

MEMORANDO



Radicado No: 202210420000074951

Para: MYRIAN XIMENA RAMIREZ AYALA
Jefe Oficina Asesora de Comunicaciones

Asunto: Respuesta a solicitud de concepto jurídico – Vitrina de Emprendimiento.

Fecha: 2022-04-06

Estimada Ximena,

De manera atenta y en el marco de nuestras competencias, esta Oficina emite concepto sobre el tema del asunto.

Previo análisis del ordenamiento jurídico vigente y con fundamento en los artículos 23 de la Constitución Política, 26 del Código Civil, 13 del C.P.A.C.A. (sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015) y el numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, esta Oficina da respuesta en los siguientes términos:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Utilizar la Intranet del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como un portal de contacto, donde sus colaboradores ofrezcan productos y/o emprendimientos, puede generar, eventualmente, algún tipo de responsabilidad para la Entidad?

2. RUTA METODOLÓGICA PARA RESPONDER EL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta al problema jurídico planteado por la Oficina Asesora de Comunicaciones, se realizará una breve referencia a los siguientes temas: (i) antecedentes de la solicitud; (ii) marco jurídico aplicable; (iii) análisis jurídico; (iv) análisis al caso concreto y (v) conclusiones.

2.1. ANTECEDENTES DE LA SOLICITUD

Por medio de correo electrónico del 17 de septiembre de 2021, la Oficina Asesora de Comunicaciones solicitó resolver interrogante orientado a determinar si es posible crear un

Página 1 de 9

espacio en la Intranet del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en donde se divulguen emprendimientos de los colaboradores o que estos puedan ofrecer sus artículos, el cual se denominaría “Vitrina de Emprendimiento”, teniendo en cuenta el alto riesgo frente a la asunción de responsabilidades extracontractuales del ICBF por la operación del espacio en la Intranet institucional.

2.2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

Son normas aplicables a este concepto la Constitución Política, la Ley 1437 de 2011, la Ley 1480 de 2011, la Ley 1712 de 2014, el Decreto 1008 de 2018 y la Guía para la Gestión de contenidos en Portafolio Web ICBF: Portal Web, Versiones, Intranet, Micrositios y Redes Sociales (ICBF).

2.3. ANÁLISIS JURÍDICO

2.3.1. COMERCIO ELECTRÓNICO Y PORTALES DE CONTACTO

El artículo 49 de la Ley 1480 de 2011, “*Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*”, corregido por el artículo 4 del Decreto 2184 de 2012, define el comercio electrónico como “la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios”. Dicho comercio electrónico se materializa a través de plataformas electrónicas¹ que actúan como intermediarias entre la empresa y el cliente.

La Superintendencia de Industria y Comercio – SIC- ha señalado que “los portales de contacto son plataformas electrónicas que tienen como objetivo permitir que terceros, ya sean personas naturales o jurídicas, ofrezcan productos para su comercialización y, a su vez, los consumidores puedan contactarlos para realizar su adquisición, cumpliendo así una mera función de intermediación”².

Como se advierte de esta definición, una de las características principales de los portales de contacto es que, tal como su nombre lo indica, la actividad del agente de comercio en línea sea el acercar o poner en contacto a oferentes y consumidores, de tal forma que su actividad se circunscriba, fundamentalmente, a la prestación de servicios de intermediación.

¹ Desarrollos de software orientados a facilitar y potenciar el proceso de comercialización de productos o servicios. (Fernández y Gabarró, 2020).

² SIC, Sent. 16593, dic. 26/2019.

Una plataforma electrónica que pretenda recibir el tratamiento de mero portal de contacto, siguiendo el estudio decantado por la SIC en la jurisprudencia, deberá comprender los siguientes elementos:

- i) Demostrar que actúa como mero intermediario, es decir, que simplemente pone en contacto a oferentes y consumidores.
- ii) Demostrar que permite que el consumidor contacte al oferente de los productos a través de su sistema.
- iii) Brindar la alternativa de concertar la operación entre ellos al margen de la plataforma.
- iv) Acreditar que no tiene un rol fundamental en la operación, así como en las condiciones de la transacción.
- v) Informar de manera clara, veraz, suficiente, oportuna y verificable, precisa e idónea que actúa como un mero intermediario, así como los efectos y alcances de esta situación.³

Sumado a ello, el artículo 53 de la Ley 1480 de 2011 indica lo siguiente: *“quien ponga a disposición una plataforma electrónica en la que personas naturales o jurídicas puedan ofrecer productos para su comercialización y a su vez los consumidores puedan contactarlos por ese mismo mecanismo, deberá exigir a todos los oferentes información que permita su identificación, para lo cual deberán contar con un registro en el que conste, como mínimo, el nombre o razón social, documento de identificación, dirección física de notificaciones y teléfonos. Esta información podrá ser consultada por quien haya comprado un producto con el fin de presentar una queja o reclamo y deberá ser suministrada a la autoridad competente cuando esta lo solicite”.*

En este contexto, estos agentes deberán cumplir con las siguientes obligaciones legales para ser considerados como portales y eximir su responsabilidad frente a las actuaciones de los proveedores de comercio electrónico: (i) Exigir a todos los oferentes información que permita su identificación, como el nombre o razón social, documento de identificación, dirección física de notificaciones y teléfonos; (ii) Informar al consumidor de manera completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea que la plataforma actúa como un mero intermediario, así como de los efectos y alcances de esa situación; (iii) Demostrar que permite que el consumidor contacte al oferente de los productos a través de su sistema; (iv) Brindar la alternativa de concertar la operación entre ellos (consumidor y oferente) al margen de la plataforma; (v) Acreditar que no tiene un rol fundamental en la operación así como en las condiciones de la transacción⁴.

Así las cosas, puede establecerse que el artículo 53 de la Ley 1480 de 2011 impone a los operadores de los portales de contacto o plataformas de intermediación deberes de información y transparencia frente al consumidor para que se les libere de las

³ SIC, Sent. 16593, dic. 26/2019.

⁴ SIC, Consulta Rad. 20-257928 - -1.

responsabilidades que recaen sobre los proveedores⁵ en el comercio electrónico, quienes, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1480 de 2011, tienen responsabilidad solidaria por garantía ante los consumidores.

Solamente cuando se ha informado al consumidor de manera completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, y que la plataforma actúa como un mero intermediario, así como de los efectos y alcances de esa situación, es que se le puede tener a aquella, como un portal de contacto.

2.3.2. MARCO NORMATIVO JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

El artículo 90 de la Constitución Política establece lo siguiente:

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.

La norma citada ha sido entendida doctrinaria y jurisprudencialmente como el fundamento para el desarrollo de la responsabilidad del Estado por sus actos u omisiones. Este precepto constitucional puede ser ejercido por todos los ciudadanos a través del medio de control de reparación directa, contemplado en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

Artículo 140. Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

⁵ De acuerdo con el numeral 11 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, un proveedor o expendedor es "Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro".

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

La jurisprudencia del Consejo Estado ha explicado la responsabilidad administrativa extracontractual del Estado en los siguientes términos:

“A partir de la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes. En efecto, dos son los postulados que fundamentan dicha responsabilidad: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración, “sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo de componentes a efectos de configurar la responsabilidad”. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que “la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”.

Sobre la noción de daño antijurídico, esta Sección ha definido que “consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar”.

En lo relativo a la imputación, se entiende que se trata de la 'atribución de la respectiva lesión'; en consecuencia, 'la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política'.

Al respecto, esta Sección ha sostenido que:

*“la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; **se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la***

Página 5 de 9

verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas”.

*En este sentido, se tiene que el daño puede ser ocasionado por el funcionamiento anormal de la administración que se concreta en el incumplimiento de una obligación legal. Así, el análisis del caso debe hacerse bajo el régimen de la falla del servicio, toda vez que según la jurisprudencia de esta Corporación en los casos en que se analiza la responsabilidad como consecuencia de la producción de daños, por omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus funciones, es necesario confrontar el deber funcional con el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto*⁶ (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Con base en lo expuesto, se tiene que la declaratoria de responsabilidad administrativa extracontractual del Estado parte de la existencia de dos elementos, un *daño antijurídico* y una *imputación*. La imputación de un daño antijurídico supone dos etapas, una primera denominada por la jurisprudencia como *imputación fáctica*, consistente en realizar un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación, y una segunda denominada *imputación jurídica* en la cual, a través de un estudio estrictamente jurídico, se determina si la entidad demandada debe resarcir los perjuicios por la verificación de una falla, la concreción de un riesgo excepcional o la ocurrencia de un daño especial.

La doctrina especializada ha establecido que esta visión del Consejo de Estado de manera concreta supone en realidad, no dos, sino tres elementos para la estructuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, así:

1. La existencia de un daño antijurídico
2. La imputación del daño a un agente estatal (lo que el Consejo de Estado denomina imputación fáctica)
3. El fundamento del deber de reparar (que correspondería a la imputación jurídica de que trata la jurisprudencia)

Todo lo expuesto sirve para sustentar que para siquiera pensar en la eventual responsabilidad extrapatrimonial del Estado, la primera carga que tiene el demandante es demostrar de manera cierta y clara la existencia de un “daño”.

Luego de que se encuentre probado el daño, es deber del demandante lograr imputar fáctica y jurídicamente el daño a la entidad pública de acuerdo con las competencias constitucionales y legales asignadas.

⁶ Sentencia de 28 de enero de 2015, radicado 25000232600020030050601 (30748), Actor: Jesús Antonio Castro Ladino y Otros vs Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, magistrada ponente Olga Mérida Valle de la Hoz.

La imputación fáctica implica determinar el nexo de causalidad entre las competencias asignadas y el daño causado.

La imputación jurídica o fundamento del deber de reparar implica la determinación del régimen de responsabilidad aplicable, esto es, si se trata de un *régimen subjetivo* (falla en el servicio) o un *régimen objetivo* (riesgo excepcional, daño especial, posición de garante).

El título de imputación por excelencia es la falla en el servicio y se aplica cuando se evidencie que el incumplimiento o cumplimiento tardío de las competencias constitucionales y legales de una entidad pública generó un daño de carácter antijurídico a un ciudadano.

Los *regímenes objetivos* son aquellos en los que la entidad pública debe responder administrativa y extracontractualmente por los daños ocasionados sin importar el cuidado o diligencia en su actuación; en ese sentido, bajo los *regímenes objetivos* solo se puede exonerar a la entidad pública por la ocurrencia de una causa extraña (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero, culpa exclusiva y determinante de la víctima).

2.3.3. POLÍTICA DE GOBIERNO DIGITAL - INTRANET GUBERNAMENTAL

En el marco de la transformación digital del Estado colombiano, la política de Gobierno Digital, desarrollada por el Decreto 1008 de 2018⁷, define los lineamientos, estándares y proyectos estratégicos, que permiten llevar a cabo su transformación, con fin de lograr una mejor interacción con ciudadanos, usuarios y grupos de interés; permitiendo resolver necesidades satisfactoriamente, resolver problemáticas públicas, posibilitar el desarrollo sostenible y en general, crear valor público⁸.

En este contexto, la Intranet Gubernamental hace referencia al programa de Gobierno digital que contempla la actualización y estandarización de la infraestructura tecnológica al interior de las entidades gubernamentales, con el fin de integrar e interconectar dichas entidades para compartir e intercambiar información, desarrollar procesos y actividades conjuntas, realizar trámites y servicios en línea, en beneficio de la ciudadanía y del sector empresarial.

La Intranet Gubernamental está compuesta por:

1. Plataforma de Interoperabilidad. Hace referencia al conjunto de herramientas tecnológicas y sistemas de información indispensables para la interacción entre las diferentes entidades del Estado.
2. Infraestructura Tecnológica: Hace referencia al conjunto de herramientas tecnológicas que facilitan el flujo de información entre las diferentes entidades del Estado de manera

⁷ "Por el cual se establecen los lineamientos generales de la política de Gobierno Digital y se subroga el capítulo 1 del título 9 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1078 de 2015, Decreto Único Reglamentario del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones".

⁸ <https://gobiernodigital.mintic.gov.co/portal/Politica-de-Gobierno-Digital/>

óptima, eficiente y segura. Está integrada por: la Red de Alta Velocidad del Estado (RAVEC), el Centro de Datos y el Centro de Contacto Ciudadano.

Con base en las consideraciones previamente expuestas, esta Oficina procede a adelantar el análisis del caso concreto, en los siguientes términos:

2.4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

De conformidad con la “*Guía para la Gestión de contenidos en Portafolio Web ICBF: Portal Web, Versiones, Intranet, Micrositios y Redes Sociales (ICBF)*”, la Intranet es la red privada para la comunicación interna del Instituto, que utiliza herramientas web para la comunicación de noticias institucionales, documentos, información de eventos, convocatorias, circulares internas, resoluciones, audios, videos, entre otros; publicados al alcance de todos los colaboradores del ICBF.

En concordancia con lo anterior, el numeral 4.6 del citado documento señala que, “*La Intranet es de carácter exclusivamente institucional, por lo tanto, debe contener información actualizada y acorde con la misión y gestión del ICBF y que provea valor agregado para los colaboradores*” (Negrilla fuera del texto) es decir, con la promoción del desarrollo y la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el fortalecimiento de las capacidades de los jóvenes y las familias como actores clave de los entornos protectores y principales agentes de transformación social. Esta regulación interna constituye una limitante jurídica para la implantación del portal del contacto referido en la consulta.

Ahora bien, en atención a que la consulta planteada por la Oficina Asesora de Comunicaciones versa sobre una posible “autorización” de creación de un espacio en la Intranet del Instituto en el cual puedan ser divulgados emprendimientos de los colaboradores, esta oficina de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 987 de 2012, aclara que no tiene competencia para expedir o pronunciarse sobre la “autorización”. En su lugar, se procederá con el análisis general de un posible escenario de responsabilidad extracontractual por el incumplimiento de los deberes legales establecidos para el funcionamiento de los portales de contacto.

Como se explicó previamente, la responsabilidad del Estado está supeditada al cumplimiento de tres elementos indispensables: el daño de carácter antijurídico, la imputación fáctica (relación de causalidad entre el ejercicio de la función administrativa y el daño ocasionado) y la imputación jurídica (fundamento del deber de reparar).


La primera inferencia que hay que tener en cuenta es que la implementación del portal de contacto sí es susceptible de generar responsabilidades de tipo administrativo a cargo del Instituto, más cuando se reúnan los requisitos establecidos a continuación:

En el marco del cuestionamiento planteado, para que se comprometa la responsabilidad administrativa extracontractual del ICBF por el uso de la Intranet institucional como un portal de contacto, tanto el posible demandante como el operador judicial estarían obligados a realizar un análisis y demostración de cada uno de los elementos que componen la responsabilidad administrativa extracontractual del Estado.

Lo primero que debe evaluar el operador judicial es la circunstancia que permita concluir que el uso de la intranet del ICBF como un portal de contacto ocasionó un daño de carácter antijurídico. Aunado a lo anterior, se recuerda la carga del demandante en demostrar las consecuencias que se deriven de ese daño (perjuicios materiales e inmateriales). Luego, debería el demandante probar que el ICBF no fungió como un mero portal de contacto, pero sí como un proveedor en el comercio electrónico. Por último, frente al deber de reparar, este elemento solo puede predicarse a través de un régimen subjetivo de responsabilidad, esto es, la falla del servicio.

La presente respuesta tiene naturaleza de concepto jurídico y constituye un criterio auxiliar de interpretación de conformidad con lo establecido en los artículos 26 del Código Civil y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 4, 8, 15 y 20 del Artículo 6 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,



ÉDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Daniel Eduardo Lozano Botanegra ²⁹ Coordinador Grupo Asesoría Jurídica OAJ
Proyectó: Angelica J. Ortiz Castro ²⁹ Abogada contratista OAJ