

# Tecnologías de la información y derecho del consumo

## —Tendencias y perplejidades—

DANIEL PEÑA VALENZUELA

### INTRODUCCIÓN

El consumidor es el sujeto fundamental en la relación jurídica por medios electrónicos. Su protección específica derivada del reconocimiento a su debilidad por la ausencia del contratante en este tipo de contratación han sido el fundamento de la regulación legal del comercio electrónico. Podría decirse que el "derecho del comercio electrónico" surge precisamente como una respuesta a la necesidad de mayor confianza en las actividades en la red.

Paradójicamente, el consumidor, en la era del conocimiento sigue siendo también el sujeto por excelencia de los desarrollos tecnológicos dispuestos para el mercadeo virtual de bienes y servicios. La complejidad del tema regulatorio en esta materia proviene precisamente de que un consumidor cada vez más informado y con mayores herramientas de elección sigue siendo protegido en extremo por la regulación legal. La racionalidad de esta preocupación provendría de la necesidad imperiosa de aumentar las transacciones comerciales en línea. Aún en Estados Unidos, el mercado virtual más desarrollado, el uso de internet

para adquirir bienes y servicios, es exiguo en comparación con el comercio real y tangible.

En el presente ensayo evaluaremos la teoría general de la protección del consumidor desde la perspectiva de los avances de la regulación en materia de tecnologías de la información. Nuestro punto de vista considera a este tema como de alcance global en la medida en que el campo de protección del consumidor en la era de Internet debe ser más amplio que el ámbito estrictamente local. Pretendemos además hacer una evaluación general de las experiencias internacionales con el fin de iniciar la discusión sobre una completa regulación en Colombia.

### I. TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN COMO MOTOR DEL CAMBIO DE PARADIGMA

#### A. El consumidor y la globalización

La globalización, apoyada por las tecnologías de la información y los procesos migratorios y el creciente intercambio de bienes y servicios, entre otros fenómenos,

culmina el proceso de internacionalización del derecho del consumo que se venía acrecentando en las últimas décadas. Es inconcebible pensar en un marco regulatorio local que defienda adecuadamente al consumidor cuando buena parte de la producción, manufactura, reelaboración, empaque, distribución de bienes y servicios se realiza de manera deslocalizada, virtual y utilizando medios electrónicos.

De una logística internacional con utilización de medios de transporte tradicional se han ido descubriendo las posibilidades de un comercio electrónico colaborativo entre empresas con uso de plataformas electrónicas. El consumidor tiene, por ende, la posibilidad de elección de bienes y servicios a un *clic* de distancia, participando activamente del comercio internacional a condición simplemente de tener acceso a la red global.

El ciudadano común y corriente es consumidor de productos informáticos y bienes digitales. La adquisición de licencias de programas de ordenador, el permiso de acceso a internet, el diseño y alojamiento de páginas personales de internet, archivos musicales o de películas en formato digital son ejemplos de bienes y servicios que usualmente son ofrecidos y adquiridos por personas para su uso personal. En muchas ocasiones estos productos y servicios son transados con proveedores internacionales y por lo tanto, el acto de consumo y su protección son más difíciles de lograr si se analizan desde un ámbito local.

El acto de consumo deslocalizado mediante contratos a distancia hace más vulnerable al consumidor. La posibilidad de iniciar acciones efectivas en caso de fraude o el cumplimiento forzado de garantías parece —y efectivamente lo es— difícil y costoso. La

motivación del consumidor por la novedad o la dificultad de adquirir un bien o servicio que en otras circunstancias no sería fácil en muchos casos vence el obstáculo psicológico pero permanece la incertidumbre hasta que el producto es recibido y efectivamente satisface las necesidades. En el caso de los productos o servicios digitales la inmediatez de la recepción de los mismos permite al consumidor un sentimiento más propicio al comercio electrónico.

## B. El fin de la distancia

La revolución de las telecomunicaciones reduce el tiempo de la comunicación pero sobre todo convierte la distancia en un espejismo. El consumo se convierte en una operación instantánea, con posibilidades aún mayores de ser internacional, por no decir "virtual" en el caso del consumo de bienes intangibles como, por ejemplo, el uso de un software proveído por un ASP —*application service provider*— o la participación en tiempo real en un video juego pagando las regalías respectivas por el uso del intangible.

Desde el punto de vista contractual, el derecho del comercio electrónico ha interpretado que los contratos utilizando redes de telecomunicaciones son contratos a distancia y en ausencia de las partes. Las características predominantes de los contratos electrónicos son la adhesión por el consumidor a términos estándar presentados por el propietario del sitio y aceptables por el sólo hecho de navegar en el sitio o por una expresión de voluntad, por ejemplo por el clic en alguno de los textos legales predispuestos.

Con el desarrollo del comercio electrónico se ha hecho mucho más complejo el modelo único de "contrato de comercio

electrónico" que caracterizó la primera época de estudios jurídicos de Internet. Actualmente coexisten, por ejemplo, contratos estándar bajo lenguaje EDI entre grandes empresas para su cadena logística y el intercambio de documentos comerciales y acuerdos tácitos entre usuarios (P2P)<sup>1</sup> en comunidades virtuales para el intercambio directo de contenidos.

La fuerza y virtud del comercio electrónico como forma de hacer negocios es contraria a principios rigurosos jurídicos, a las intrincadas reglas de conflicto de leyes y a las eruditas discusiones sobre formas adecuadas de resolver las disputas. Sin embargo, en la práctica ese desprecio por el derecho fue una de las causas de la debacle de las empresas punto com de la primera generación de empresarios de internet y ha repercutido en la incertidumbre y perplejidad de célebres casos judiciales como el de *Yahoo*<sup>2</sup>, o *Napster*<sup>3</sup> para citar dos de los más conocidos que han generado discusión incluso en comunidades no jurídicas.

Aún los ingenieros, principales impulsores técnicos de la red global miran con recelo la intrusión del mundo jurídico en el desarrollo de internet, no es percibido el derecho como algo constructivo para el *e-commerce* sino como algo que viene a complicar las cosas y ser un obstáculo a la eficiencia y certeza de lo electrónico. Tal visión –si la intuición del autor es cierta– desconoce el papel que el ordenamiento jurídico cumple al lado de lo tecnológico. La protección de los derechos fundamentales en internet, las presunciones jurídicas que sustentan las firmas digitales y las formas de resolver las disputas de nombres de dominio y marcas por ejemplo, son ejemplo del rol constructivo que el derecho cumple frente a la tecnología de la información.

### 3. Modelos de negocios B2C vs. Comunidades virtuales

En la primera época de desarrollo de Internet, los consultores de negocios electrónicos crearon una categoría de esos que denominaron *business-to consumer*, es decir, negocio y consumidor. Desde el punto de vista jurídico, la negociación directa entre empresas y consumidor no introducía ninguna novedad, pues el comercio en masa y los contratos de adhesión ya eran usuales. El consumidor debía igualmente ser protegido si el contrato se realizaba o no por medios electrónicos.

Los consultores de negocios con la expresión B2C hacían referencia también –aunque de manera indirecta– al fenómeno de la desintermediación según el cual las empresas utilizando sus páginas de Internet alcanzarían "la última milla" del comercio, evitando la necesidad de terceros que contribuyeran, promocionaran o "cerraran" negocios por ellos. El modelo negocio y consumidor estaba asociado a las empresas nuevas creadas como consecuencia de la creación de Internet y fracasó en la medida en que muchas de esas empresas desafiaron sin éxito leyes económicas y financieras tradicionales.

La existencia de Internet y su ulterior desarrollo, es decir la utilización de redes de valor agregado, cerradas y abiertas por las empresas tradicionales para la integración de sus módulos de actividades (ERP), la optimización de la relación con los clientes (CRM) y los procesos logísticos entre empresas y de provisión de sus productos y servicios han redundado en beneficio del consumidor.

Al lado del desarrollo comercial de Internet, ha resurgido en los últimos años la tendencia del intercambio de contenidos

y archivos entre usuarios e incluso el pago directo y conciliación entre intermediarios financieros, sin los tradicionales intermediarios. La visión tradicional de estas comunidades virtuales se ha limitado al uso que estas hacen de contenido protegidos por el derecho de autor.

Tal punto de vista hace caso omiso de que el intercambio directo de archivos –independientemente de la discusión posible sobre su protección por la propiedad intelectual– es el resultado de la arquitectura inicial de Internet en la cual la colocación de páginas web en la red global no era un elemento esencial.

En esas comunidades la noción tradicional de consumidor no encuadra perfectamente pues no existe una empresa prestadora de productos o servicios sino un conjunto de individuos acogido a reglas autodeterminadas y preestablecidas para la consecución de un fin específico.

El caso de *eBay* demuestra la evolución del concepto de afiliado en contraposición al de consumidor. *eBay* es una plataforma de negocios directos entre afiliados y de subastas electrónicas, la página web y la plataforma tecnológica cumplen la función facilitadora de negocios en varias formas:

- Se establecen las reglas de juego, verdadero reglamento legal y comercial que deben cumplir los sujetos que pretenden usar la plataforma.

- Se crean las herramientas de software necesarias para que la plataforma cumpla con los fines previstos por la comunidad.

- Se predeterminan las sanciones que la comunidad establece en caso de violación del reglamento interno.

- Se consideran los negocios jurídicos que la comunidad considera relevantes para sus fines; compraventa, trueque.

- Se fijan las condiciones de membresía o afiliación y las de continuidad de las mismas en el tiempo.

La protección del afiliado cuando participa de estas comunidades está dada por el ámbito de aplicación de los términos y condiciones establecidos por el organizador de la comunidad. No existen conflictos que hayan sido llevados a los tribunales en los cuales se haya puesto en entredicho el valor de los reglamentos de las comunidades pero el año pasado hubo inquietud sobre las medidas que se podrían tomar al interior de *eBay* contra los usuarios que utilizaran la plataforma para vender con cierto grado de anonimato productos que infringen derechos de propiedad intelectual de terceros. Lo anterior teniendo en cuenta que esas conductas afectaban a los otros afiliados que además reunían su condición de consumidores.

La débil presencia del derecho en algunas comunidades virtuales ha tenido como efecto la posibilidad de que algunos miembros las utilicen para actos ilegales. En 2003, por ejemplo, *eBay* detectó por primera vez que su comunidad estaba siendo “infiltrada” por individuos que vendían productos infractores, como se conoce a bienes que violan derechos de propiedad industrial –marcas y patentes de terceros–.

Al principio de 2004, *Tiffany*, la famosa casa de joyería demandó a *eBay* por la venta de infracciones a sus marcas y diseños de joyas que se hacía a través de la comunidad virtual. El fundamento de la demanda era la afectación a sus derechos de propiedad industrial y la confusión en el público consumidor. La respuesta de *eBay* ha sido la de no considerar su responsabilidad jurídica involucrada por cuanto no participa en transacciones comerciales, solamente permite a

cambio de un pago por servicios prestados que su plataforma tecnológica sea utilizada por terceros. Para *eBay* su diligencia está probada por el hecho de que los usuarios se registran ante ella, se han dispuesto políticas de uso del sitio y de la comunidad, y dentro de sus posibilidades de control ha tomado medidas represivas contra los infractores que ha logrado localizar. Tradicionalmente los intermediarios pueden ser sujetos de medidas cautelares pero no es tan evidente que deban ser responsables más allá del cuidado y control normal de sus actividades por las infracciones a derechos de propiedad intelectual de terceros.

La comunidad virtual compensa en el campo comercial la ausencia de una información adecuada que usualmente se refiere al costo de los productos y al origen empresarial de los mismos. Tradicionalmente la información respecto de la compañía se asocia por parte del consumidor de manera "evidente" a los signos distintivos del empresario, promotor de la comunidad virtual, pues los usuarios no tienen signos distintivos propios e incluso a veces permanecen en el anonimato.

El nombre comercial, las enseñas comerciales y los nombres de dominio complementan las funciones de las marcas atribuyendo prestigio a los productos y servicios. La reconstrucción de esa función mediante la actividad de la comunidad virtual tiene como objetivo compensar la ausencia de promoción propia por el participante.

Desde el punto de vista del universo comercial la función distintiva, sin embargo, solo la cumple la marca o el nombre comercial que distingue a la comunidad, y los miembros se identificarían por sus nombres propios o por apodos. En ese último caso, la tensión entre intimidad y confian-

za comercial es evidente; el deseo de anonimato contrasta con la necesidad de "conocer" al contratante del otro lado y de la pantalla y precisamente la comunidad cumple la función de control mínimo respecto de la identidad de la persona física que es miembro de la comunidad. Lo anterior es particularmente relevante en las relaciones entre la comunidad y terceros que puedan ser afectados por las actividades de los miembros, más aún si estos se valen de su condición de tales.

Por ejemplo, *eBay* establece como valores de la "comunidad", condiciones contractuales específicas que tienen valor y consecuencias jurídicas. Los valores fundamentales de esa comunidad son el reconocimiento colectivo de que la gente actúa de buena fe, todos los miembros deben contribuir al desarrollo de la comunidad, un honesto y abierto ambiente, cada individuo debe ser respetado como tal y cada uno de los miembros debe tratar a los otros como quisiera ser tratado.

Estas son reglas que incluyen valores morales con una función integradora de la comunidad. Otras reglas hacen referencia a las limitaciones de la responsabilidad en las transacciones y a deberes contractuales de los usuarios entre sí.

## II. SUPUESTOS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL ENTORNO DIGITAL

La lenta progresión del uso de medios electrónicos para hacer transacciones comerciales se suele atribuir a diversos factores como el desconocimiento de las herramientas tecnológicas, la falta de acceso a computadores y redes o la ausencia de una cultura de los sistemas de información entre la población.

Aparentemente esos factores son causas ciertas de la falta de concreción del potencial del comercio electrónico. Sin embargo, un elemento determinante es la confianza que el consumidor y usuario tenga sobre la eficacia de los sistemas de información para colmar sus expectativas, por ejemplo como comprador de un bien.

Frente a tal incertidumbre del consumidor aparece el derecho como la política pública por antonomasia para recobrar esa confianza perdida o puesta en duda.

En efecto, la lógica y razón de ser de las leyes de comercio electrónico —en particular del modelo más difundido, es decir el de la CNUDMI de 1996— es precisamente lograr mediante instrumentos jurídicos que el consumidor en Internet sienta las mismas garantías que el consumidor en medios y formas más tradicionales.

Estas leyes de comercio electrónico parten del principio de equivalencia funcional en materia comercial de almacenamiento de documentos del comerciante y en materia probatoria. La validez y eficacia de los mensajes de datos es dada por el uso de firmas y certificados digitales.

Si lo anterior fuera cierto, ¿qué pasó en Colombia? ¿Por qué si tenemos una ley último modelo en comercio electrónico desde 1999 los parámetros de uso, no han crecido de manera notoria de Internet para propósitos comerciales? Las respuestas a estos interrogantes van más allá de la regulación legal y se inclinan a los factores económicos y sociales enunciados inicialmente.

El papel del derecho como impulsor del comercio electrónico sería entonces limitado o ya se habría cumplido con la tarea fundamental. Sin embargo, las experiencias en el contexto internacional reflejan lo contrario, la expansión y uso de las tecnologías de

la información requieren de una profundización de los instrumentos regulatorios para avanzar en la tutela de los derechos de los consumidores y por ende, en la recuperación de la confianza de estos respecto de las transacciones en línea.

Para el consumidor, por ejemplo la primera duda está en la presentación e información en línea de los productos o servicios. ¿Equivale la calidad a lo que voy a recibir luego? Las reglas de conformidad de los bienes y servicios deben ser ampliadas de tal manera que el consumidor a distancia pueda, por ejemplo devolver en un plazo establecido luego de recibir “efectivamente” los bienes o servicios adquiridos.

¿De quién estoy adquiriendo un bien? ¿Es serio el comerciante que me vende? Aún más ¿es quién es? La autenticidad de los negocios jurídicos depende del sistema de certificación digital. En Colombia, la masificación de la certificación digital está en curso. A pesar del magnífico esfuerzo de las Cámaras de Comercio asociadas en Certicámara es evidente que los costos —en su mayoría resultado de la estricta regulación—.

El hecho de que el consumidor virtual sea sujeto de numerosas actividades como usuario de pagos electrónicos o participante en plataformas electrónicas de subastas, por ejemplo, sugiere que el ámbito de la protección debe ser extendido a las distintas dimensiones del consumo.

Siendo difícil la unificación de la regulación respecto del consumidor virtual es posible que deban revisarse los reglas existentes para ampliar la extensión de tales imperativos a los medios digitales. En nuestro medio la posibilidad de cambiar el Estatuto del Consumidor es una excelente oportunidad para incluir los diversos temas de pro-

tección del consumidor virtual de manera unificada recogiendo los temas generales como el valor jurídico de las condiciones generales de contratación y materias específicas como por ejemplo la protección del cliente del sistema financiero de servicios de la banca electrónica.

Otra perspectiva de la protección del consumidor en relación con las tecnologías de la información es la de adquirente de productos tecnológicos y receptor de servicios de esta categoría. Requisito fundamental para la adecuada construcción de la sociedad de la información es que los productores de software tengan mayor responsabilidad respecto de los productos y servicios que crean, manufacturan y distribuyen. Bien es sabido que la difusión de virus y muchos de los ataques informáticos son consecuencia de vulnerabilidades en la producción de software. Además de la responsabilidad contractual tradicional parte de la solución a los problemas de inseguridad informática parte de que existan los instrumentos legales para que los usuarios-consumidores de esos productos y servicios puedan reclamar efectivamente los perjuicios que se les causan. Obviamente, la represión a los terceros que aprovechan los defectos de los sistemas de información para los ataques no se puede dejar de lado.

#### A. Herramientas para la protección del consumidor en internet

El comercio electrónico, a diferencia del tradicional, ha requerido de un régimen legal que recupere la confianza entre empresas y consumidores. La justificación de adoptar esas herramientas por la vía de una regulación específica depende de criterios tales como el grado de desarrollo del país

y el estímulo que se quiera dar al comercio electrónico.

#### 1. Entidades de Certificación y Firmas/Certificados Digitales

Con miras a proteger al consumidor las regulaciones han incluido reglas que atribuyen un valor jurídico y una función equivalente a los documentos electrónicos en relación con los documentos en papel. Los principales atributos de las firmas digitales son la plena autenticidad, integridad, originalidad y no repudiación. Estas características son atribuidas por la intervención de un tercero de confianza, entidad de certificación con miras a reestablecer entre otras, la posible confianza perdida por el consumidor.

Las firmas y certificados digitales de representación y afiliación a empresas cumplen las funciones reseñadas en relación con el envío y recepción de mensajes de datos, mientras que los certificados de servidor seguro permiten a los usuarios conocer información completa respecto del propietario y responsable de una página web.

La garantía para los consumidores en el comercio electrónico certificado proviene del grado de responsabilidad legal que se establezca para las entidades de certificación así como los mecanismos que respalden tales garantías. En el caso colombiano las políticas de certificación, las pólizas de seguros y la redacción de las normas reglamentarias de la Ley 527 de 1999 respaldan la responsabilidad legal de las entidades de certificación.

La Ley 527 de 1999 regula el tema de la oferta y aceptación de contratos cuando estos se pactan en línea. En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser ex-

presadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza vinculante a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos.

De acuerdo con la ley, se presume que un mensaje de datos ha sido enviado por el iniciador cuando (1) haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el iniciador para establecer que el mensaje de datos provenía efectivamente de éste, o (2) el mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una persona cuya relación con el iniciador, o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el iniciador para identificar un mensaje de datos como propio<sup>4</sup>.

Con respecto al tiempo de la expedición de un mensaje de datos, la ley establece que, de no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando ingrese en un sistema de información que no esté bajo control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre de éste<sup>5</sup>.

El momento de la recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue: (1) si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensaje de datos, la recepción tendrá lugar (a) en el momento en que ingrese el mensaje de datos en el sistema de información designado, o (b) de enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos; (2) si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar cuando el mensaje de datos ingrese a un sistema de información del destinatario<sup>6</sup>.

En cuanto al lugar de despacho del mensaje, si el iniciador y el destinatario no han acordado otra cosa, el mensaje se considerará enviado desde el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y se considerará recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo.

Paradójicamente este sistema nacional de certificación digital puede tener como consecuencia para las empresas colombianas una dificultad de inserción en el contexto internacional por los costos de la certificación y por la regulación de la certificación recíproca<sup>7</sup>. Sin embargo, es de esperar que la masificación de internet y la competencia futura entre certificadoras propicie un equilibrio entre el estímulo al desarrollo del comercio electrónico y la protección de los consumidores.

## *2. Interpretación de los contratos electrónicos*

Los esquemas de comercio electrónico en redes abiertas requieren de ambas partes productor y consumidor un grado de confianza en la validez de los contratos electrónicos. A diferencia de los contratos tradicionales en los que prima la autonomía privada y el consentimiento, en los contratos electrónicos las categorías principales son los términos y condiciones de uso de portales así como las licencias de uso con el consentimiento por navegación, sin mayor expresión del consentimiento.

En la interpretación de los contratos electrónicos se debe tener en cuenta quién los redactó y determinó los términos que se entiende que no son eficaces las cláusulas abusivas que incorporen un abuso del derecho. Expresamente la ley de comercio electrónico hace referencia a la sumisión de



la regulación relativa a los contratos electrónicos en relación con la legislación de defensa del consumidor<sup>8</sup>.

Para el consumidor el hecho de que se haya avanzado en la validez de los contratos electrónicos es un elemento de protección en caso de incumplimiento del otro contratante pues tiene acceso a demandar con mayor certidumbre sobre la existencia de obligaciones mutuas o por lo menos del proveedor de servicios o productos.

El complemento a la consagración legal de los contratos electrónicos es la cultura de los consumidores que deben agremiarse en defensa de sus intereses en el ciberespacio. La intimidad, la responsabilidad de proveedores de servicios y el régimen tarifario de acceso son derechos que los consumidores deban defender mediante las acciones previstas en la ley para defender los derechos de la parte débil en las formas tradicionales de consumo.

### B. Correo electrónico no solicitado ("spamming"), prácticas desleales y consumidor

El correo electrónico que apareció como la aplicación más práctica y útil para el usuario de Internet ha sido utilizado para prácticas ilegales, fraude y atentados a los derechos de los consumidores.

Para afectar al consumidor la primera etapa de los defraudadores es la recolección de las direcciones de correo electrónico de sus víctimas y el envío de mensajes de datos con contenido fraudulento. Estas actividades violan varios derechos de los consumidores: su intimidad, el derecho de la información veraz y su libertad de escogencia de bienes y servicios en el mercado.

La Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos ha sido, por el desarrollo exponencial del comercio electrónico, la entidad que ha promovido más extensamente la protección al consumidor en la red. Numerosas son las actividades que la Comisión Federal de Comercio ha puesto en funcionamiento para regular la protección del consumidor en Internet, en particular respecto del retracto en las ventas a distancia, fraudes cibernéticos y el *spamming*. Paulatinamente esta inquietud ha tenido eco en entidades gubernamentales dedicadas a la protección del consumidor principalmente en los países de mayor grado de desarrollo.

En los últimos dos años la literatura especializada se ha dedicado a analizar los efectos del *spamming* con el fin de lograr una definición de sus características y de las diferencias con la actividad lícita de la publicidad directa; revisar la relación entre el *spamming* y actividades fraudulentas; prevenir a los consumidores respecto de los peligros que esta práctica encierra y diseñar políticas y prácticas de seguridad que puedan adoptar individuos y empresas para evitar ser blanco de los generadores de correo no solicitado.

La globalización del Internet y demás tecnologías de la información ha impulsado la reflexión sobre modelos de regulación universal y unificada que permita disminuir los costos de transacción de los negocios electrónicos y reprimir las conductas contrarias al desarrollo de la red global o a la libre acción de los sujetos participantes.

El *spamming* se encuentra en el medio de dos extremos: El aprovechamiento de las posibilidades directas de publicidad de productos y servicios, por una parte y el abuso de las características de la red global para

amenazar la intimidad de consumidores y ciudadanos tanto como el tráfico normal en la red global.

El dilema, en consecuencia, comienza por la determinación de las características que diferencian en envío de correo electrónico con propósito comercial o publicitario del *spamming* propiamente dicho. El volumen de los mensajes y la forma de captación de las direcciones de correo electrónico de la parte de los emisores y el consentimiento o la ausencia del mismo desde la óptica del consumidor-receptor del mensaje son las variables más usuales para tipificar el *spamming*.

Los diferentes modelos de regulación en defensa del consumidor dependen entonces de un análisis del fenómeno con el fin de clarificar sus características en relación con el uso normal del correo electrónico como medio de comunicación. Desde la óptica del regulador la definición de determinada característica del *spamming* tiene como consecuencia implícita o expresa, según el caso, la defensa de la publicidad en línea o de los derechos del consumidor, en particular, el de intimidad. Cifras recientes demuestran que cerca del 53% de todo el correo electrónico que llega a los quince países de la Unión Europea son correo no solicitado. El 80% se considera que proviene de los Estados Unidos<sup>9</sup>.

No existe unanimidad a escala internacional sobre cual es la óptica, entre las dos citadas, que prima. En el contexto global tanto la defensa de la publicidad o el consumidor son el fundamento de leyes contra el *spamming*. Tal divergencia puede ocasionar retraso en una solución realmente internacional a este problema.

Es posible afirmar que existe una unidad de criterio, por lo menos en los bloques

económicos más relevantes, Estados Unidos y la Unión Europea respecto de la necesidad de combatir el *spamming* —o por lo menos su faceta negativa y cuestionable— por las graves consecuencias colectivas e individuales que éste causa. Algunos elementos convergen a tal fin, la necesidad de definir el concepto de *spamming* y diferenciarlo de las categorías de mercadeo y publicidad legítimos.

En Colombia, cualquier regulación directa o indirecta del *spamming* deberá sopesar la necesidad de lograr una regulación que se integre al régimen global que se esta construyendo, pues esa es la única vía posible para reprimir un fenómeno con alcance internacional como este—. Deben tenerse en cuenta las experiencias extranjeras en cuanto a la correcta y completa definición del *spamming* con el fin de evitar su confusión con la publicidad directa. Se deberá determinar si el régimen sancionatorio es civil y/o penal así como las autoridades administrativas y/o judiciales que lo aplicarán. Desde la perspectiva del usuario se deberá garantizar que este sea protegido de antemano frente al correo masivo y no solamente, cuando a posteriori haya expresado su intención de ser excluido de la lista del emisor o por la simple provisión de esa oportunidad.

En caso de no existir protección extrajudicial, para el consumidor la mejor herramienta en los casos de *spamming* es permitir las acciones colectivas contra los emisores de mensajes con la posibilidad de reclamar los perjuicios correspondientes por ejemplo por la demora en recibir los mensajes respecto de los cuales tiene verdadero interés o por el tiempo que dedica a remover los mensajes de su sistema de información.

La garantía de la intimidad es también fundamental para el consumidor virtual. Desde los primeros tiempos de desarrollo de Internet con los casos de Doble Click y el sistema *Dart* en relación con los cookies o archivos electrónicos que invadían los discos duros de los navegantes, se discutió la responsabilidad de los titulares de datos obtenidos de consumidores de comercio electrónico. La tensión entre consumidores y proveedores se aumenta por el uso intensivo de tecnologías de la información en el mercadeo y la comunicación de mensajes hechos a la medida de los consumidores. La variable costo-beneficio de recibir mensajes específicos depende en gran medida de las preferencias y necesidades del consumidor y es bastante utópico que una ley de alcance general sea completamente satisfactoria.

Más recientemente los sistemas *spyware* que permiten rastrear los hábitos de consumo en línea han sido objeto de investigaciones de autoridades defensoras de la intimidad e incluso de leyes para limitar su uso. En todos estos casos la mayor preocupación debe ser dotar a los consumidores de acciones legales que les permitan cobrar los perjuicios causados por el tráfico y transacciones de sus datos personales sin la debida autorización.

### C. Jurisdicción y consumo en internet

La manera más evidente en que se expresa la inseguridad en la mente del consumidor en Internet es la imposibilidad de reclamar de forma eficiente en caso de insatisfacción respecto de la prestación. Lo anterior es consecuencia de la internacionalidad del acto de consumo, típica de Internet y de la insuficiencia de las leyes, ésta última preci-

samente debido a la diversidad de leyes nacionales y a la incertidumbre de las reglas de conflicto.

La primera reflexión evidente para proteger al consumidor es exigir una identidad real en los propietarios de los sitios que se expresa en el registro que deben hacer estos en algunos países como condición para operar un *e-business*. La localización efectiva de un sitio y la incertidumbre sobre cuál sería el criterio más adecuado para tal determinación hacen difícil la puesta en funcionamiento de un sistema internacional de registro de páginas web.

Es bien sabido cómo los nombres de dominio como elemento técnico de identificación sólo permiten un indicio de identificación y localización como consecuencia de la ausencia de verificación de la veracidad de los datos del solicitante. Tal situación ha originado una discusión en curso sobre el mejoramiento de la base de datos *whois* que almacena la información de los titulares de los nombres de dominio.

La determinación y certeza del propietario de un web site la puede conseguir el consumidor mediante la información del certificado de servidor seguro. Cuántos consumidores utilizan este mecanismo es difícil de calcular. Sin embargo, este tipo de certificados son ofrecidos por entidades internacionales, y por Certicámara en nuestro medio. El certificado de servidor seguro no tiene valor específico desde la óptica legal según la Ley 527 de 1999 pues no fue regulado. No obstante, la certeza que produce en el consumidor podría ser objeto de reglamentación por esa vía.

Es común que los sitios de Internet se afilien a esquemas de marcas de confianza (*Trust Marks*) que funcionan como auditores de las condiciones de servicio a los consu-

midores y certifiquen, por ende, un estándar de protección al consumidor. La mayor parte de estos esquemas es fruto de la típica autorregulación de Internet y su validez legal, en caso de disputas, es incierto. Como respuesta a tal incertidumbre se plantea usualmente la utilización de mecanismos alternativos de resolución de disputas.

A pesar de la popularidad de los métodos arbitrales, en jurisdicciones como la colombiana, el derecho del consumo es considerado de interés general y en algunos casos de orden público en cuanto a la jurisdicción ordinaria con miras a indemnización por daños, que debe conocer las disputas o la Superintendencia de Industria y Comercio, en casos de quejas por violación del Estatuto del Consumidor.

Es evidente que establecer cuál es el mecanismo más idóneo para proteger al consumidor virtual cuando el acto de consumo se realiza mediante la red global en un foro distinto al de la localización del consumidor es el gran reto del derecho del comercio electrónico y del derecho del consumo.

Un caso hipotético que ilustra esta problemática es el de un consumidor colombiano que compra un libro en el portal de Amazon.com y luego no lo recibe o le es enviado otro diferente. Sin respuesta alguna el ciudadano inicia un reclamo contra Amazon.com por violación de sus derechos como consumidor. La posibilidad de que una decisión de la Superintendencia Delegada sea ejecutada en Estados Unidos es remota o por lo menos demasiado onerosa en honorarios y tiempo para el consumidor en relación con el valor del bien adquirido si este es mínimo. Si bien es cierto esta hipótesis hoy en día es solucionada la mayor parte de las veces por la responsabilidad de

hecho que asume el vendedor, lo que se demuestra es la falta de adecuación del sistema legal de protección del consumidor.

En este evento se debe tener en cuenta la interpretación sobre el lugar de celebración del contrato en particular tratándose de contratos a distancia como los contratos de comercio electrónico. En reciente concepto la Superintendencia consideró que "de conformidad con los principios de supremacía de la constitución y de territorialidad de la ley establecidos en los artículos 4.º de la Constitución Política y 18 del Código Civil, las normas colombianas sobre protección del consumidor contenidas en el Decreto 3466 de 1982, no son aplicables a los contratos celebrados fuera de Colombia y por lo tanto, las obligaciones señaladas en el citado decreto no son exigibles en el exterior a los productores, distribuidores o expendedores de bienes y servicios con los que se haya contratado, salvo estipulación expresa en el contrato celebrado válidamente en país extranjero".

La verdadera solución de este problema, a favor del consumidor y por ende, del fortalecimiento del comercio electrónico fue planteada en la Directiva de Comercio electrónico de la Unión Europea que permite al consumidor demandar la protección en su propio foro y la aplicación directa y automática del fallo en el foro del prestador del servicio o el operante del bien. Es evidente que esta solución favorece la ejecutabilidad de la protección al consumidor.

La solución global sólo provendría de una unificación de la protección del consumidor, principalmente en los contratos de compraventa y de prestación de servicios desde el punto de vista de los criterios de determinación de la ley aplicable, en los casos del consumo así como la jurisdicción

y la ejecución de fallos judiciales en otros países en defensa del consumidor.

En cuanto a los métodos alternativos de disputas es prematuro aún saber si los intentos de instituciones como el National Arbitration Forum por someter disputas en línea de consumidores van a ser la regla general y puedan convertirse en una alternativa que explote las cualidades del arbitraje junto al potencial de las tecnologías de la información.

En los textos propuestos de Tratado de Libre Comercio para Colombia, Ecuador, Perú y Estados Unidos aparentemente no se hace referencia a mecanismos específicos de protección del consumidor ni a la cooperación en disputas entre consumidores ubicados en estos distintos países. De no modificarse esa posible tendencia en las negociaciones se perdería una oportunidad sin igual para iniciar la perspectiva de protección regional del consumidor. Se podría, por ejemplo, buscar que el consumidor pueda demandar bajo la ley aplicable en su territorio contra el empresario y que esa decisión administrativa o judicial sea aplicable sin mayor dilación o requisitos ulteriores en el otro país como lo establece la Directiva Europea en Comercio Electrónico.

## CONCLUSIONES

1. La noción tradicional de consumidor paulatinamente ha evolucionado a la de usuario de los sistemas de información. En el caso de la adquisición de bienes y servicios por comercio electrónico las características habituales de consumidor se mantienen, pero en las transferencias de contenidos entre usuario (PZP), por ejemplo, se desvirtúa la relación entre empresa y consumidor.

2. Las plataformas electrónicas como por ejemplo *eBay* constituyen un reto al derecho tradicional pues su modelo de negocios está basado en la información y corretaje de negocios entre usuarios del sistema. En este tipo de negocios electrónicos entre consumidores, la protección específica de estos parecería no encuadrar en esquemas comerciales y jurídicos tradicionales.

3. Las condiciones generales de contratación y los términos de uso de páginas web y portales pueden ser fuente de abuso de los titulares de las páginas. La regulación estatal debe conducir a preservar el equilibrio y permitir que los consumidores puedan tener acceso a las condiciones dispuestas y expresar su desacuerdo frente a las mismas.

4. El proyecto de reglamentación y cambio del Estatuto del Consumidor en Colombia debe ser aprovechado para regular los principales aspectos del derecho del consumo en Internet. Se debe establecer un régimen general de los contratos a distancia, límites de las condiciones generales de contratación en línea, derechos y deberes de los propietarios de páginas web, tiempo y posibilidades de retracto, protección de ciertos grupos de consumidores específicos y acciones efectivas para el adecuado reclamo de los derechos. En la discusión de los Tratados de Libre Comercio se deberían incluir cláusulas de cooperación que permitan la mayor observancia y ejecución de decisiones en disputas entre consumidores de diversas jurisdicciones.

5. El acto de consumo que era, en su mayoría circunscrito al ámbito local se ha venido internacionalizando, entre otras, por el mayor uso de las tecnologías de información. Esto ha redundado en una serie de interrogantes sobre la ley aplicable y el foro más adecuado para discutir los conflic-

tos entre productores, intermediarios y consumidores. Frente a tal incertidumbre el derecho del consumo y el del comercio electrónico han entrado en una fase de armonización y existen esfuerzos para llegar a una solución global como la materia lo amerita.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, ATILIO (1998). *Contratos civiles y comerciales de consumo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- ARRUBLA PAUCAR (2000). "Los nuevos retos del derecho", en *Nuevos retos del derecho comercial*, Biblioteca Jurídica Diké, Colegio de Abogados Comercialistas de Medellín.
- BENÍTEZ CAORCI, JUAN (2002). *La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas*, Bogotá, Edit. Temis.
- BOBELIAN, MICHAEL. "Tiffany and Ebay clash over sales of fake goods", en *Law.com* consultada el 19 de agosto de 2004 en [[http://biz.yahoo.com/law/040819/251874a1d85bcc1c8f1b010e0e195719\\_1.html](http://biz.yahoo.com/law/040819/251874a1d85bcc1c8f1b010e0e195719_1.html)].
- BURGOS PUYO, ANDREA (2003). "Los contratos con el consumidor en internet", en *El contrato por medios electrónicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- BUONO, FRANCIS (2000). "Maximizing the Enforceability of Click-Wrap Agreements", 4.3 *J. Technology. Law & Policy* 3, en [<http://journal.law.ufl.edu/~techlaw/4-3/friedman.html>].
- CSA INTERNATIONAL (2003). *Canadian Code of Practice for Consumer Protection*, en [<http://strategis.ic.gc.ca/pics/ca/consumerprotection03.pdf>].
- CHIARLONI, SERGIO (2004). "Le controversia dei consumatori" en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro en homenaje a Fernando Hinestroza*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- FEDERAL TRADE COMISION. *Documents on Consumer Protection*, en [<http://www.ftc.gov/bcp/menu-internet.htm>].
- HORNLE, J. (2002). 'Online Dispute Resolution in Business to Consumer E-commerce Transactions', *The Journal of Information, Law and Technology* (JILT).
- GROSSMAN MARK (2000). Click Wrap Agreements. Enforceable contracts or Wasted words?, en [[http://www.beckerpoliakoff.com/publications/article\\_archive/click\\_wrap.htm](http://www.beckerpoliakoff.com/publications/article_archive/click_wrap.htm)].
- SIGEL SKIP (2002). "The Validity and Enforceability of Web-Wrap Agreements and Assessing the Need for Legislation" Prepared for the Uniform Law Conference of Canada en [<http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/ewebwrap.htm>].
- SOTO, CARLOS ALBERTO (2000). "La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto", en *Contratación contemporánea, Teoría general y principios*, Lima y Bogotá, Palestra y Edit. Temis.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto 03067941 del 31 de octubre de 2003, publicado en [<http://www.sic.gov.co/general.php?modulo=Normatividad/Doctrina>].
- SCHWARTZ, ALAN & SIMON GARFINKEL (1998). "Stopping Spam – Stamping out unwanted e-mail News Posting" O'Reilly.
- UNION EUROPEA DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRÓNICO. (OO/31EC) y regulación SI 2002 n.º 2013.
- VALLEJO MARÍA CRISTINA y PAOLA DE LOS RIOS (1999). *Fraude al consumidor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- 1 Peer to Peer.
  - 2 Yahoo! Inc. vs. La Ligue contre le Racisme et L'Antisemitisme. United States District Court for the Northern District of California, San Jose Division. Case Number C-00-21275 JF [Docket n.º 17] (November 7, 2001).
  - 3 Recording Industry Association of America (RIAA) vs. Napster, Ninth Circuit Court of Appeals, 239 F. 3d 1004, 57 U.S.P.Q.
  - 4 Art. 17 Ley 527 de 1999.
  - 5 Art. 23 Ley 527 de 1999.
  - 6 Art. 24 Ley 527 de 1999
  - 7 Art. 43 Ley 527 de 1999
  - 8 Art. 46 Ley 527 de 1999
  - 9 En "US orders legislation on spam, cookies", en [[http://www.usatoday.com/tech/news/internetprivacy/2004-04-01-eu-outlaws-spam\\_x.htm](http://www.usatoday.com/tech/news/internetprivacy/2004-04-01-eu-outlaws-spam_x.htm)].