contractual

La figura del incumplimiento contractual la podemos extraer en los términos del artículo 51 del Estatuto del Consumidor en torno a la procedencia de la reversión del pago cuando *“el producto adquirido no sea recibido, o el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso”*.

La figura de incumplimiento contractual en la reversión del pago, se trata de modo distinto a dos destinatarios diferentes del derecho, que debían tratarse de modo igualitario, si bien es cierto, la Ley 1480 salvaguarda al consumidor en diferentes aspectos, en el caso del empresario es desigual, en la medida que se trata distinto al proveedor o productor tradicional en relación con aquel que utiliza medios electrónicos para realizar sus negocios, teniendo en cuenta que no se le dan las mismas garantías al consumidor tradicional en caso de que el empresario incurra en incumplimiento contractual.

Debe resaltarse que aparte de la protección a nivel constitucional, existe normatividad que adopta y salvaguarda derechos y las garantías de las partes contratantes, por ende, en la reversión del pago en cuanto al incumplimiento contractual, podemos afirmar que no está excluido por el ordenamiento jurídico y el fin perseguido con la medida es legítimo a nivel constitucional.

Respecto de las partes en la relación jurídica de consumo, como éstas no se encuentran dentro de la clasificación de criterio sospechoso que establece la carta en el inciso 1 del artículo 13, tampoco recae en personas o grupos especialmente protegidos por la Constitución, no representa *prima facie* una grave afectación un derecho constitucional fundamental ni mucho menos, crea un privilegio, descartamos la aplicación de un test estricto de razonabilidad.

Por otra parte, como la diferencia de trato no nos indica que exista una promoción y producción de los desfavorecidos, entonces no puede aplicarse el test intermedio en este punto, por tal motivo, el test que utilizaremos en este caso es el leve.

Como se estableció anteriormente, el test leve se limita a establecer dos operaciones, determinar si el fin buscado y el medio empleado, son legítimos es decir, no están constitucionalmente prohibidos y establecer si el medio escogido es adecuado es decir es idóneo para alcanzar el fin propuesto.

En cuanto al fin buscado, la protección del consumidor como parte débil en la relación jurídica de consumo, no está prohibido por la Constitución, por el contrario, es una obligación del Estado, en virtud principalmente del artículo 78 CN. En cuanto al medio empleado, es decir la procedencia de la reversión en caso de incumplimiento contractual, también es constitucionalmente legítimo, y se aprecia como un medio idóneo para alcanzar el fin.

Podemos establecer que la medida de reversión del pago en este caso es idónea, ya que cuando se presenta incumplimiento contractual por parte del empresario, ya sea porque la entrega de la cosa no se realizó, o se entregó defectuosa o lo que se recibió no correspondía a lo que se solicitó, la medida protege los derechos del consumidor de una manera clara y concreta.

La ley, contempla un término de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que el consumidor debió haber recibido el producto o lo recibió defectuoso o sin que correspondiera a lo solicitado, para que el consumidor eleve la respectiva queja ante el proveedor y devolver el producto, cuando sea procedente, y notificar de la reclamación al emisor del instrumento de pago electrónico utilizado para realizar la compra. De realizarlo le procederá la reversión del pago, materializando la protección de sus derechos.

Respecto a la necesidad, tenemos que la reversión del pago en el supuesto del incumplimiento, además de ser idónea, no existe medida alternativa para

alcanzar el fin legítimo. La medida es coherente con otras normas del ordenamiento civil y comercial colombiano, y responde al incumplimiento en las obligaciones contractuales por una de las partes envueltas en el negocio jurídico.

Respecto al último aspecto, encontramos que la medida es proporcional, ya que el consumidor, como individuo en situación de desventaja respecto del empresario, es protegido en caso de incumplimiento contractual del último, quien a su vez, en forma proporcional es obligado a devolver el dinero cuando el generó la situación de incumplimiento.

3.2.2. Constitucionalidad en la operación de debito

La figura de la operación de debito, la podemos extraer en los términos del artículo 51 del Estatuto del Consumidor en torno a la procedencia de la reversión cuando los *“pagos correspondientes a cualquier servicio u obligación de cumplimiento periódico, por cualquier motivo y aún sin que medie justificación alguna, siempre que el pago se haya realizado a través de una operación de débito automático autorizada previamente por dicho consumidor”*.

En la operación de debito, existe un trato discriminado a dos destinatarios diferentes del derecho que debían tratarse de modo igualitario, en la medida que el empresario tradicional, no tienen las mismas condiciones que los empresarios que utilizan medios electrónicos para la realización de sus negocios. El empresario tradicional no hace devolución de un pago de una obligación existente a solicitud del consumidor, sin que medie justificación, como es la inexistencia de la obligación. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 51, al empresario que recibió un pago en virtud de una operación de débito, le puede ser descontada la suma pagada hasta cinco (5) días después de efectuar el pago, sin que tenga que justificar la mencionada solicitud, es decir, que aun existiendo una obligación a cargo del consumidor, este puede reversar la operación.

Tenemos que en cuanto al test que debe utilizarse en este caso, como los criterios no son sospechosos, tampoco recaen en personas o grupos especialmente protegidos por la Constitución, no representa *prima facie* una grave afectación un derecho constitucional fundamental ni mucho menos, crea un privilegio, se descarta la aplicación de un test estricto de razonabilidad en el juicio. Así mismo, como la diferencia de trato no nos indica que exista una promoción y protección de los desfavorecidos, entonces no puede aplicarse el test intermedio. Por tal motivo, el test que utilizaremos en este caso es el leve.

Ahora verificaremos la legitimidad constitucional del fin buscado y evaluaremos la idoneidad de la medida, en cuanto a la operación de debito, aunque el ordenamiento jurídico no la contempla explícitamente, sí existe garantía y protección en cuanto se manipulan transacciones por medio de mecanismos electrónicos, podemos afirmar que esta la reversión del pago en razón a la operación de debito, no está prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, incluso la normatividad civil, comercial e incluso internacional, se ha pronunciado sobre el ello, ampliando su cobertura de protección.

En cuanto a la necesidad, tenemos que la reversión del pago en la operación de debito, es idónea para alcanzar el fin propuesto constitucionalmente, toda vez que no existe otra medida que pueda ser adecuada a esta situación de hecho.

Por último, respecto de la proporcionalidad buscamos examinar el grado de afectación del derecho fundamental acontecido en virtud de la medida, resulta o no proporcional al cumplimiento del fin constitucionalmente buscado. Como estamos manejando el test leve, encontramos que el grado de realización de la reversión del pago en la operación de débito, es equivalente al grado de afectación del principio de igualdad, como se mencionó en el supuesto anterior, el consumidor tiene mayor protección que el productor- proveedor, en la operación de debito, el proveedor-productor deja de recibir dinero pero aun puede cobrar la obligación y siendo así no se vería afectado significativamente, por tal motivo decimos que esta medida es constitucional.

3.2.3. Constitucionalidad en materia de fraude.

La figura del fraude o de la operación no solicitada, la podemos extraer en los términos del artículo 51 del Estatuto del Consumidor en torno a la procedencia de la reversión del pago cuando *“el consumidor sea objeto de fraude, o corresponda a una operación no solicitada”*.

Tanto en el fraude, como en la operación no solicitada, se trata de modo distinto a dos destinatarios diferentes del derecho, que debían tratarse de modo igualitario, es decir, tanto al empresario tradicional, como al que utiliza medios electrónicos para la realización de los negocios.

Cuando el consumidor es objeto de fraude, o se presentó una operación no solicitada, de acuerdo con la ley, tiene cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento para proceder a tramitar la respectiva queja con el fin que se le reverse el pago realizado, en este supuesto, el trato desigual se materializa cuando debe ser el empresario que utiliza medios electrónicos para su negocios, quien asume la carga. En cuanto al empresario tradicional, al configurarse una situación similar, por ejemplo cuando algún sujeto suplanta de manera presencial a otro sujeto y utiliza una tarjeta débito o crédito, quien asume la pérdida es directamente el consumidor.

Este supuesto de hecho requiere un estudio más estricto, en la medida de que, en la reversión del pago cuando se presenta operación no solicitada o fraude, no existen criterios sospechosos, el test en sentido estricto quedaría por fuera. Aunque podría, por ser este un asunto que implica materias económicas, aplicarse el test leve, la jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando se puede afectar la libre competencia, como en este caso, se procederá a aplicar un test intermedio de razonabilidad. Así las cosas el test que será usado para esa medida consiste precisamente en el escrutinio de intensidad intermedia.

A través de este juicio, como se determinó previamente, se debe evaluar que el fin buscado por la norma, sea no sólo legítimo, sino constitucionalmente importante, al promover intereses públicos valorados por la Constitución; y que el medio no sea sólo adecuado, sino que también efectivamente conducente para alcanzar el fin juzgado.

Podemos afirmar que el fin perseguido con la reversión del pago en caso de fraude cumple con el requisito de legitimidad, pues la protección de los derechos del consumidor no sólo no está prohibida en la Constitución, sino que es una obligación del Estado. Así mismo, podemos establecer que este fin es constitucionalmente importante, porque dentro del sistema económico colombiano, que la Corte Constitucional ha denominado Economía Social de Mercado, proteger la parte débil de la relación jurídica de consumo, es en últimas asegurar el mantenimiento de las condiciones de mercado, en virtud de los lineamientos establecidos en la misma Constitución.

Sin embargo, el medio no parece el adecuado y mucho menos efectivamente conducente para alcanzar el fin juzgado. A primera vista podríamos afirmar que la reversión del pago cuando se presente fraude o una operación no solicitada, parece considera idónea, toda vez que salvaguarda derechos e intereses económicos del consumidor. Pero, podemos determinar que existe otra medida alternativa, que no precisamente le compete al empresario y que permite cumplir el fin, de una manera más eficiente, si se quiere de una manera más idónea.

Todo se establece a partir de las obligaciones que se tienen respecto del consumidor. El empresario (vendedor) tiene una obligación primordial en relación con el contrato de compraventa: entregar la cosa, cuando el consumidor o si se quiere el presunto consumidor ha realizado el pago. Por su parte, la entidad bancaria, quien ha emitido el medio de pago, en virtud de las obligaciones contractuales, debe tomar las medidas necesarias para que las transacciones y demás servicios ofrecidos al consumidor sean lo más seguras

posibles. Si comparamos las posibilidades de acceso de información del consumidor, de verificación de identidad y de hacer más seguras las transacciones, entre el empresario y la entidad financiera, se ve claramente, que es ésta última, la que debería asumir la carga que en virtud del artículo 51 le ha sido asignada al empresario.

Por último, respecto de la proporcionalidad buscamos examinar el grado de afectación del derecho fundamental acontecido en virtud de la medida, resulta o no proporcional al cumplimiento del fin constitucionalmente buscado. Como estamos aplicando el test intermedio, encontramos que el grado de realización de la reversión del pago en el fraude o en la operación no solicitada, no es equivalente al grado de afectación del principio de igualdad, en la medida que en este caso no hay un trato igual a los empresarios tradicionales es decir, a aquellos que no usan medios electrónicos para la venta de sus productos, respecto de los que si lo hacen, pero especialmente, porque la carga debería recaer en la entidad que emitió el medio de pago.

Por otra parte, la carga que se le atribuye a los proveedores-productores es desproporcional, en cuanto no es función de ellos establecer las irregularidades en los pagos efectuados por medios electrónicos, esto a la entidad bancaria, lo que ciertamente interesa a estos sujetos (proveedor-productor) consiste en la entrega del bien y su calidad, por ser estas las obligaciones principales establecidas en el contrato de compraventa. Por lo tanto podemos afirmar que es inconstitucional esta medida.

A este supuesto de hecho hemos aplicado un escrutinio intermedio, y así mismo hemos encontrado por lo menos una medida alternativa más idónea para alcanzar el fin legítimo, llegamos a la conclusión de que ésta medida debe reputarse inconstitucional, por cuanto no pasó el examen de razonabilidad.

CAPITULO IV

DE LA EFICIENCIA DEL ARTÍCULO 51 DE LA LEY 1480 DE 2011

4.1. Análisis Económico del Derecho

El acelerado avance que tiene cada vez más esta sociedad, genera que el individuo se enfrente también a unos cambios de manera reflexiva, siendo complejas las decisiones que asume.

Las personas con un espíritu egoísta han buscado desde sus orígenes la satisfacción personal o bien llamado beneficio particular, es por ello que al tener latente una situación de esta magnitud, se ha desarrollado una herramienta fundamental como es el derecho, el cual no sólo intenta involucrarse en las relaciones particulares sino también abarcar las colectivas.

Es por ello, que para hablar del *“desarrollo social, contemplando así el bienestar general, el ordenamiento jurídico quedaría corto sino se integra con otras áreas como el análisis económico para la cuestión que se estudia”* (Pinzón, 2010, p. 13).

El análisis económico del derecho ha ofrecido una forma diferente de razonamiento, en la medida que, en cada caso particular se pretende hacer un estudio desde lo más íntimo del tema, hasta buscar así una respuesta, entendida como, si es eficiente o no la medida que se ha tomado, de acuerdo a los comportamientos que ha tenido el individuo.

Aunque el análisis económico del derecho, no puede ser considerado como una herramienta novedosa, sino más bien un método tradicional, si se puede inferir que esta *“práctica tiene un componente nuevo, es el caso de la aplicación en el ámbito académico nacional y su introducción en las escuelas del derecho, economía y finanzas en Colombia”* (Pinzón, 2010, p.14).

Es imposible como lo indica Posner (2011).

“Comprender la lógica del análisis económico del derecho si no se entienden los tres presupuestos principales que los fundamentan, estimados de la siguiente forma, la racionalidad del comportamiento de los individuos; la eficiencia como finalidad de las decisiones racionales y por último las normas jurídicas como mecanismos de incentivos traducibles a precios que inciden en la conducta de los individuos” (p. 44).

En cuanto al primer escenario que se nos presenta, se debe indicar que la racionalidad es considerada un concepto obvio e incontestable. Ahora, el sentido formal de la racionalidad que usa la teoría de la elección racional se basa en *“el supuesto de que las preferencias de los sujetos tienen las propiedades de ser completas (el sujeto las conoce y puede ordenarlas), reflexivas (implica que todo conjunto de preferencias, es al menos tan buena como sí misma), transitivas (si un sujeto prefiere una opción A antes que una opción B y una B antes que la C, entonces necesariamente preferirá también la opción A sobre la C) y continuas (si existen dos alternativas cercanas entre sí que ocupan una posición superior a otra, el individuo escogerá una de las dos)”* (Posner, 2011, p. 44-45).

En torno de la eficiencia, la teoría, como lo señala Posner (2011), *“tiene aspectos normativos y positivos, lo que hace al papel positivo del análisis económico del derecho -el intento de explicar las reglas y los resultados legales tales como son, en lugar de cambiarlos para volverlos mejores-”* (p.57). Pocas opiniones judiciales contienen referencias explícitas a los conceptos económicos. Lo que llamamos la teoría de la eficiencia del derecho común, no es que toda doctrina y decisión del derecho común sea eficiente, *“la teoría es que el derecho común se explica mejor (no perfectamente), como un sistema para la maximización de las riquezas de la sociedad”* (Posner, 2011, p.58).

Cuando hacemos referencia a la eficiencia, lo primero que debemos mencionar es que es el principal instrumento para evaluar y comparar las decisiones económicas. Posner (2011) identifica un concepto intuitivo de eficiencia conceptualizándolo como “*la actividad que produce el nivel máximo posible de beneficio o la actividad que se desarrolla con los menores costos o minimizando costos*” (p. 48).

Por la misma razón los economistas en la actualidad mencionan de acuerdo con el concepto de eficiencia de Pareto, que se puede hablar incluso de soluciones Pareto-eficientes, considerándolas neutrales desde el punto de vista valorativo.

La temática de Pareto, sostiene que, una situación es un óptimo de Pareto cuando no se puede hacer una asignación de recursos que no le cause el empeoramiento de la situación para al menos una persona, como lo anterior es difícilmente verificable, se utilizará el criterio de Kaldor – Hicks, que parte de un supuesto mucho más cercano a lo que ocurre en realidad, lo relevante es que las ganancias en utilidad del grupo beneficiado sean superiores a las del grupo perjudicado.

Dado que aparecen unos inconvenientes en la distribución, este asunto parece asumir también el *Teorema de Coase*, en la medida que, al existir ausencia de los costos de transacción el derecho es irrelevante para la obtención de asignaciones eficientes de recursos.

Según el *Teorema de Coase*, en ausencia de costos de transacción, las partes intervinientes en un acuerdo llegarán siempre a la solución más eficaz con independencia de cual sea la asignación inicial de derechos que haga un sistema jurídico. Entendiéndose por costo de transacción, como “*cualquier costo relativo al establecimiento, mantenimiento o conservación de un derecho con valor económico*” (Posner, 2011, p. 51).

El tercer supuesto, para el análisis económico del derecho, consiste en que las normas funcionan como sistemas de incentivos para sus destinatarios y a los cálculos racionales de los sujetos se les asigna un precio.

Los precios que establecen las normas son negativos, refiriéndose a sanciones penales, multas, acciones civiles por incumplimiento de contratos, embargos, etc., pero también pueden ser positivos en la medida que las normas jurídicas en otro sentido, estimulan una conducta mediante subsidios o premios.

A continuación, haremos la revisión de cada supuesto que trata el artículo 51 del Estatuto del Consumidor, a la luz del análisis económico del derecho, estableciendo a partir de ello si es posible considerarlo eficiente o no.

4.2. Eficiencia de la reversión del pago a la luz del análisis económico del derecho

4.2.1. Eficiencia en el incumplimiento contractual

De acuerdo con el artículo 51 del Estatuto del Consumidor, cuando, la compraventa se realice por medios electrónicos y *“el producto adquirido no sea recibido, o el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso”* se materializa un incumplimiento en las obligaciones contractuales por parte del vendedor (productor o proveedor).

Esta norma se encuentra en concordancia con los efectos que, en razón de la entrega de la cosa, le atribuye el artículo 1882, inciso 2º del Código Civil, al incumplimiento del vendedor, así: *“si el vendedor, por hecho o culpa suya, ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de el, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios (...)”*.

A partir de la norma en mención, procederemos a aplicar los preceptos del análisis económico del derecho a la reversión del pago, cuando el vendedor, sea productor o proveedor, incurre en incumplimiento.

4.2.1.1. Racionalidad

Lo que pretendemos establecer, es si la medida puede considerarse racional o no a la luz del análisis económico del derecho. Lo que quiere decir, que debemos establecer si la forma en la que los sujetos actúan en las situaciones de hecho previstas en la norma, es racional. Para ello, debemos tener en cuenta que la racionalidad debe ser completa, reflexiva, transitiva y continua. Si se dan estas características, podemos predicar que los sujetos actuarán racionalmente.

Esto quiere decir que los sujetos que participan en la relación jurídica de consumo a través de un contrato de compraventa por medios electrónicos, consumidor y productor o proveedor, así como el emisor de medio de pago utilizado para realizar la operación, normalmente una entidad bancaria, se encuentran totalmente conscientes de sus posibilidades y actúan, preservando sus intereses dentro de esas posibilidades y escogerá si actúa u omite hacerlo, o simplemente la forma en la que actúa.

La medida de la reversión del pago en el caso del incumplimiento contractual, parte del principio de que es el vendedor el que incumple sus obligaciones y por ende que es éste quien debe sufrir un “castigo” al obligársele a devolver el dinero.

En ese orden de ideas, la racionalidad del consumidor no se encuentra en entredicho, ya que éste, ha actuado en forma racional o por lo menos se puede presumir fuertemente que lo ha hecho. De las múltiples opciones que se le presentan a un consumidor en el mercado están principalmente, la de adquirir

bienes o servicios de manera tradicional, si se quiere presencial, o en el mundo del comercio electrónico.

El consumidor racional, organiza sus preferencias en razón a múltiples factores, como experiencia, nivel de ingreso, edad, sexo, etc. Un consumidor, basado en su experiencia, decide en primera medida, que bienes o servicios se pueden adquirir de manera tradicional y cuales puede adquirirlos a través de páginas web. Vamos a poner un ejemplo. Un consumidor debe almorzar en su lugar de trabajo diariamente y un día cualquiera decide probar un restaurante que no ha visitado previamente. El consumidor tiene varias alternativas, entre ellas, acercarse al lugar directamente y verificar si tiene las características de higiene, que él considera suficientes para consumir alimentos allí y verificar el menú para saber cuál es la oferta de productos y sus respectivos precios; o puede tomar su directorio telefónico, cada vez más en desuso y buscar en un listado o quizás en un anuncio un restaurante que le llame la atención, y realizar una llamada telefónica, preguntar por el menú ofrecido, los precios y realizar un pedido; o puede tomar su ordenador y a través de un motor de búsqueda, encontrar la página web y navegando encontrar toda la información que requiere. Un consumidor racional establece sus posibilidades, las pone en orden y toma una decisión.

Es probable que el consumidor tradicional encuentre racional ir al restaurante nuevo, si para él las condiciones de higiene son tan importantes, que él mismo deba “comprobarlas”, y que el tiempo y dinero dedicado al desplazamiento son los adecuados para preferir hacerlo en vez de quedarse en su oficina. Por el contrario, un consumidor de comercio electrónico, considera que no solo es más fácil, sino que requiere menor tiempo realizar un pedido utilizando su ordenador, y para él, esto es más importante. Además, tiene la posibilidad de estudiar detenidamente el menú y la lista de precios y comparar varios sitios que ofrecen los mismos productos en menos de cinco minutos.

La racionalidad en el consumidor se predica entonces, cuando él en virtud de sus preferencias, se decide por la mejor, esto es, la que le brinde una mejor relación costo – beneficio.

Esta misma lógica se aplica al análisis de la racionalidad del proveedor o productor, en este caso del vendedor de comercio electrónico. El vendedor de comercio electrónico ha encontrado que es no sólo más económico sino que es una forma de atraer clientes adeptos a las nuevas tecnologías, y que sus productos son comercializables a través de estos nuevos canales. Los vendedores deben determinar qué tipo de productos pueden ser objeto de este tipo de operaciones. Por ejemplo, un vendedor de cristal fino, probablemente prefiera comercializar sus productos a través de canales tradicionales, dados los riesgos que se presentan en el transporte, el envío de los productos a través de las empresas de correo.

Después de decidir racionalmente que el comercio electrónico es la mejor manera de comercializar sus productos, si se dedica exclusivamente a este tipo de comercio, o una forma de complementar sus servicios en el caso de que simultáneamente comercialice sus productos de manera tradicional, nos remitimos al caso establecido en el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011.

Cuando la medida establece que la reversión del pago se predica del incumplimiento contractual, no riñe de manera alguna con la actuación racional del vendedor, ya que, en virtud de la actividad comercial, lo que racionalmente interesa a los vendedores, es abrir, mantener o ampliar el mercado, esto es llegar al mayor número de clientes posible. En este orden de ideas, el vendedor racional debe dedicar sus esfuerzos a evitar incumplir con sus obligaciones contractuales, es decir dedicará sus recursos, administrativos y financieros a verificar y mejorar los procedimientos y productos o servicios, para obtener ventajas competitivas respecto de los demás oferentes. Y está claro que si no cumple, la mejor forma de intentar retener el cliente, es “responder” por las obligaciones contractuales de la mejor manera posible.

En ese orden de ideas, la medida de reversión de pago debe ser entendida como racional, ya que sería la mejor forma de actuar racionalmente de las dos partes en la relación jurídica de consumo.

4.2.1.2. Eficiencia

Al establecer el concepto de eficiencia en términos de Pareto, tenemos, que en la reversión del pago por incumplimiento contractual no puede hacerse una asignación de recursos que no cause el empeoramiento de la situación para al menos una persona, y como esto es difícilmente verificable, usaremos la postura de Kaldor- Hicks que expone, que lo relevante es que las ganancias en utilidad del grupo beneficiado sean superiores a las del grupo perjudicado.

En este caso, de las normas constitucionales y en especial de las que regulan el sistema económico colombiano, se puede establecer que el consumidor se encuentra en desventaja frente al vendedor. La medida que establece reversión del pago, plantea una ventaja para un grupo mayor de personas (los consumidores), que para las que le ha aumentado las cargas (los vendedores), lo que implica que se cumpla el primer presupuesto de la eficiencia de la medida.

A continuación, podemos plantear que la opción que puede ofrecer el nivel máximo posible de beneficio o con los menores costos o minimizando costos, es la decisión más eficiente. Al existir incumplimiento contractual por parte del vendedor, éste deberá optar por la alternativa más eficiente. Si el proveedor o productor incumple con la obligación de la entrega de la cosa, o envía la equivocada o envía una defectuosa, aumentará sus costos, ya que deberá asumir los gastos de envío (envío y devolución del producto estarán a cargo del vendedor), embalaje, almacenamiento, entre otros, en el entendido que aplicará la reversión del pago, generando además pago de impuestos como el gravamen a las transacciones financieras. Por lo tanto, es preferible que éste

haga la entrega del bien y/o servicio, toda vez que si opta por incumplir no sería una solución eficiente.

De acuerdo con lo anterior, la medida de la reversión del pago, es eficiente, no solo porque beneficia a un grupo mayor de personas que a las que afecta, si no que además, obliga al proveedor a actuar eficientemente beneficiándolo, pues por evitar incurrir en la sanción, el vendedor deberá revisar sus procedimientos para que pueda cumplir con sus obligaciones contractuales, lo que le traerá mayores beneficios económicos y le implicará afianzarse en el mercado.

4.2.1.3. Normas como precios

Debido a que las normas como precios, se identifican como sistema de incentivos, tenemos dos posibles alternativas en cuanto al incumplimiento contractual usando medios electrónicos se refiere: entender que la normas establecen un *precio negativo* cuando exista multa o sanción, al haber incumplido con la obligación que se había adquirido, expresada dentro del contrato; o un *precio positivos*, en cuanto se establezca algún tipo de subsidio, lo que en este caso no sería lógico.

La medida de la reversión del pago se debe asimilar como una norma que establece un precio negativo, pues sanciona al vendedor, que ha incumplido sus obligaciones contractuales con la reversión del pago y con asumir los costos de envío y devolución del producto defectuoso, según el caso.

Como conclusión definitiva, podemos decir que la medida que establece la reversión del pago cuando se presente el incumplimiento contractual es una medida eficiente, toda vez que favorece tanto a consumidores como vendedores, obligando a estos últimos a mejorar sus procedimientos lo que implica una práctica que busca asegurar una mejor relación jurídica de consumo y la sostenibilidad del mercado.

4.2.2. Eficiencia en la operación de debito

Las transacciones bancarias a través de medios electrónicos, ha permitido una gran evolución en los asuntos económicos, en el entendido que ha permitido el pago de mercancías a través de éstas herramientas.

El comercio electrónico, necesita de un sistema de pago coherente con la tecnología que significa el uso generalizado de internet, es por ello, que podría ser considerado uno de los temas con mayor relevancia en las compras electrónicas, toda vez que aparte de buscar una compatibilidad con el sistema, lo que pretende es que exista un cauce seguro cuando los pagos sean efectuados por este tipo de medios.

Una de las principales formas de pago de bienes o servicios se denomina la operación débito, mediante la cual, el usuario del sistema financiero autoriza a su entidad bancaria a debitar periódicamente de su cuenta de ahorros o corriente, el valor causado a través de una factura por un tercero, con el que su usuario tiene ciertas obligaciones. Un uso común de este tipo de operaciones, se realiza en virtud del pago de los servicios públicos como agua, gas, electricidad, o para otro tipo de servicios como de televisión o de medicina prepagada.

De acuerdo con el parágrafo 2 del artículo 51 de la Ley 1480 de 2011, se puede aplicar la reversión del pago en relación con *“cualquier servicio u obligación de cumplimiento periódico, por cualquier motivo y aún sin que medie justificación alguna, siempre que el pago se haya realizado a través de una operación de débito automático autorizada previamente por dicho consumidor”*.

A continuación estableceremos si ésta medida es eficiente, realizando el estudio correspondiente, de acuerdo con los preceptos establecidos por el análisis económico del derecho.

4.2.2.1. Racionalidad

Lo que pretendemos establecer, es en este caso la medida puede considerarse racional o no a la luz del análisis económico del derecho. Al igual que en el caso anterior, debemos establecer si la forma en la que los sujetos actúan en las situaciones de hecho previstas en la norma, es racional.

La medida de la reversión del pago en el caso de la operación de débito automático parte del principio de que inclusive sin justificación el consumidor podrá solicitar la reversión del pago, aun cuando haya sido él mismo quien con anterioridad autorizará el pago.

Parece ser que el consumidor racional ha de honrar sus obligaciones, especialmente las periódicas por cuanto estas implican la prestación de determinado servicio, cuya continuidad depende del pago.

Sin embargo, en el caso concreto, el consumidor puede elegir si una obligación que en virtud de los débitos automáticos se mantenga o no en firme, ya que al darle la posibilidad de la reversión, implica en últimas, que la operación no se encuentra en firme hasta que no transcurra un término de cinco (5) días. Parece ser que la devolución del pago en este caso, no sería una decisión razonable, especialmente por dos razones: primero porque “reviviría” una obligación existente, que tendrá que cumplir posteriormente, y segundo, porque para cumplir sus costos habrán aumentado.

La medida de la reversión del pago en el caso de las operaciones debito no refieren ningún problema en términos de racionalidad para los vendedores, por cuanto ellos actúan racionalmente, ofreciendo la posibilidad a sus clientes de cumplir con sus obligaciones de la una forma más fácil, rápida y menos costosa. Para ellos es más útil ofrecer este tipo de soluciones, por cuanto evitan que sus clientes olviden el pago de sus obligaciones lo que redundaría en un menor número de usuarios en cartera.

Cuando la medida establece que el consumidor puede solicitar la reversión del pago en cualquier caso, cuando se trate de operaciones de débito automático, parece que implica que se le da la opción al usuario de actuar en forma no racional, lo que implica incluso incitarlo, invitarlo a hacerlo. En este entendido, la medida no cumpliría con el primer presupuesto del análisis económico del derecho.

4.2.2.2. Eficiencia

Como se estableció anteriormente, las normas constitucionales y en especial de las que regulan el sistema económico colombiano, establecen que el consumidor se encuentra en desventaja frente al vendedor y por ende el primero debe ser sujeto de protección. La medida que establece reversión del pago, plantea una ventaja para un grupo mayor de personas (los consumidores), que para las que le ha aumentado las cargas (los vendedores), lo que implica que se cumpla el primer presupuesto de la eficiencia de la medida.

Sin embargo, esta opción no puede ofrecer el nivel máximo posible de beneficio o con los menores costos o minimizando costos, por lo tanto no es la decisión más eficiente. El consumidor aumentará sus costos ya que las obligaciones adquiridas y que han de ser cubiertas por los pagos hechos a través de las operaciones débito, no se cumplirán. Esto generará algunos costos de transacción y aumentará otros, lo que sin mucho esfuerzo implica un perjuicio para el consumidor. Así mismo, afectará el funcionamiento del mercado en general, por cuanto los proveedores de determinado servicio no pueden estar seguros de que el pago realizado se encuentra en firme hasta después de cinco días de haber sido realizados, lo que implica costos administrativos y así mismo dedicará sus esfuerzos a obtener el pago de las obligaciones que fueron objeto de reversión, lo que en últimas implicará costos que serán trasladados a todos los usuarios en general.

De acuerdo con lo anterior, la medida de la reversión del pago, es ineficiente, porque en principio pareciera que beneficia a un grupo mayor de personas que a las que afecta, es decir los consumidores, lo que hace realmente es permitirles e incluso motivarles a que incurran en mayores costos de transacción que se traducen en gastos adicionales directos y en unos costos adicionales indirectos que serán trasladados por los empresarios a todos los usuarios.

4.2.2.3. Normas como precios

La medida de la reversión del pago parece una norma que establece un precio positivo para los consumidores, pues les otorga una ventaja, un premio. Sin embargo, al ejercer esta opción, el consumidor incumplirá sus obligaciones contractuales con la reversión del pago y debe asumir, como se estableció, ciertos costos de transacción.

Como conclusión definitiva, podemos decir que la medida que establece la reversión del pago que involucre operaciones débito, no es una medida eficiente, por cuanto desfavorece a consumidores y empresarios, haciéndolos incurrir en costos adicionales, perjudicándolos mutuamente.

4.2.4. Eficiencia en el fraude

La cuestión que será objeto de estudio consiste en establecer, si la medida que permita la reversión del pago cuando se ha llevado a cabo una operación comercial utilizando medios electrónicos que se realizó de manera fraudulenta es eficiente de acuerdo con los preceptos del análisis económico del derecho.

La conducta fraudulenta dentro de un negocio, no sólo lesiona el derecho de libre disposición de la contraparte, sino que perturba el orden jurídico y atenta contra el normal desenvolvimiento de la economía, no únicamente la privada

sino también la pública o colectivo, materia que interesa al derecho penal, en cuanto se califique como delito.

El Estatuto del Consumidor en su artículo 51 establece que cuando se realicen operaciones de compraventa de bienes mediante mecanismos de comercio electrónico *“y se haya utilizado para realizar el pago una tarjeta de crédito, débito o cualquier otro instrumento de pago electrónico, los participantes del proceso de pago deberán reversar los pagos que solicite el consumidor cuando sea objeto de fraude...”*.

A continuación realizaremos el respectivo estudio a la luz del análisis económico del derecho.

4.2.4.1. Racionalidad

La medida de la reversión del pago en caso de fraude se presenta cuando suplantando a una persona y utilizando su dinero (o su crédito), se realiza una operación comercial. Cuando la persona suplantada verifica que su dinero ha sido utilizado, tiene cinco (5) días para solicitar la devolución de su dinero.

La medida planteada prevé la acción racional del consumidor que ha sido objeto de fraude. Esto es, el consumidor racional intentará recuperar su dinero lo más rápido posible.

Por el contrario, para el empresario, la medida carece de racionalidad, por cuanto, el empresario simplemente ha cumplido con sus obligaciones contractuales: entregar la cosa de acuerdo con lo ofrecido, después de recibir el pago por el producto a través de los mecanismos electrónicos. Y sorpresivamente es despojado del dinero que recibió en pago por sus productos. En ese orden de ideas, entendiendo esta posibilidad, cualquier empresario racional, deberá realizar las provisiones necesarias en sus finanzas para poder cubrir las pérdidas generadas por dichos fraudes, porque es más fácil trasladar unos costos diseminados en todos los consumidores a través de

un aumento de los precios, que intentar perseguir a los autores de los fraude, que implica gastos en abogados y los referentes al proceso.

Así las cosas, la medida en torno a los empresarios sería irracional, en el entendido de que ellos no preferirán nunca aumentar sus precios para asumir las pérdidas por fraude, pero es lo que harían racionalmente.

4.2.4.2. Eficiencia

Al ubicarnos en términos de Pareto, encontramos que en la reversión del pago en caso de fraude, no puede haber una asignación de recursos que no cause el empeoramiento de la situación para al menos una persona. Aplicando el criterio de Kaldor-Hicks, se debe establecer si lo relevante es que las ganancias en utilidad del grupo beneficiado sean superiores a las del grupo perjudicado. En este caso parece que los consumidores se benefician más que la pérdida de los empresarios. Sin embargo, no debemos olvidar el papel que ha de jugar le entidad financiera que emite el instrumento de pago.

Los costos de transacción en los que incurren los consumidores son cero. Ellos, en virtud de la medida establecida en el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011, con la comunicación al emisor del medio de pago, obtienen la devolución de su dinero, lo que hace que la medida sea eficiente.

Por su parte para el empresario la situación es totalmente distinta. Los proveedores incurren en todos los costos de transacción (envío de producto, el producto en sí, costos judiciales) y estos serán trasladados en últimas a los consumidores. Los proveedores no se dedican a evitar el fraude, pues no son ellos los que pueden tomar las medidas para evitarlo y seguramente, será más costoso intentar la persecución penal que asumir la pérdida del producto. Así las cosas, la medida es ineficiente.

La medida podría generar eficiencia, si quien asume la carga no es el empresario sino el emisor del instrumento de pago. Es el quien tiene la obligación contractual, de velar por la seguridad de las transacciones electrónicas de sus usuarios. Una medida eficiente sería exigirle a los bancos que tomen medidas más estrictas de seguridad para verificar la identidad de sus clientes al momento de realizar transacciones que impliquen pagos, aun cuando esto signifique, que las transacciones sean un poco más lentas y si se quiere más complicadas. En países como Alemania, por ejemplo, los bancos entregan a sus clientes un mapa con coordenadas, en las que se establecen unas claves, que son usadas cada vez que el usuario desea realizar una transacción. De esta manera, ser objeto de fraude es mucho más difícil, y es responsabilidad del usuario mantener en un sitio seguro su información financiera.

Como conclusión podemos decir que la medida de la reversión en el supuesto del fraude es ineficiente, al establecer una carga adicional al empresario, quien lo que hace es cumplir con su obligación contractual de enviar determinado producto a quien el presume que es un verdadero comprador. Esta carga la debería asumir la entidad financiera, pues es ella, quien en virtud de un contrato, tiene la obligación de proteger el dinero confiado a su cuidado por el usuario (consumidor) y puede establecer más fácilmente los medios para protegerlo.

4.2.4.3. Normas como precios

La medida de la reversión del pago en este caso, es una norma que establece un precio negativo para los empresarios, si no verifican la identidad de sus compradores. Esto como ya se dijo, es muy difícil para ellos, pues no tienen las herramientas que tiene las entidades financieras que emitieron los instrumentos de pago.

Como conclusión definitiva, podemos decir que la medida que establece la reversión del pago cuando el consumidor es objeto de fraude, no es una medida eficiente, por cuanto desfavorece a consumidores y empresarios, haciéndolos incurrir en costos adicionales, perjudicándolos mutuamente, pero no obligando a las entidades financieras a tomar las medidas a las que contractualmente están obligadas.

CONCLUSIONES

En Colombia, en virtud de los principios y normas establecidas en la Constitución Política de 1991, se configura como sistema económico el denominado economía social de mercado, el cual adopta el modelo liberal, en el que las libertades económicas, en especial la libertad de competencia, se debe privilegiar, pero no se debe en ningún caso, desconocer los principios de Estado social de derecho.

Ahora bien en cuanto a las normas constitucionales respecto de la relación jurídica de consumo, deducida especialmente del artículo 78 CN, tenemos que la parte débil o frágil, como muchos la han denominado, es el consumidor y por el hecho de tener esa calidad debe ser sujeto de protección, la cual se encuentra en cabeza del Estado.

Para ejemplificar la situación debemos decir que el Estatuto 1480 de 2011, fue diseñado para que de manera clara y precisa se salvaguarden los derechos de este sujeto en la relación jurídica de consumo.

En virtud de ellos, se estableció en el artículo 51 la reversión del pago, cuando se realiza una compraventa a través de medios electrónicos, con el fin de ampliar la protección al consumidor. Tenemos entonces que decir que existen unos supuestos de hecho, los cuales nos indicarán cuando podemos hacer uso de esta medida (reversión del pago), así las cosas, dentro de los postulados encontramos el fraude, o una operación no solicitada, el producto adquirido no sea recibido, o el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso.

Para los supuestos que fueron resaltados en el párrafo anterior, encontramos que la reversión del pago se realiza a solicitud del consumidor cuando las ventas de bienes se realicen mediante mecanismos de comercio electrónico, tales como Internet, PSE y/o call center y/o cualquier otro mecanismo de televenta o tienda virtual, y se haya utilizado para realizar el pago una tarjeta de crédito, débito o cualquier otro instrumento de pago electrónico.

La ley determinó un plazo para que proceda la reversión del pago, consistente dentro los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que el consumidor tuvo noticia, en ese momento, el consumidor deberá presentar queja ante el proveedor y devolver el producto, cuando sea procedente, y notificar de la reclamación al emisor del instrumento de pago electrónico utilizado para realizar la compra, el cual, en conjunto con los demás participantes del proceso de pago, procederán a reversar la transacción al comprador.

De la misma manera, se determinó que el consumidor tendrá derecho a reversar los pagos correspondientes a cualquier servicio u obligación de cumplimiento periódico, por cualquier motivo y aún sin que medie justificación alguna, siempre que el pago se haya realizado a través de una operación de débito automático autorizada previamente por dicho consumidor, en los términos que señale el gobierno Nacional para el efecto.

Teniendo en cuenta lo anterior, es relevante que determinemos si esta medida de reversión del pago en cada uno de sus supuestos, puede ser considerada constitucional y de acuerdo con el análisis económico del derecho también poder considerarla eficiente.

Respecto al juicio de constitucionalidad, tenemos que en el primer supuesto que tiene la medida, en razón con el incumplimiento contractual, no está prohibida por el constitución, es idónea, necesaria y proporcional toda vez que el consumidor como individuo en situación de desventaja respecto del empresario, es protegido en caso de incumplimiento contractual del último,

quien a su vez, en forma proporcional es obligado a devolver el dinero cuando el generó la situación de incumplimiento.

El segundo supuesto que trae el artículo 51 de la Ley 1480, es preciso establecer que la operación de debito es idónea para alcanzar el fin propuesto constitucionalmente, toda vez que no existe otra medida que pueda ser adecuada a esta situación de hecho. Ahora bien, la reversión del pago en la operación de débito, es equivalente al grado de afectación del principio de igualdad, el consumidor tiene mayor protección que el productor- proveedor, en la operación de debito, el proveedor-productor deja de recibir dinero pero aun puede cobrar la obligación y siendo así no se vería afectado significativamente, por tal motivo decimos que esta medida es constitucional.

Finalmente respecto al último supuesto que tiene el artículo 51, podemos afirmar que el fin perseguido con la reversión del pago en caso de fraude cumple con el requisito de legitimidad, pues la protección de los derechos del consumidor no sólo no está prohibida en la Constitución, sino que es una obligación del Estado.

Así mismo, podemos establecer que este fin es constitucionalmente importante, porque dentro del sistema económico colombiano, que la Corte Constitucional ha denominado Economía Social de Mercado, protege la parte débil de la relación jurídica de consumo, es en últimas asegurar el mantenimiento de las condiciones de mercado, en virtud de los lineamientos establecidos en la misma Constitución.

Sin embargo, el medio no parece el adecuado y mucho menos efectivamente conducente para alcanzar el fin juzgado. A primera vista podríamos afirmar que la reversión del pago cuando se presente fraude o una operación no solicitada, parece considerada idónea, toda vez que salvaguarda derechos e intereses económicos del consumidor.

Podemos determinar que existe otra medida alternativa, que no precisamente le compete al empresario y que permite cumplir el fin, de una manera más eficiente, si se quiere de una manera más idónea, consistente en que la entidad bancaria debe tomar las medidas necesarias para que las transacciones y demás servicios ofrecidos al consumidor sean lo más seguras posibles, por lo tanto, se ve claramente, que es ésta última, la que debería asumir la carga que en virtud del artículo 51 le ha sido asignada al empresario.

A este supuesto de hecho hemos aplicado un escrutinio intermedio, y así mismo hemos encontrado por lo menos una medida alternativa más idónea para alcanzar el fin legítimo, llegamos a la conclusión de que ésta medida debe reputarse inconstitucional, por cuanto no pasó el examen de razonabilidad.

En ese orden de ideas, en razón al análisis económico del derecho, encontramos que la medida que establece la reversión del pago cuando se presente el incumplimiento contractual es una medida eficiente, toda vez que favorece tanto a consumidores como vendedores, obligando a estos últimos a mejorar sus procedimientos lo que implica una práctica que busca asegurar una mejor relación jurídica de consumo y la sostenibilidad del mercado.

Respecto de la medida que establece la reversión del pago que involucre operaciones débito, no es una medida eficiente, por cuanto desfavorece a consumidores y empresarios, haciéndolos incurrir en costos de transacción adicionales, perjudicándolos mutuamente, lo que evidentemente afecta el mercado y desestimula este tipo de operaciones.

En cuanto a la reversión en el supuesto del fraude es ineficiente, al establecer una carga adicional al empresario, quien lo que hace es cumplir con su obligación contractual de enviar determinado producto a quien el presume que es un verdadero comprador.

Como se planteó al realizar la prueba de constitucionalidad, ésta carga la debería asumir la entidad financiera, pues es ella, quien en virtud de un contrato, tiene la obligación de proteger el dinero confiado a su cuidado por el usuario (consumidor) y puede establecer más fácilmente los medios para protegerlo.

Finalmente, esta medida no es eficiente por cuanto desfavorece a consumidores y empresarios, haciéndolos incurrir en costos adicionales, perjudicándolos mutuamente, pero no obligando a las entidades financieras a tomar las medidas a las que contractualmente están obligadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Normas

Colombia (2012), Constitución Política, Bogotá. Legis
Colombia (2012), Constitución Política, Bogotá. Temis
Colombia (2012), Código de Procedimiento Penal, Bogotá. Temis
Colombia (2011), Código de Comercio. Bogotá. Temis.
Colombia (2012), Código Civil Colombiano. Bogotá. Temis.

Decretos

Colombia, Presidencia de la Republica (1982, 24 de Mayo), “Decreto 1441 del 24 de Mayo de 1982, por el cual se regula la organización, el reconocimiento y el régimen de control y vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores y se dictan otras disposiciones”. En Diario oficial 36024 de junio 11 de 1982, Bogotá.

Colombia, Presidencia de la Republica (1982, 2 de Diciembre), “Decreto 3466 de 1982, de 2 de diciembre, Reglamentado parcialmente por los Decretos Nacionales 863 de 1988 , 1490 de 1993 , 1485 de 1996 y 147 de 1999, Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones”, 2 de Diciembre de 1982, Bogotá.

Colombia, Presidencia de la Republica (1991, 4 de septiembre), “ Decreto 2067 de 1991, del 4 de septiembre. Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional. Diario Oficial No. 40.012, del 4 de septiembre de 1991.

Colombia, Presidencia de la Republica (2000, 11 de septiembre), “Decreto 1747 de 2000, de 11 de septiembre, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999, en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales”.

Colombia, Presidencia de la Republica (2012, 10 de Enero), “Decreto 019 de 2012, Enero 10, Departamento administrativo de la función pública. Por la cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública.

Legislación

Colombia, Congreso de la Republica, (1981, 3 de Diciembre) “Ley 73, 15 de diciembre de 1981. Por medio de la cual el estado interviene en la Distribución de Bienes y Servicios para la Defensa del Consumidor, y se conceden unas Facultades Extraordinarias”. En Diario oficial Núm. 35.904 de 15 de diciembre de 1981, Bogotá.

Colombia, Congreso de la República (1999, 18 de agosto) “Ley 527 de 1999, de agosto 18. 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. En Diario Oficial Núm. 43.673, de 21 de agosto de 1999. Bogotá.

Colombia, Congreso de la República, (2008, 6 de octubre)”Ley 1245, 6 de octubre de 2008. Por medio de la cual se establece la obligación de implementar la portabilidad numérica y se dictan otras disposiciones”. en Diario Oficial Núm. 47.135 de 7 de Octubre de 2008,Bogotá.

Colombia, Congreso de la República, (2008, 31 de Diciembre) "Ley Estatutaria 1266 del 31 de diciembre 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". En Diario Oficial Núm. 47.219 de 31 de diciembre de 2008, Bogotá.

Colombia, Congreso de la Republica, (2009, 5 de Enero) "Ley 1273 del 5 de enero 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", en Diario Oficial Núm. 47.223 de 5 de enero de 2009, Bogotá.

Colombia, Congreso de la República, (2009, 21 de Julio) "Ley 1335 del 21 de julio de 2009, Disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana, en Diario Oficial Núm. 47.417 de 21 de julio de 2009. Bogotá.

Colombia, Congreso de la República, (2009, 30 de Julio) "Ley 1341 del 30 de julio de 2009, Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones", en Diario Oficial Núm. 47.426 de 30 de julio de 2009. Bogotá.

Colombia, Congreso de la Republica, (2011, 12 de Octubre) “Ley 1480 del 12 de octubre de 2011, Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones, en Diario Oficial No. 48.220 de 12 de octubre de 2011.Bogotá.

Tratados internacionales

Viena, Secretaria de la CNUDMI Centro Internacional de Viena, (1980, 11 de abril) Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (ONU), de 11 de abril de 1980.

Roma, (1980, 19 de junio) Convención de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, 19 de junio de 1980.

Organización Mundial del Comercio (OMC)

Declaración Ministerial de Doha del 14 de noviembre de 2001 adoptada en la conferencia Ministerial de la OMC celebrada en Doha en noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC, 20 de noviembre de 2001 (01-5859).

Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 22 de diciembre de 1986.

Unión Europea

Recomendación 87/598/CEE de la Comisión, de 8 de diciembre, sobre un Código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico, (Relaciones entre organismos financieros, comerciantes-prestadores de servicios y consumidores), (D.O. L 365, 24/12/1987).

Resolución del Consejo de 19 de enero de 1999, sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información Diario Oficial N° C 023 de 28-I-1999, pp. 1-3 (1999/C 23/01).

Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

Directiva 2002/21/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).

Superintendencia de Industria y comercio.

Resolución 26930, Octubre 26, "Por la cual se fijan los estándares para la autorización y funcionamiento de las entidades de certificación y sus auditores".

Concepto 76535 de 2000, Diciembre 21, archivo interno de la Superintendencia de Industria y Comercio. Memoria jurídica 2011.

Concepto 1039152 de 2001, Mayo 25, archivo interno de la Superintendencia de Industria y Comercio. Memoria jurídica 2011.

Recursos Electrónicos

Asociación defensa de los derechos de los usuarios y de los consumidores (1960). *Día del consumidor*. Recuperado el 29 de agosto, 2012 de <http://www.adduc.org.ar/>.

Bancolombia, (2010). *Cuenta de ahorros en el grupo Bancolombia*. Recuperado el 22 de septiembre de 2012 de <http://cuentadeahorros.com.co/cuenta-de-ahorros-hsbc.html>.

Bancolombia, (2010). *Cuentas de ahorros reglamento*. Recuperado el 22 de septiembre de 2012 de http://www.grupobancolombia.com/personal/formatosPDF/comunes/reglamento_cuenta_ahorros.pdf

Confederación Colombiana de consumidores. (2012, 16 de Abril). *Nuevo estatuto del Consumidor*. Recuperado el 20 de agosto, 2012. <http://www.ccconsumidores.org.co/>.

Consumers International. (1960). *Derecho de los consumidores*. Recuperado el 20 de agosto, 2012, de <http://es.consumersinternational.org/who-we-are/consumer-rights>

Gutiérrez, J. (2008, 2 de septiembre). *Derecho y Política de la libre competencia en América Latina*. Recuperado el 20 de julio de 2012, de <http://lalibrecompetencia.com/2008/09/02/proyecto-de-ley-que-reforma-el-estatuto-de-proteccion-al-consumidor-colombia/>

Rodríguez Olivera, N. (2012), *Cuenta corriente mercantil*. Recuperado el 25 de septiembre de 2012 de <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseContCtaCte01.htm>

Senado de la República (2008), *Proyecto de Ley 82 de 2008*. Recuperado el 27 de septiembre de 2012 de http://www.icpcolombia.org/archivos/seguimiento/proyecto_de_ley_82_2008

Senado de la República, Secretaria general. *Labor Legislativa* [en línea].20 de julio de 2011. Disponible en web: <http://www.secretariasenado.gov.co/Documentos/INFORME%20LEGISLATIVO/INFLEG%202010-2011%20DEF.pdf>.

Sosa Flores, M. (2005). *El comercio electrónico una estrategia para hacer negocios*. Recuperado el 22 de julio de 2012 de <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecaustasp/docDetail.action?docID=10088770&p00=comercio%20electronico>.

Textos

ÁLVAREZ ZÁRAT, J, AMADOR CABRA, L, BLANCO BARÓN, C, MONROY CELY, D, NUÑEZ TRUJILLO, A, PALACIOS LLERAS, A, PINZON CAMARGO, M Y ROJAS VÁSQUEZ, I. (2012). *Serie de Derecho Económico, casos de estudio de aplicación del Análisis Económico del Derecho*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Colombia.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, J. (2004). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Librería ediciones del Profesional, 10ª edición. Colombia.

CASADO, M. (2009). *Diccionario jurídico*, pág. 178. Argentina.

Diccionario de la Real academia de la Lengua Española (2012).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2001). *La lengua de los derechos, la formación del derecho público Europeo tras la Revolución Francesa*, Ed. Alianza S.A. (2ª reimpresión). Madrid.

MENENDEZ MATO, J. (2005). *El contrato vía internet* prologo de Umberto Breccia. j.m Bosch Editor, España.

NINO, C. (1992). *Fundamentos de derecho Constitucional*. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires.

OVIEDO ALBAN. J. (2006). *Consumidores. Ed. D- Universidad de la Sabana. Colombia.*

OVALLE FAVELA, J. (2000). *Derechos del Consumidor.* Ed. IPN/IIJ-UNAM. México.

PABÓN PARRA, P.(2002). *Delitos contra el patrimonio económico.* Ediciones doctrina y ley LTDA, Colombia.

PALAZZI, P y PEÑA, J,. (1998). *Comercio electrónico y Mercosur, en revista derecho privado y comunitario.* Rubinza Culzoni, Núm. 17, Tomo 1. Santa fe.

PEÑA NOSSA, L.(2012). *Contratos mercantiles nacionales e internacionales.* Cuarta edición. Colombia.

PINZÓN CAMARGO, M.(2010). *Aproximaciones al análisis económico del derecho,* Universidad Externado de Colombia. Colombia.

POSNER, R. (2007). *Análisis económico del derecho,* Fondo de cultura económica, segunda edición en español.

SARRA, A. (2001). *Comercio Electrónico y Derecho. Aspectos Jurídicos de los negocios en internet.* Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1ª reimpresión. Buenos Aires.

SOSA FLOREZ, M. (2005). *El comercio electrónico: una estrategia para hacer negocios.* Ed. El cid editor .Argentina.

Jurisprudencia

Colombia, Corte Suprema de Justicia (1991, Octubre), Acta N° 77, 23-10-91 Gaceta judicial, t, CCXI, Sala de casación penal, M.P. Carreño Luengas, J, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1992, Junio), Sentencia T- 425. M.P. Angarita Barón, C., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1994, Junio), Sentencia C- 265. M.P. Martínez Caballero, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2010, Octubre), Sentencia C-830. M.P: Vargas Silva, L. E., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2011, Junio), Sentencia C- 263. M.P. Barrera Carbonell. , Bogotá.