

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea de la Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Bibliotecas Bucaramanga
Universidad Santo Tomás

La Publicidad Engañosa en el Comercio Electrónico



Andrei Alexander Díaz solano

Tesis de grado para optar por el título de Abogado.

Director

Dra. Luisa Fernanda García Salazar.

Abogada

Magister en Derecho de la Empresa

Universidad Santo Tomás de Bucaramanga

División de Ciencias Humanas

Facultad de Derecho

2015

La responsabilidad que tienen los consumidores de usar su poder en el mercado para eliminar abusos y promover prácticas comerciales sanas, además de apoyar el consumo y la producción sostenible, está en nuestras manos.

Consumers International.

Las fronteras nacionales serán líneas dibujadas en los mapas, mientras que el flujo de negocios y comercio correrá libremente en una economía digitalizada sin fronteras.

John Naisbit.

Agradecimientos

**Dedicado a mis padres, a mi familia y a mis profesores,
quienes siempre creyeron en mí,
pero más aún para quienes nunca creyeron.**

Andrei Alexander Díaz Solano.

Agradezco profundamente a quienes estuvieron conmigo durante todo éste proceso de aprendizaje en sede pregradual, a quienes me vieron iniciar, creyeron en mí, más de lo que yo pude creer, quienes me vieron culminar: a Dios, mi padres, mis hermanos, mis sobrinos, mis amigos, y mis profesores, de quienes guardo un grato recuerdo.

Le agradezco a la **Dra. Yenny Lozada**, con quien inicié mis primeros pasos en éste mundo de la investigación en el área de derecho de la competencia, quien siempre me brindó ese apoyo y dirección. A la **Dra. Luisa García Salazar**, mi directora de tesis, quien siempre vio en mi eso que nadie más veía y a quien le agradezco su tiempo y dedicación. A la **Dra. Jenny Sarmiento** por haber dedicado parte de su limitado tiempo para leer éste tesis que ahora presento, porque su ayuda fue fundamental para perfeccionar éste trabajo.

Tabla de contenido

1. Del derecho de la competencia y del consumo: generalidades, historia y fundamentos jurídico constitucionales.....	13
1.1. El derecho de la Competencia en Colombia	13
1.1.1. Generalidades y finalidades del Derecho de la Competencia	13
1.1.2. Desarrollo histórico normativo del Derecho de la Competencia en Colombia.....	17
1.1.2.1. Durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886	17
1.1.2.2. A partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991	23
1.1.2.2.1. Los fundamentos constitucionales del Derecho de la Competencia a partir de la Constitución Política de 1991	28
1.2. El Derecho del Consumo en Colombia	34
1.2.1. Generalidades y finalidades del Derecho del Consumo	34
1.2.2. Desarrollo histórico normativo del Derecho del Consumo en Colombia	36
1.2.2.1. Durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886	36
1.2.2.2. A partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991	39
1.2.2.2.1. Los fundamentos constitucionales del Derecho del Consumo y de la Protección al Consumidor a partir de la Constitución Política de 1991.....	42
1.2.3. De la relación de consumo y el consumidor	46
1.2.3.1. La relación de consumo en el ordenamiento jurídico colombiano.....	47
1.2.3.2. El consumidor en el ordenamiento jurídico colombiano	50
1.2.3.2.1. El consumidor racional.....	51
1.3. Conclusiones Parciales.....	52
2. De la publicidad en Colombia: Aspecto generales, fundamentación legal, tipología, la publicidad patológica y sus consecuencias jurídicas.....	54
2.1. Aspectos generales y legales de la publicidad	54
2.2. Tipología de la publicidad: aspectos generales	58
2.3. De la publicidad patológica: la publicidad engañosa	59
2.3.1. Casos genéricos de publicidad engañosa	60
2.3.2. Ubicación de la publicidad engañosa en el contexto jurídico normativo colombiano.....	61
2.3.2.1. La publicidad engañosa como acto/conducta lesivo de la libre competencia económica.....	62

2.3.2.2.La publicidad engañosa como acto/conducta lesiva de los derechos del consumidor.....	65
2.3.2.3.La publicidad engañosa: ¿delito penal?	66
2.4.Conclusiones parciales	69
3.Del comercio electrónico en Colombia	70
3.1.Del comercio electrónico: noción y modalidades del comercio	71
3.1.1.Introducción al comercio electrónico: de la revolución tecnológica, de la sociedad de la información y del consumo.	71
3.1.2.De la noción, las modalidades y los principios aplicables en el comercio electrónico.....	73
3.1.2.1.La noción del comercio electrónico	73
3.1.2.2.Modalidades de comercio electrónico.....	76
3.2.El mensaje de datos y el documento electrónico: definición, equivalencia y convalidación... ..	78
3.3.De la contratación electrónica: generalidades y principios aplicables al contrato por medios electrónicos en el ordenamiento jurídico colombiano	82
3.3.1.Generalidades del contrato electrónicos.....	82
3.3.2.Principios generales de la contratación por medios electrónicos en el ordenamiento jurídico colombiano.....	85
3.3.2.1.Autonomía de la voluntad	85
3.3.2.2.Buena fe.....	85
3.3.2.3.Libertad de forma.	86
3.3.2.4.Autenticidad	87
3.3.2.5.Equivalencia funcional.....	87
3.3.2.6.Integridad..	88
3.4.El comercio electrónico entre empresarios y consumidores: generalidades, agentes, y la relación de consumo electrónica	88
3.4.1.Condiciones generales de contratación electrónica con el consumidor	90
3.5.Conclusiones parciales	91
4.La publicidad engañosa en el comercio electrónico: el sistema de protección de la libre competencia económica y del consumidor en Colombia	93
4.1.De la publicidad en el comercio electrónico	93
4.1.1.Tipología publicitaria en el comercio electrónico y sus implicaciones engañosas.....	94

4.1.1.1.El <i>Spamming</i> y la publicidad engañosa.....	94
4.1.1.2.Los <i>Metanames</i> y la publicidad engañosa.....	97
4.1.1.3.Los <i>Banners</i> y la publicidad engañosa.....	98
4.1.1.4.Los <i>Cookies</i> y la publicidad engañosa	99
4.1.1.5.Los <i>Pop up ads</i> y la publicidad engañosa	101
4.2.El sistema de protección de la empresa y del consumidor cuando en el comercio electrónico cuando se ejerce la publicidad engañosa	102
4.2.1.La protección de la libre competencia económica en el comercio electrónico cuando se ejerce la publicidad engañosa.....	104
4.2.2.La protección del consumidor en el comercio electrónico cuando se ejerce la publicidad engañosa.....	109
5.Conclusiones	112
Referencias Bibliográficas	118

Lista de Figuras

FIGURA 1 FUNCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	16
FIGURA 2. METANAMES.	97
FIGURA 3. BANNERS.....	99
FIGURA 4. COOKIES.....	100
FIGURA 5. LOS POP UP ADS.	102
FIGURA 6. SISTEMA INTEGRAL DE PROTECCIÓN DEL MERCADO Y DEL COMERCIO.....	103
FIGURA 7. ACTOS Y CONDUCTAS EN CONTRA DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA.....	105

Lista de cuadros

CUADRO 1. ACTOS LEGISLATIVOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1886.....	18
CUADRO 2. LEYES Y DECRETOS REGLAMENTARIOS QUE TRATARON LA TEMÁTICA DE LA LIBRE COMPETENCIA DURANTE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1886.	20
CUADRO 3. LEYES QUE TRATARON, A PARTIR DE 1991, LA TEMÁTICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.	23
CUADRO 4. DECRETOS QUE TRATARON, A PARTIR DE 1991, LA TEMÁTICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.	26
CUADRO 5. LOS ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES CON RESPECTO AL DERECHO DE COMPETENCIA EN COLOMBIA.	29
CUADRO 6. LEYES Y DECRETOS QUE TRATARON, DURANTE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1886, LA TEMÁTICA DEL DERECHO DEL CONSUMO Y DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.....	36
CUADRO 7. LEYES Y DECRETOS QUE TRATARON, A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, LA TEMÁTICA DEL DERECHO DEL CONSUMO Y DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.	39
CUADRO 8. LEYES VIGENTES SOBRE COMPETENCIA ECONÓMICA.	106

Introducción

En Colombia, la protección de la libre competencia económica (entiéndase como Derecho de la competencia) se ha desarrollado a partir de la facultad constitucional y legal que se le otorgó al Estado para intervenir en los procesos propios de la economía y del mercado, en razón a la política macroeconómica desarrollada en los años 30's por Keynes, luego de la gran recesión económica mundial que caracterizó la primera mitad del siglo XX.

Por su parte, la regulación atinente a la protección del consumidor se desarrolló décadas después, comoquiera que para aquél entonces no era relevante el consumidor sino el empresario, a quien se le otorgaban los derechos y prerrogativas. No obstante, ésta temática varió con el tiempo y se inició un proceso de cambio y de protección al consumidor, tomándose como ejemplo aquellos desarrollos legales en los Estados Unidos, los que repercutieron a nivel internacional, lográndose el desarrollo paulatino de unas políticas económicas y de comercio sectoriales para la protección del sujeto más débil dentro de una relación negocial de consumo: el consumidor. Conforme a ello, en Colombia, la regulación legal sobre el sistema de protección al consumidor inició a partir de los años 80's cuando se trajo consigo un sistema normativo a favor del consumidor que surgió con el Decreto 3466 de 1982, el cual, a pesar de su innovación de protección, no fue suficiente.

De lo expresado, en Colombia se desarrollaron una serie de políticas públicas encaminadas a la protección de la economía, del mercado y del consumidor, las que se fueron perfeccionando con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. En tal sentido, esos sistemas implementados en la legislación nacional buscaron proteger al comercio, al mercado, a la empresa y al consumidor de aquellos excesos en que podían incurrir las personas, en razón a su poder económico, con la utilización o práctica de actos/conductas lesivos de la competencia y de los derechos del consumidor, por lo que nació el interés por crear un sistema normativo incluyente que optimizara los procesos empresariales, industriales y negociales, lo que repercutió en el florecimiento de la economía nacional, permitiendo la incursión de los productos nacionales en el comercio internacional, así como de los productos, bienes y servicios foráneos en el mercado nacional.

Es, entonces, a partir del desarrollo de las economías y del comercio, que se evidenció la necesidad imperiosa por expandir los mercados internos para crear un mercado y un comercio internacional, iniciándose así un proceso de desestructuración de aquellas políticas nacionales y sectoriales de protección a través de políticas de sustitución de importaciones, de eliminación paulatina de barreras arancelarias, entre otras, con la finalidad de crear un

comercio global, lo que se dio a través de la expansión de aquellas economías cerradas lográndose a una internacionalización de los capitales, del consumo y de las empresas, lo que trascendió en la obligación colombiana por participar de éste proceso, permitiéndose así una lenta desestructuración de los bienes públicos, como la venta de empresas públicas, la disminución de los aranceles, y la inclusión de capitales extranjeros para la creación de empresa por medio de la creación de sucursales de empresas internacionales en el territorio nacional, entre otras.

Derivado de la internacionalización de la economía, del mercado nacional y de las políticas colombianas a partir de los años 80's, que se introdujeron los cambios internacionales en materia de protección de la empresa y del consumidor, como ya se indicó tangencialmente, lo que obedeció a la necesidad de expansión nacional, así como a la obligación que imponían los Estados fuertes sobre el gobierno nacional de turno para adoptar los postulados internacionales sobre los sistemas de protección de la empresa y del consumidor, y por lo tanto surgió la necesidad en Colombia por proteger a los consumidores finales de aquellos bienes, productos y servicios que eran producidos y/o comercializados en el país, dado que no existía remisión legal o sistema de protección para éstos, encontrándose en una desprotección en razón al vacío jurídico preexistente.

Fue a partir de 1991, específicamente con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, que se establecieron una serie de postulados que resultaron en principios y derechos que son aplicables al tránsito comercial de bienes, productos y servicios, así como son aplicables tanto a las empresas como a los consumidores, lográndose así un fundamento constitucional para la protección de la libre competencia económica y del consumidor.

No obstante de lo señalado, la legislación colombiana existente desde la vigencia de la Constitución Nacional de 1886, y la que se desarrolló a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, consideraron un solo tipo de comercio, que es el que se desarrolla en razón a las transacciones terrestres, marítimas y aéreas, quedando por fuera de la aplicación el tipo de comercio que surgió en razón al desarrollo de las telecomunicaciones y de los sistemas masivos de información (internet) denominado actualmente como comercio electrónico, lo que tuvo que ser recogido y acogido a través de normas legales posteriores como la Ley 527 de 1999 y sus posteriores.

Amén de lo precedente, existe actualmente un sistema jurídico aplicable a la protección de la libre competencia económica de aquellos abusos en que pueden incurrir las personas que en el comercio y en la economía participan, entendiéndose por abusos la ejecución de actos y/o conductas tipificadas por las normas vigentes como atentatorios y/o violatorios de la

competencia económica, entre los que encontramos a la publicidad engañosa, la cual no sólo atenta contra la participación de las empresas y/o personas en el comercio, sino que también atenta en contra del consumidor final de aquellos bienes, productos y servicios ofertados en el comercio, comoquiera que a partir de ésta se confunde, a través de ciertas acciones u obras de mala fe, tanto al empresario como al destinatario final: el consumidor.

Se debe esclarecer, respecto de lo aseverado, que si bien existen normas jurídicas, ésta previsión legal y la proscripción de aquellos actos y/o conductas lesivas de la competencia económica y de los derechos de los consumidores, entre los cuales se encuentra la publicidad engañosa, refiere de manera directa al comercio comúnmente conocido y desarrollado, quedándose, en principio, desprotegido, en percepción, el comercio que se realiza y ejecuta a través de medios electrónicos y de la internet: el comercio electrónico.

Es en razón a lo definido anteriormente que la presente tesis tiene como finalidad analizar el sistema de protección de la libre competencia económica y del consumidor en el marco del comercio electrónico, específicamente cuando en éste se ejerce el acto y/o conducta de la publicidad engañosa, para lo cual se partirá en un primer momento por establecer las generalidades del derecho de la competencia y del consumo, así como se presentará el desarrollo histórico normativo, a nivel general, de éstos dos sistemas de protección. Posterior a ello, se determinará la fundamentación jurídica y constitucional, a partir de 1991, de la protección a la libre competencia económica y del consumidor, lo que permitirá localizar y definir, en sentido propio, a la publicidad engañosa en sus efectos sobre el comercio y el consumo, lo que en resumen será la determinación del segundo momento de la presente tesis. Asimismo, y respecto de lo anterior, se describirán, como tercer estadio, los fundamentos legales del comercio electrónico en Colombia, siguiéndose una línea de estudios en cuanto a los principios aplicables, los lineamientos generales del contrato en el marco virtual *online* y su convalidación jurídica. Siguiendo a esto, en un cuarto momento, se analizará el sistema de protección de la libre competencia económica y del consumidor en el marco del comercio electrónico cuando en éste se ejerce la publicidad engañosa, lo que servirá para definir, a manera de conclusiones, el sistema de aplicación extensiva de la normatividad vigente por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC- para dar solución a los casos donde se ejecuta la publicidad engañosa en el seno del comercio electrónico. Finalmente, y dentro del acápite de conclusiones, también se expresarán una serie de recomendaciones dadas por el autor de la presente investigación frente a la problemática aquí presentada.

1. Del derecho de la competencia y del consumo: generalidades, historia y fundamentos jurídico constitucionales

El presente capítulo tiene como finalidad establecer las generalidades, finalidades, el desarrollo histórico normativo y la fundamentación constitucional del Derecho de la Competencia y del Derecho del consumo, analizándose la fundamentación a partir de los dos grandes períodos constitucionales: el precedido por la vigencia de la Constitución Nacional de 1886, y el que inició posterior a la promulgación y entrada en vigor de la Constitución Política de 1991.

Lo anterior, entonces, servirá como un elemento básico de delimitación de la presente tesis, ya que ésta aborda elementos propios de la protección a la competencia como del consumidor, dentro del marco del comercio electrónico, cuando en éste se ejerce el acto y/o conducta de la publicidad engañosa.

1.1. El derecho de la Competencia en Colombia¹

En el presente subcapítulo se disertará acerca de las generalidades, finalidades, desarrollo jurídico normativo, y los fundamentos constitucionales desde la Constitución Nacional de 1886, y a partir de la entrada en vigencia la Constitución Política de 1991, del Derecho de la Competencia en Colombia.

No obstante, y como base para poderse emprender un estudio especializado en la temática referenciada, se deben definir y comprenderse ciertos términos que son importantes para el desarrollo del derecho de la competencia como lo es la economía, el mercado, el mercado relevante, la competencia mercantil y de la función del Estado en éstos.

1.1.1. Generalidades y finalidades del Derecho de la Competencia

Para poderse comprender, desde una perspectiva jurídica y económica al derecho de la competencia, en cuanto a sus generalidades y finalidades, se requiere comprender, sucintamente, aquellos elementos sobre los cuales éste gira en torno, como lo son la economía y el mercado mismo.

¹ Subcapítulo tomado y adoptado de las investigaciones que realicé a través del sistema de Trabajos de Investigación Modular Formativa- TIMF, a lo largo del pregrado bajo la Dirección de la Dra. Yenny Lozada.

En tal sentido, se debe entender, en términos generales, a la economía como aquella ciencia que se encarga de estudiar “las formas de asignar los recursos escasos” (Cuevas, 2004, 37) utilizando para ello diversos modelos matemáticos, fórmulas econométricas, entre otros, con el único fin de estudiar “la forma como los individuos deciden utilizar los recursos productivos escasos o limitados (el trabajo, el equipo y los conocimientos técnicos) para producir los diversos bienes y distribuirlos para su consumo” (Velandia, 2010, 22), analizándose así aspectos propios de la intervención del Estado (macroeconomía), y propios de la decisión de las personas naturales y/o jurídicas de derecho privado (microeconomía). Por su parte el mercado debe ser entendido como aquel territorio en el cual las personas naturales y/o jurídicas interesadas en ofrecer productos, bienes y servicios participan, ya como oferentes o como adquirentes (consumidores, clientes, etc.), obteniendo de estas transacciones mercantiles, reguladas por el derecho civil y/o comercial según el caso, una utilidad que se denomina ganancia (Velandia; 2010), generándose el fenómeno de la competencia mercantil y del comercio, comoquiera que el mercado implica la “lucha del empresario por captar la clientela ofreciendo al mercado productos y servicios a precios, calidades o condiciones contractuales más favorables que las demás” (Witker, 2000, 20). De lo anterior, los sujetos que interactúan en el mercado, generando competencia mercantil y comercio, lo hacen a través de una serie de transacciones que se realizan en éste (Maturana Vásquez; 2003) y que se encuentran posibilitadas y/o reguladas dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado, o que en caso de ser interacciones internacionales, son éstas reconocidas y permitidas en el seno de la *lex mercatoria* internacional, bien sea vía aplicación de la costumbre internacional, vía tratados internacionales, entre otros.

Conexo de lo ya establecido, el derecho de la competencia, temática que aborda específicamente éste sub capítulo, etimológicamente proviene del latín *competentia*, el cual hace alusión al hecho de competir. Sin embargo, y por definición propia, la competencia se comprende, tal cual lo establece la Real Academia de la Lengua Española, como la “disputa o contienda entre dos o más personas sobre algo.”, pero que, y aplicado a los términos empresariales, se debe entender a la competencia como una “situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio”, sobre el cual la legislación dedica un sistema normativo propio que es denominado como Derecho de la Competencia.

Históricamente, este derecho tiene unas raíces norteamericanas, por cuanto en los Estados Unidos, a través de una serie de normas jurídicas se trató el monopolio, y por ende surgió un sistema jurídico que buscó proteger a la economía emergente de aquellos excesos en

que las personas incurrieran por medio del acaparamiento de los compradores y de la fuerza productiva con base al monopolio de empresa y de industria; desarrollándose así una serie de normas *antitrust*², aunque se debe resaltar que Canadá, como lo exponen Ortiz & Maillo & Ibáñez & Lamadrid en su obra del 2008, éste Estado fue el “primer país en dotarse de una legislación de competencia, que se anticipó en algunos meses a su vecino” (P. 19),.

Asimismo, en Europa posterior a la crisis económica que caracterizó la década de los años 30's, se adoptó una Ordenanza contra el abuso de las posiciones de poder económico, la cual no estableció “una prohibición de los cárteles, pues que (sic) existencia no se cuestionaba per se, sino que se establecía un control estatal de los abusos o excesos provocados por los mismos”(Ortiz, Maillo, Ibáñez & Lamadrid, 2008, 22), pero que, y a través de los años, se concertaron una serie de Tratados comunitarios como lo fueron el Tratado Comunitario de la Comunidad Europea del Carbón y Acero (CECA) de 1951, el Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE) de 1957, entre otros, que buscaban generar condiciones de libre competencia óptimas para el desarrollo empresarial e industrial de la zona que abarcaba la Unión Europea, y de los Estados que la componían. Es, entonces, a través del Tratado de Roma que se crearon unas condiciones particulares que impactaron las normas internacionales sobre comercio, toda vez que éste Tratado trajo consigo una serie de prohibiciones en cuanto a las actuaciones y/o actividades que los privados podían realizar con base a la libre autonomía, o autonomía de la voluntad. En este sentido, y para el caso colombiano aquí tratado, trajo una serie de modificaciones de orden legal, por cuanto la Ley 155 de 1959 recogió en sus artículos 85 y 86 algunas cuestiones de este tratado.

Conforme lo explicado, se debe tener en cuenta al Derecho de la Competencia como el “conjunto de normas jurídicas que regulan la rivalidad entre distintos agentes económicos para la búsqueda y conservación de una clientela” (Betancur B, como se cita en Barón, 2010, 65), lo que se comprende bajo el entendido del derecho de la libre competencia económica, el cual “se halla al servicio del progreso técnico y del desarrollo económico.” (Viciano como se cita en Barón, 2010, 65).

De lo precedente, es menester tener presente que el Derecho de la Competencia cumple unas funciones específicas al ser un conjunto normativo que regula el aspecto del desarrollo del comercio y del mercado mismo, lo que en suma es el principal motor del avance económico del Estado, cualquiera que sea éste y su corriente filosófica y/o política, y es

² El cual se traduce como una norma antimonopolística, que dio lugar a la expedición de una serie de leyes que fundamentaron la protección del merco y del comercio, como lo fue la Ley Sherman de 1890 (Sherman Act), la Ley Clayton (Clayton Act), y la Ley de Comercio Federal (Federal Trade Act).

conforme a ello que cumple unas funciones definidas y agrupadas según el impacto que produce, las que se agrupan en:

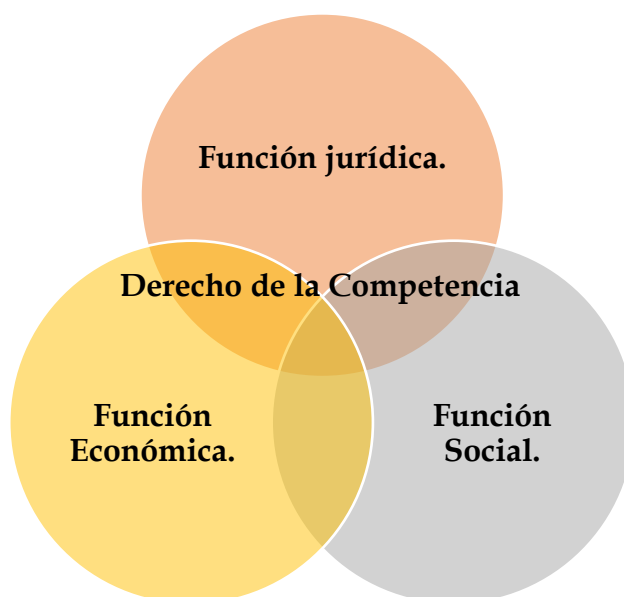


Figura 1 Funciones del Derecho de la Competencia.³

La función jurídica tiene como fin la protección de la competencia leal entre las empresas que participan en la economía, en la producción y la distribución de bienes, productos y servicios. En ésta vía la legislación cumple su fin principal mediante las diversas normas que prohíben la ejecución de actos y conductas anticompetitivas que pueden ejercer estas personas y por tanto busca la protección de los empresarios, específicamente de aquellos que en razón a su condición social y económica se encuentran en desventaja frente a las demás empresas y/o personas⁴ que participan en el comercio y que constan de un poder económico influyente, y por ende de una determinación social en razón al *top of heart* y el *top of mind*, los cuales se entienden como la preferencia social de ciertas empresas en razón a los sentimientos y a la calidad de las mismas en cuanto a sus productos, bienes y servicios ofertados.

Por su parte, la función económica busca el equilibrio efectivo de la economía, lo que también se realiza a través de políticas públicas que se determinan mediante normas de índole jurídico, mientras que la función social del Derecho de la Competencia tiene como fin la adecuada distribución de bienes y servicios en la sociedad, lo que se establece a partir de las

³ Tomado y adaptado de BARÓN BARRERA, Guillermo Andrés, 2012. El derecho de la competencia en los grupos empresariales, hacia la autonomía del Estado. Editorial Ibañez, vol 2. Bogotá D.C., Colombia.

⁴ Sean éstas naturales o jurídicas.

garantías por parte de los Estados por permitir, en razón a normas jurídicas, de una adecuada distribución de bienes y posibilidades en el plano económico y jurídico.

De lo descrito, se debe señalar que en efecto el Derecho de la Competencia es aquella rama del derecho que dedica sus normas jurídicas a la protección de la competencia económica de manera libre, la que implica que los precios sean el producto del desarrollo de la oferta y la demanda y no de la decisión autónoma de ciertas personas en contra de los demás agentes que en el mercado participan, por lo que el Derecho de la Competencia permite establecer una serie de reglas y parámetros para el ejercicio de las actividades económicas y empresariales, comoquiera que su finalidad es propender por un desarrollo social y económico del Estado, lo que supone una reglamentación específica y especial que permita diseñar políticas de intervención estatal sobre los ciclos de producción, comercialización y distribución de los bienes, productos y servicios para el consumo, siendo así la permanente búsqueda por la protección del mercado y del comercio mismo bajo postulados de igualdad en las condiciones y/o posibilidades de desarrollo empresarial, con criterios de racionalidad en el uso de los recursos escasos (capital, trabajo y tierra) en la producción, con la finalidad de la protección que ofrece el Estado como director y garante de la economía y del comercio nacional conforme a lo ordenado por el artículo 335 de la Constitución Política de 1991 y demás artículos aplicables.

1.1.2. Desarrollo histórico normativo del Derecho de la Competencia en Colombia

El presente subcapítulo, de carácter descriptivo, tiene la finalidad de presentar el desarrollo jurídico normativo del Derecho de la Competencia en Colombia, y para efectos de una mejor distribución, se ha establecido una división temática en razón a los dos grandes períodos constitucionales que marcaron la pauta en el desarrollo de éste sistema de derecho, a saber: durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886, y a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

1.1.2.1. Durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886

Antes de presentar las reformas a la Constitución de 1886, en materia del derecho de competencia, se debe establecer que en ésta no se encontraba estipulado el derecho a la libre competencia económica porque existían una serie de derechos que otorgaban de manera directa la intervención del Estado en la economía de esa época. Tales derechos se constituían

bajo la figura jurídica de la economía de mercado, contemplados en el ordenamiento jurídico, “como el derecho a la propiedad privada, la libertad de ejercer profesión u oficio, el derecho de asociación y sobre todo, la posibilidad de intervención del Estado en la economía” (Miranda Londoño, 2011, 70). Es, entonces, a través de reformas constitucionales que el derecho de la competencia tuvo un desarrollo paulatino durante la vigencia de la Constitución de 1886, lo que se reflejó en una serie de leyes y decretos que intentaron regular la materia.

Cuadro 1. Actos legislativos reformativos de la Constitución de 1886

Actos Legislativos reformativos de la Constitución de 1886
Acto Legislativo 1 de 1936
Acto Legislativo 1 de 1945.
Acto Legislativo 1 de 1968.

Mediante el Acto Legislativo 1 de 1936 se buscó establecer la intervención directa del Estado por medio de la ley, y se le otorgó al Estado una serie de facultades para que regulara todo lo concerniente a la actividad económica. A manera de ejemplo, se contempla en el artículo 11° de ese acto expresó que “el Estado puede, 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, o de dar al trabajador, la justa protección a que tiene derecho” lo que contribuyó a que se materializara el principio de intervención del Estado en la economía, del cual surgen las siguientes reformas y leyes que buscaron la efectiva intervención del Estado sobre el quehacer de las personas que en el mercado participaban.

Es de tal magnitud e importancia señalar que éste principio abrió la posibilidad para que el Estado fuese, de manera directa y real, el director de la economía y de sus procesos, comoquiera que éste no debía ser sólo un parte pasiva dentro del comercio y del proceso económico, sino que es el llamado a controlarla y a dirigirla por cuanto ésta sólo tiene vida y se desarrolla en el seno de sus fronteras, siendo ello una razón primordial para que el Estado, a través de políticas públicas postuladas en ley, integrara un sistema de control, vigilancia y

de corrección de los procesos cambiantes de la economía y del comercio mismo, y así se obligó a una permanente búsqueda del raciocinio de los recursos limitados con los que contaba, lo que se fue integrando y desarrollando paulatinamente a través de políticas económicas, de hacienda pública, de inversión, de banca, y de comercio.

Posteriormente, el artículo 28° de la constitución de 1886 fue objeto de reforma, y por medio del acto legislativo 1° de 1945 se estableció que “el Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho”, lo que reconoció al principio de intervención estatal en la economía por lo que El Estado se halló facultado para ejercer control y vigilancia frente a las empresas públicas y/o privadas, incluidas las industrias, que tuvieran un alcance de producción, distribución y de consumo de las riquezas del país.

Mediante el Acto Legislativo 1 de 1968, que modificó el artículo 32 de la Constitución de 1886, se instituyó la garantía de la libertad de la empresa y de la iniciativa privada, estableciendo, además, que el Estado, en virtud al principio de intervención de la economía, dirigiría e intervendría en ésta, lo que permitió que éste otorgase funciones y/ o competencias administrativas a personas de derecho público para que las ejerciesen “en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad” (Rodríguez, 2006, 65), a través de la figura de descentralización administrativa⁵, de la desconcentración y de la delegación; las cuales debían estar creadas mediante la ley, y sus funciones claramente definidas por cuanto su actividad se delimitaba bajo los preceptos del principio de legalidad. Entonces, al permitirse la intervención estatal por mandato de ley en la economía, se buscó el aprovechamiento de la producción, de la distribución, de la utilización, y el consumo bienes, productos y servicios. Asimismo, se buscó aprovechar los servicios públicos y privados para una mejor planificación de la economía y así racionalizarla con el objetivo de no sólo cumplir al desarrollo integral de la misma, sino de cumplir con los fines propios del Estado, establecidos en la Constitución Nacional de 1886.

Entonces, respecto de la legislación desarrollada durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886, posteriores a las reformas constitucionales anteriormente anotadas y analizadas, se debe indicar que,

⁵Esta descentralización administrativa se tiene en cuenta territorialmente (departamentos, distritos, y municipios que representan entidades territoriales), especializada o por servicios (Establecimientos públicos, Empresas industriales o comerciales del Estado, Sociedades de economía mixta, Corporaciones autónomas regionales, etc.) y por colaboración (Cámara de Comercio, Notarias, Jurados de Votación, etc.).

Cuadro 2. Leyes y Decretos Reglamentarios que trataron la temática de la Libre Competencia durante la vigencia de la Constitución de 1886.

Leyes y Decretos Reglamentarios que trataron la temática de la Libre Competencia durante la vigencia de la Constitución de 1886.	
Leyes	Decretos Reglamentarios
Ley 27 de 1888	Decreto Reglamentario 1653 de 1960
Ley 16 de 1936	Decreto Reglamentario 3307 de 1963
Ley 155 de 1959	Decreto Reglamentario 1302 de 1964
	Decreto Reglamentario 410 de 1971
	Decreto Reglamentario 3466 de 1982

La Ley 27 de 1888, anterior a los actos reformativos de la Constitución Nacional de 1886 abordados, permitió que el gobierno, ya sea por motivos de necesidad pública y de mandatos emitidos por el Consejo de Ministros, llevara a cabo la inspección y vigilancia de las compañías anónimas establecidas con domicilio en Colombia, a las cuales anteriormente se les haya otorgado auxilios económicos a cargo del erario público, el dominio de tierras baldías y concesiones por medio de entidades públicas. También se estableció una serie de restricciones para la creación de empresas en cuanto al objeto, el que, en términos generales, debía estar en razón a lo legalmente permitido (licitud del objeto), y no ir en contra de las buenas costumbres, ni al orden público, como lo expresa el artículo 6° de mencionada ley, al expresar que “se prohíbe la fundación de Sociedades anónimas contrarias a las buenas costumbres, al orden público y a las prescripciones legales; así como aquellas que no versen sobre un objeto real y de licita negociación, o que tiendan al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de industria.”⁶, de lo que se desprende, asimismo, que las empresas constituidas bajo la forma legal de Sociedades Anónimas no podían formar un monopolio, a

⁶Entiéndase que a través de esta ley se “prohibía el intento de monopolización del mercado” (Miranda, Londoño, 2011,72). Como lo explica el autor, esto de alguna forma modificó el código de comercio, que para esa época estableció en el art. 2 al art.4, otorgando al gobierno ese poder de examinar las compañías, a tal punto de llegar a controlarlas cuando se daba la necesidad de hacerlo.

pesar de que su objeto fuese real y legal (lícito), o a pesar de que hayan cumplido con los requisitos exigidos por la ley.

Mediante la Ley 16 de 1936 se estableció, en su objeto, que “el Gobierno no otorgará la garantía del Estado para emisiones de bonos o de cédulas hipotecarias hechas por bancos que no sean oficiales o controlados por el Estado, sino en desarrollo de contratos vigentes y cuando el destino que se le dé a las cédulas que hayan de tener la garantía del Estado o al producto de ellas, sea previamente convenido con el Gobierno y supervigilado especialmente por el Superintendente Bancario”, por medio del cual se buscó regular las entidades bancarias que pudieran contratar con el Estado, para que se les pudiera brindar una garantía que implicaba emisiones de bonos o de cedulas hipotecarias, bajo la supervisión de la Superintendencia Bancaria, promoviéndose así un desarrollo en materia bursátil a los bancos de esa época, previendo así la competencia entre éstos en materia de créditos.

A partir de la expedición y de la entrada en vigencia de la Ley 155 de 1959 que se prohibieron las prácticas restrictivas de la competencia que se generaban entre las empresas por la oferta y la demanda en el mercado. Al ser sancionada esta ley, por el modelo proteccionista que se predicaba en el Estado colombiano, no pudo ser aplicada hasta que entró en vigencia el Decreto 3307 de 1963 que la reglamentó.⁷No obstante, según esta ley, tal como lo ordenó su artículo 1°, quedaron prohibidos todos los actos o conductas que buscasen o tuviesen por objeto el limitar la libertad de competencia económica y la producción, lo que se indicó al estipular literalmente que “quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.” Entonces, y mencionado lo anterior, se constituyeron las prohibiciones de actos/conductas que nacen en razón a los acuerdos o convenios entre las empresas e industrias que directa o indirectamente limitaran la distribución o el consumo de materias primas, de productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, lo que implicó que para su aplicación debía corroborarse la existencia de un acuerdo o convenio con la finalidad, directa o indirecta, de limitar esa

⁷ Como se ha evidenciado existían leyes que trataban de temas dispersos en relación con la competencia. Así que esta ley fue oportuna para regular por primera vez todo lo concerniente a la competencia. Fue expedida en el periodo del presidente Alberto Lleras Camargo (1958-1962), el cual se encontraba implementado el Frente Nacional, del cual era su primer presidente. Dicha ley fue propuesta por Agudelo Villa con el objetivo de “proteger a los consumidores y evitar los abusos de poder provenientes de las grandes empresas” que pretendían formar un monopolio en esa época.

distribución o consumo del producto, materia prima o servicio, dentro del escenario probatorio.

Por su parte el Decreto Reglamentario 1653 de 1960 creó la Superintendencia de Regulación Económica, antecesora de la actual Superintendencia de Industria y Comercio, y en materia de competencia, mencionado decreto en su artículo 3° estableció que a ésta se adscribirían las funciones que señalase el Ministerio de Fomento con base a la Ley 155 de 1959, en el entendido de que ésta entidad conocería de las prácticas comerciales restrictivas, excepto en lo atinente al establecimiento de normas sobre pesas, medidas, calidad, empaque, clasificación de productos, entre otras, a que hace alusión el artículo 3° de la Ley 155 de 1959.

Luego, con el Decreto Reglamentario 3307 de 1963, se tomaron las medidas con respecto al monopolio y a los precios. En tal sentido, el artículo 1° del Decreto modificó el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, incluyendo un párrafo que permitió al Gobierno Nacional el autorizar la celebración de acuerdos o convenios, que a pesar de limitar la competencia, tuviesen como fin la defensa de la estabilidad del sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general, los cuales fueron definidos por el siguiente Decreto Reglamentario 1302 de 1964.

Como se indicó, el Decreto Reglamentario 1302 de 1964, que reglamentó la Ley 155 de 1959, definió, entre otras cosas, aquellos sectores que se identificaron como básicos para la producción de bienes o servicios de interés para la economía en general, así como definió aquellos de interés para el bienestar social, los que tenían un impacto para estructurar racionalmente la economía del país. De lo expresado, el artículo 1°, literal a) y b), establecieron una lista que de productos, bienes o servicios categorizados como básicos, mientras que el artículo 5° en sus literales a) y b) definió la concentración jurídico-económica en contra de la libre competencia encontrándose prohibidos los convenios entre empresas, las fusiones, las consolidaciones o integraciones empresariales con interés en limitar la producción, distribución de bienes, productos o servicios, que según éste decreto son de categoría básica para el desarrollo de la economía y del país, por atentar en contra del sector primario de la economía. De la misma forma, le otorgó, a nivel general, una serie de funciones de investigación y sanción en los casos de limitaciones de la competencia, a la Superintendencia de Regulación Económica que fue creada a través del Decreto Reglamentario 1653 de 1960.

Con el Decreto Reglamentario 410 de 1971 se estableció el Código de Comercio, que trata la competencia desleal a partir del artículo 75, el cual fue derogado por el artículo 33 de

la Ley 256 de 1996. Constituye, en términos generales, lo ya dispuesto en normas anteriores a ésta norma.

Y, posteriormente, mediante el Decreto Reglamentario 3466 de 1982 se constituyó el primer Estatuto del Consumidor lo que se reglamentó mediante el Decreto 863 de 1988⁸, el cual establece los precios de los productos de bienes que son ofrecidos, el control establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio y los precios dados por los proveedores, entre otras disposiciones.

Presentado lo anterior, en razón a las reformas que a la Constitución de 1886 se realizaron, y también con respecto a las leyes y decretos reglamentarios que trataron de manera directa o indirecta el derecho a la competencia y que prescribieron ciertas limitaciones y/o prohibiciones sobre aquellos actos y conductas que tenían como fin la limitación de ésta, es que se debe señalar que efectivamente el desarrollo legal inició debido a las necesidades por incluir dentro de la Constitución un precedente normativo con fuerza constitucional que permitiese la efectiva intervención del Estado en la economía en razón al principio que para aquellos días se desarrollaba: el principio de la intervención en la economía por parte de los Estados, del cual nació las eventuales legislaciones que permitieron una delimitación al quehacer autónomo de las personas privadas y también de las públicas en razón a la competencia y al libre comercio.

1.1.2.2. A partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991

Conforme a este sub acápite, se debe señalar que para una mejor comprensión, el análisis partirá de las leyes que tratan la temática del Derecho de la Competencia, y posteriormente se tratarán los Decretos sobre la materia.

Cuadro 3. Leyes que trataron, a partir de 1991, la temática del Derecho de la Competencia.

Leyes que trataron, a partir de 1991, la temática del Derecho de la Competencia
Ley 1 de 1991

⁸ Este decreto cumple con la finalidad de establecer “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” Esto permite una aclaración por ley de lo concerniente en materia comercial a las relaciones que se establecen entre productor, consumidor y proveedor.

Ley 142 de 1994
Ley 148 de 1994
Ley 256 de 1996
Ley 446 de 1998
Ley 472 de 1998
Ley 590 de 2000
Ley 640 de 2005
Ley 962 de 2005
Ley 1340 de 2009
Ley 1507 de 2012

La Ley 1 de 1991, denominada el Estatuto de Puertos Marítimos, estableció la normatividad aplicable a los puertos marítimos, conforme a su apelativo. En el capítulo IV, artículo 22°, se desarrollan las disposiciones concernientes a la restricción indebida de la competencia. En este sentido, el artículo 22° de esta ley establece una prohibición para aquellos actos o contratos que tenga como fin la limitación de la competencia entre las sociedades portuarias. En cuanto a las sanciones, el artículo 41 establece multas económicas, la suspensión temporal, o la caducidad de la licencias para aquellas sociedades que violen las disposiciones de esta ley, lo que se aplica también para la temática de las prohibiciones a las restricciones de la competencia.

Por su parte la Ley 142 de 1994, llamada ‘Ley de Servicios Públicos Domiciliarios’, concretó el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Señala el artículo 34 la prohibición expresa para que las empresas de servicios generen prácticas que tengan la capacidad de generar competencia desleal, o restringir la libre competencia economía en el sector, entre los cuales se encuentra, por ejemplo, la prestación de servicios públicos gratuitos, los acuerdos con otras empresas con el fin de repartirse cuotas o clases de servicios, el abuso de la posición dominante, entre otros actos y/o conductas lesivas de la competencia.

Mediante la Ley 148 de 1994, sobre la Propiedad industrial, se aprobó el Convenio de Paris para la protección de la propiedad industrial. El artículo 10- Bis- estableció una serie de obligaciones para los Estados partes contratantes en cuanto a la competencia desleal, por lo que se instó a los Estados para que prohíban cualquier acto o conducta que genere confusión sobre la propiedad industrial, así como aquellos que busquen establecer falsedades en torno a

este tipo de propiedad y que tiene como fin la desacreditación a los establecimientos y/o empresas en el comercio. Entonces, busca la protección de la protección industrial de aquellos actos que pueden dar lugar a una competencia desleal.

En específico, la Ley 256 de 1996 trató temáticas sobre la competencia desleal. El artículo 7° trata sobre una prohibición general con respecto de aquellos actos de competencia desleal, asimismo el artículo 8° trata sobre aquellos actos que buscan la desviación de la clientela mediante las prestaciones mercantiles contrarias a la costumbre mercantil y a la ley. El artículo 9° versa sobre los actos de confusión, que se conecta con la ley 178 de 1994, y se definen como aquellos actos que busquen crear confusión sobre la propiedad y la actividad mercantil; el artículo 11 establece los actos de engaño, lo que se conecta también con la ley referenciada, y describe aquellos actos que buscan generar engaño sobre los clientes y los consumidores a partir de aseveraciones falsas, incorrectas, que induzcan al error sobre la propiedad y las prestaciones mercantiles, como lo es la publicidad engañosa. El artículo 14 trata sobre aquellos actos de imitación, que refiere a imitar aquellas prestaciones mercantiles. Asimismo, el artículo 15 señala aquellos actos que tienen como fin la explotación de la reputación ajena, lo que es el aprovechamiento en beneficio propio de la reputación industrial, comercial o profesional por otro en el mercado. El artículo 16 trata sobre la violación de secretos, que se configura en razón a la divulgación o explotación, sin la debida autorización, de los secretos industriales o empresariales, sobre los cuales recae el deber de reserva. En último lugar, el artículo 19 versa sobre los pactos desleales de exclusividad, los que se configuran en razón a cláusulas abusivas de exclusividad, las cuales tienen como efecto o finalidad el restringir el acceso de los competidores al mercado a través de la monopolización de la distribución de productos o servicios necesarios para la comercialización y/o producción de otros bienes, productos o servicios.

Con la Ley 446 de 1998 se implantó en el artículo 144 las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en razón a los procesos jurisdiccionales que se adelanten con respecto a la competencia desleal. Estableció el procedimiento propio que debe seguir la superintendencia para ejercer sus funciones jurisdiccionales en materia de los procesos que se promueven en torno a los actos y conductas que propician o generan competencia desleal.

Mediante la Ley 472 de 1998 se desarrolló las acciones de grupo y las acciones populares. El artículo 4°, literal i) señaló que la libre competencia económica hace parte de aquellos intereses colectivos, los cuales, y según el artículo 2° de ésta ley, es susceptible de ser protegido mediante las acciones populares.

Por su parte la Ley 590 de 2000 estableció un régimen de competencia para la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC-, en torno a las prácticas restrictivas de la competencia en el sector de las micro, pequeñas y medianas empresas, por lo cual ésta entidad tiene la facultad de investigar y decidir como órgano jurisdiccional sobre los procesos que en este sector se impetren, derivados de procesos de prácticas restrictivas.

La Ley 640 de 2001 referenció la conciliación en los procesos de competencia desleal y prácticas restrictivas en el artículo 33. En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio, previa solicitud de parte, procederá a realizar la audiencia de conciliación entre los afectados.

Con la Ley 962 de 2005 se reguló que los procesos jurisdiccionales que se cursan a partir de la vigencia de esta norma, con respecto a la competencia desleal, en la Superintendencia de Industria y comercio, y que seguirán el procedimiento abreviado establecido en el Código de Procedimiento Civil, el cual, y por virtud del Código General del Proceso, se encuentra modificado.

La Ley 1340 de 2009 que regula lo atinente a la protección de la competencia, instauró un régimen de protección a la competencia, así como la delimitación de aquellas prácticas restrictivas. De esta misma forma se instauró un régimen procedimental, unas sanciones derivadas de aquellas prácticas y conductas lesivas para la competencia, como también señaló la intervención del Estado por medio de mecanismos propios de éste para la intervención en la economía, derivado del principio de intervención del que es titular el Estado.

En último, la Ley 1507 de 2012 estableció la distribución de competencias entre las entidades del Estado en materia de Televisión, con la que se pretendió que el servicio público de televisión estuviese planeado, regulado, dirigido, gestionado y controlado, para prohibir así aquellos actos o conductas que buscasen la restricción a la competencia y el abuso a la posición dominante entre aquellas personas jurídicas operadoras de cable y televisión.

Respecto de los decretos, tenemos que,

Cuadro 4. Decretos que trataron, a partir de 1991, la temática del Derecho de la Competencia.

Decretos que trataron, a partir de 1991, la temática del Derecho de la Competencia.
Decreto 2153 de 1992

Decreto 3280 de 2005
Decreto 3523 de 2009
Decreto 1687 de 2010
Decreto 2896 de 2010
Decreto 2897 de 2010
Decreto Ley 019 de 2012

Con el Decreto 2153 de 1992 se reestructuró a la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto a sus funciones, su estructura y su organización interna, estando varias normas derogadas por leyes y decretos posteriores. Reglamenta la prohibición de que trata la ley 155 de 1959 en los términos de aquellas conductas que atentan contra la libre competencia, entre las cuales se encuentran los acuerdos y actos contrarios a la competencia, así como el abuso de la posición dominante, y la integración de empresas con el fin de ejercer monopolio.

Por su parte, el Decreto 3280 de 2005 reglamentó el artículo 1° de la ley 155 de 1959 para el sector agropecuario, el cual pretendió proteger el desarrollo y las actividades agrícolas de aquellos acuerdos empresariales o comerciales tendientes a lesionar la cadena de producción, transporte y comercialización de los productos, bienes y servicios originados de éste sector económico.

Mediante el Decreto 3523 de 2009 se modificó la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio en cuanto a las funciones de sus dependencias. Este decreto delimitó las funciones generales de la Superintendencia, así como las funciones y competencias del superintendente, y las de las demás dependencias y oficinas propias de esta entidad pública, lo que fue modificado a través del Decreto 1687 de 2010 con la finalidad de darle una mejor estructuración a su función como Autoridad Nacional de la Competencia.

Con el Decreto 2896 de 2010 se reglamentó el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, por el cual se facultó a la Superintendencia de Industria y Comercio, para que esta entidad, en virtud a este decreto, concediese beneficios a las personas naturales o jurídicas que colaborasen con la detección y represión de acuerdos restrictivos de la competencia.

El Decreto 2897 de 2010 reglamentó el artículo 7° de la ley 1340 de 2009, y buscó, como finalidad, la participación de la Superintendencia de Industria y Comercio mediante conceptos no vinculantes, en la producción de actos administrativos que fueran expedidos por las autoridades de regulación, y que tuvieran el alcance de restringir a la libre competencia.

Últimamente, el Decreto Ley 019 de 2012, denominada Ley antitrámite, modificó al artículo 53 del Decreto 2153 de 1992, en cuanto al procedimiento que se debe seguir al interior de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de infracción y violación al derecho de la competencia, en razón a las prácticas restrictivas del comercio y de la competencia.

Presentadas y analizadas aquellas disposiciones legales y normativas en torno al Derecho de la Competencia, se debe indicar que ésta temática ha tenido un suficiente desarrollo legal, y la Superintendencia de Industria y Comercio ha sido facultada, a través del desarrollo legal presentado, de mayores facultades y competencias, toda vez que no sólo se concibe como un órgano consultivo, sino también como un órgano jurisdiccional, el cual sigue un proceso definido legalmente, para la decisión de aquellos casos en los cuales se discute la violación de una disposición legal, y una eventual afectación a la libre competencia económica.

Dicho lo anterior, se puede exteriorizar que el estado del arte, en cuanto al desarrollo legal a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991 es nutrido, toda vez que cada norma jurídica es un intento por materializar la protección constitucional de la libre competencia de mercado y de la libre competencia económica, lo que se plasma en las disposiciones que dan lugar a aquel derecho de la competencia, el cual busca proteger y promover las buenas prácticas para la competencia, así como busca prohibir aquellos actos y conductas que resultan siendo lesivos para ésta.

1.1.2.2.1. Los fundamentos constitucionales del Derecho de la Competencia a partir de la Constitución Política de 1991

Antes de estudiar los fundamentos constitucionales del Derecho de Competencia en el marco de la Constitución Política de 1991, se debe indicar, tal como lo hace Agudelo Villa (Como se cita en Miranda Londoño, 2011, 43-70), que la Carta de 1991 no es enfática en prohibir el monopolio, toda vez que el Estado, por ejemplo, puede constituir monopolios; sino que busca prohibir el abuso de la posición dominante en el mercado, así mismo busca impedir que las personas, sean naturales o jurídicas, tanto de derecho público o privado, realicen prácticas restrictivas en contra de la libre competencia económica, en perjuicio de los consumidores y de los competidores actuales y potenciales.

El Derecho de Competencia, que surge en razón a las políticas públicas que buscan proteger el libre mercado, la libertad de empresa⁹, y la libertad económica¹⁰, se encuentra fundamentado en “las políticas de defensa de la competencia con el fin de poder brindar garantías a la inversión extranjera y proteger sus mercados de la realización de prácticas restrictivas o monopolísticas” (Miranda Londoño, 43-70), y se expresa en aquellas leyes que buscan restringir aquellos actos y/o conductas que van en contravía del derecho a la libre competencia en el mercado.

En los términos de la Constitución Política de 1991, en cuanto a la fundamentación constitucional, se debe indicar que este derecho de la competencia se elevó a rango constitucional para que así el Estado tuviese un fundamento para protegerlo e intervenir de manera directa, en razón al principio de intervención en la economía. Dicho lo anterior, tenemos una serie de artículos constitucionales que tratan de manera directa o indirecta al derecho de la competencia, o versan sobre la prohibición acerca de aquellos actos y conductas restrictivas, entre los cuales encontramos:

Cuadro 5. Los artículos constitucionales con respecto al Derecho de Competencia en Colombia.

Los artículos constitucionales con respecto al Derecho de Competencia en Colombia	
Artículo	Contenido
Artículo 365	Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la

⁹ Esta debe ser entendida como “aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo para la realización de actividades económicas” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-524 de 1995. (M. P. Carlos Gaviria Díaz: Noviembre 16 de 1995.))

¹⁰ Se debe comprender a ésta libertad como la “facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear o incrementar un patrimonio” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 425 de 1992. Sala Séptima de Revisión. (M. P. Ciro Angarita Barón: Junio 24 de 1992.))

	mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.
Artículo 333	La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. <u>La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.</u> La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. <u>El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.</u> La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.
Artículo 88, inciso 1°	La ley regulará las <u>acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos</u>, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos (sic), la moral administrativa, el ambiente, <u>la libre competencia económica</u> y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

Artículo 75	El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. <u>Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.</u>
Artículo 64	Es deber del Estado <u>promover el acceso progresivo a la propiedad</u> de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, <u>comercialización de los productos</u> , asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos.
Artículo 60	El Estado <u>promoverá</u> , de acuerdo con la ley, <u>el acceso a la propiedad</u> . Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomara las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.
Artículo 58, inciso 3°	<u>El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.</u>
Artículo 57	La ley podrá establecer los <u>estímulos y los medios</u> para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas.

Inicialmente, se debe tener en cuenta que la libre competencia económica surge a partir de la permisiva posibilidad que el Estado colombiano, y la misma Constitución Política de 1991, le reconoce a los privados para que éstos, en virtud a la libre iniciativa, constituyan patrimonios autónomos y con ello creen empresa como máxima expresión de la libertad económica que se pregona a partir de 1991. Entonces, es a partir de la creación de las

empresas que surge en el mercado una contienda entre éstas para lograr un posicionamiento económico, político y social, definiéndose así los postulados de la libre competencia económica que se presenta “cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado” (Sentencia C-815 de 2001). Conexo a esto, la Libre competencia económica “plasma la libre iniciativa privada y la libertad de empresa” (Sentencia C-398 de 1995) y por lo tanto ésta se encuentra garantizada y por tanto “la gestión estatal debe cristalizarse en medidas que impidan su obstrucción o restricción, en especial si, éstas surgen merced al predominio de productores u oferentes de productos o servicios considerados en particular.” (Sentencia C-398 de 1995)

La Constitución Política de 1991, como se expresó, estableció al principio de libre competencia como un derecho de carácter económico (Miranda Londoño, 43-70), el cual no está revestido de fundamentalidad, pero que, y en virtud al artículo 88 de la Constitución, éste puede ser protegido mediante acciones populares y de grupo, lo que indica que este principio y/o derecho es considerado como un derecho de carácter colectivo tal cual lo establece el artículo citado, del que sus “sus vulneraciones no son objeto de la acción de tutela” como lo afirma la Sentencia T-375 de 1997. No obstante lo anterior, se debe señalar, tal cual lo hace la Sentencia SU-157 de 1999, que se podría predicar la fundamentalidad de este derecho cuando la violación de ésta produce la violación y/o vulneración de un derecho de carácter fundamental, quedando entonces para esos casos revestido de fundamentalidad en razón a la conexidad de éste con uno de carácter fundamental.

Por su parte el artículo 333 de la Constitución Política de 1991, en concordancia con los artículos 365, 75, 64, 60, 58 inciso 3º, y el artículo 57, definen al principio de la libre competencia como un derecho que le compete a todos, y le da un valor supra legal comoquiera que éste “plasma la libre iniciativa privada y la libertad de empresa” como lo asevera la Sentencia C-1262 de 2000, siendo éste garantizado e intervenido por el Estado en ejercicio de sus facultades como policía administrativo como lo ordena el artículo 334 y 335 superior, como ya se anotó anteriormente.

Asimismo, se establece un régimen aplicable a la competencia, no sólo con respecto a la protección de la misma, sino también con respecto a los estímulos que el Estado debe generar para que existan condiciones que permitan una competencia en el mercado trayendo consigo una serie de beneficios, no sólo para los productores y comercializadores de bienes, productos y servicios, sino también para los consumidores, lo que refleja en una estimulación y optimización progresiva del mercado. En este mismo sentido, en cabeza del Estado se

encuentra la obligación de la garantía del acceso de las personas a la propiedad privada, lo cual se materializa con la creación de la empresa, y es en razón de ésta que nace la competencia en el mercado.

Tal como se desprende de la lectura de los artículos citados, y su eventual análisis, es que el Estado se encuentra ante una doble obligación, una en sentido positivo y otra en sentido negativo. La primera obliga al Estado a que genere condiciones propicias para la competencia y la libre competencia económica, esto es, a través de leyes, políticas públicas e instituciones/entidades públicas que busquen promover y proteger a la libre competencia y restringir las prácticas que buscan vulnerarla, lo que es de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Por su parte, la segunda obliga a que el Estado se limite a no generar condiciones que vulneren a la libertad económica y la libertad de empresa, lo que se reflejaría en limitación de la libre competencia económica, a través de leyes, políticas públicas e instituciones/entidades que ejerzan una limitación y restricción excesiva a la competencia en el mercado. En esos dos sentidos, el Estado colombiano se encuentra obligado al ofrecimiento de condiciones adecuadas para la protección, racionalización, optimización y promoción de la libre competencia, además de la restricción de aquellos actos y conductas lesivas a ésta, lo cual se demuestra en las funciones jurídicas, sociales y económicas del Derecho de la Competencia anteriormente abordados.

Ahora bien, se debe tener presente, tal y como lo establece la Sentencia C- 624 de 1998, que la libre competencia no puede ser un límite para que el Estado ejerza control y límites sobre ésta, toda vez que el Estado, en virtud del artículo 334 y 335 superior, tiene la plena facultad para ejercer control y vigilancia sobre el mercado y sobre la economía en razón al principio de intervención a la economía, como ente director de la economía y como policía administrativo en razón a que ésta, la competencia, tiene efectos positivos en beneficio de los consumidores y de la misma libertad empresarial, como lo afirma la Sentencia T-240 de 1993. Además, y en virtud a lo señalado por el artículo 150, numeral 21, al Congreso le compete la creación de leyes con el fin de intervenir en la economía, como así para fijar los alcances y límites de la libertad económica, lo que encuentra eco en la Sentencia C- 535 de 1997, al referir específicamente que “corresponde a la ley no solamente delimitar el alcance de la libertad económica, sino, además, disponer que el poder público impida que se obstruya o se restrinja y se evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. Entre los distintos modelos de organización del mercado, la Constitución ha optado por uno que privilegia la libre competencia, para lo cual se reserva

a la ley, vale decir, al gobierno democrático, la función de velar por que se configuren las condiciones que lo hacen posible.”.

1.2. El Derecho del Consumo en Colombia

En el presente subcapítulo se disertará acerca de las generalidades, finalidades, el desarrollo jurídico normativo, y los fundamentos constitucionales en los dos períodos constitucionales del Derecho del Consumo en Colombia. Asimismo, se presentará y analizará lo concerniente a la existencia de la relación de consumo y de la definición de consumidor a la luz del ordenamiento jurídico colombiano.

1.2.1. Generalidades y finalidades del Derecho del Consumo

El consumo, en su definición propia, es entendido, como lo indica la Real Academia de la Lengua Española (Sf), como aquella acción y posterior efecto de consumir, sin establecerse sobre cuál tipo de bien, producto o servicio se puede realizar ésta acción, la cual es ejecutada por quien se denomina como consumidor de manera genérica, a quien se dedica las normas que comprenden el sistema jurídico denominado Derecho del Consumidor o Derecho del Consumo.

Hoy en día, el derecho del consumo debe ser entendido como aquella rama autónoma del derecho que busca regular el consumo de bienes, productos y servicios, que procura promover y proteger los derechos de los consumidores, toda vez que éste sistema busca salvaguardar a la parte débil en la relación de consumo, la cual no sólo se podría desarrollar en el ámbito contractual, sino también en el ámbito extracontractual, tal como lo establece Farina (2005, 332), aunque, y para el caso colombiano, debe existir y/o mediar una relación de consumo con la intermediación de un contrato, la que será estudiada a profundidad posteriormente. En ese sentido, Pérez Bustamente (como se cita en Villalba, 2009, 7) expresó que “el derecho del consumo es aquel que regula los intereses de los consumidores y las relaciones de consumo en general”. Referenciado esto, el derecho del consumo “nace de la necesidad de brindar protección en una relación jurídica en la que predomina la desigualdad, y se aplica únicamente en los casos donde se identifique la existencia de una relación de consumo” (Cámara de Comercio de Medellín, 2012, 8).

A nivel jurídico internacional, el Derecho del Consumo tuvo unos inicios dispersos sin mucho eco, toda vez que el desarrollo de la protección del consumidor comenzó

efectivamente a partir de la segunda mitad del siglo anterior, por cuanto se notó la necesidad por proteger a quien es considerado como la parte débil en las relaciones de consumo, es decir, el consumidor. Conexo de esto, se podría indicar que éste sistema tuvo su razón derivada en la necesidad de incluir a los consumidores finales de los bienes, productos y servicios producidos y/o comercializados, dentro de los procesos industriales y empresariales, lo que tomó viva voz en los Estados Unidos, país en el que a partir de 1962, en razón al pronunciamiento del Presidente Kennedy, se fundamentó la necesidad por defender los derechos de los consumidores, aunque décadas anteriores, en ese mismo Estado, se buscó proteger el consumidor frente a los excesos de las empresas y las industrias tal como lo define Villalba Cuellar en su obra del 2009 (P. 4).

En lo que hoy en día es la Unión Europea, a partir de los años 60's, se comenzó a tratar la temática de la protección de aquél grupo de personas a quienes se destinaba de manera final los bienes, productos y servicios producidos y comercializados: los consumidores, aunque, y se hace necesario definir, el Tratado de Roma de 1957 no trajo consigo alguna consideración específica sobre la protección del consumidor, comoquiera que para aquél momento no se entendía o percibía el grado de diferenciación entre aquellos denominados consumidores y aquellos definidos productores y/o comercializadores (Villalba, 2009, 5). Es así, que a partir del Tratado de Maastrich¹¹ se asumió, por parte de ésta unión un horizonte de la política en pro de la defensa de los derechos de los consumidores por lo que se definió “la necesidad de unificar y armonizar las normatividades nacionales sobre la materia como un punto clave para el desarrollo del mercado interior” (Villalba, 2009, 6), lo que se modificó posteriormente con el Tratado de Ámsterdam de 1997, lográndose así un proceso paulatino de inclusión de políticas sectoriales, aplicables únicamente a la Unión Europea, para la protección del consumidor frente a los excesos de las empresas/industrias.

Este derecho, o rama del derecho, como hoy en día es conocido, tiene una función pública y social definida, aunque no se pueda definir como parte del derecho público o privado, por cuanto “busca la protección de sujetos en situación de debilidad” (Villalba, 2009, 15), quienes tienen una serie de derechos reconocidos claramente en los ordenamientos jurídicos en los que existe disposición positiva sobre la protección al consumidor, entre los cuales se encuentra el pilar fundamental de sus derechos: el derecho a la información, que se define genéricamente como el “derecho a conocer la composición de los productos, las

¹¹ El título XI de ese tratado se denominó “Protección de los Consumidores”.

características de los servicios, su calidad, su precio real y los riesgos que pueden representar” (Herrera & Barraza, 2009, 2).

1.2.2. Desarrollo histórico normativo del Derecho del Consumo en Colombia

A nivel jurídico interno, se debe establecer unos períodos históricos de desarrollo, comoquiera que este se desarrolló durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886, así como se desarrolló posterior a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

1.2.2.1. Durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886

Respecto del desarrollo histórico normativo del Derecho del Consumo en Colombia, durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886, tenemos:

Cuadro 6. Leyes y Decretos que trataron, durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886, la temática del Derecho del Consumo y de la protección al consumidor.

Leyes y Decretos sobre el Derecho del Consumo durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886.
Código Civil: art 1892 a 1927
Código de Comercio: art 932, 933, 939.
Ley 155 de 1959, art 3.
Decreto 2269 de 1963.
Decreto 2416 de 1971.
Ley 9 de 1979.
Ley 73 de 1981.
Decreto 1320 de 1982
Decreto 1441 de 1982.
Decreto 3466 de 1982.
Decreto 3467 de 1982.
Decreto 3468 de 1982.
Decreto 2876 de 1984.

Decreto 1009 de 1988.
Ley 45 de 1990.

Antes de iniciar, se hace imperioso definir que inicialmente en Colombia no existía una protección directa al consumidor, toda vez que “las únicas protecciones que operaban eran las del Código Civil, que consagraban, como obligaciones del vendedor, las mismas instituciones para la protección al comprador que el derecho romano: el saneamiento por vicios redhibitorios, cuando el bien tenía vicios ocultos en su funcionamiento, y el saneamiento por evicción, cuando la posesión se perdía por problemas jurídicos, a través de sentencia judicial (arts. 1893 a 1927 C.C.).” (Ossa, 2010, 11), los cuales fueron insuficientes para la protección del consumidor.

Posterior a ello, el Código de Comercio trajo consigo dos disposiciones relativas a la protección del consumidor a través de la figuras de las ventas con garantías (artículo 932 y 933), y los vicios de calidad (artículo 939), las cuales, al igual que las contenidas en el Código Civil, fueron muy cortas y dispendiosas en el escenario de un proceso judicial.

Fue a través de la Ley 155 de 1959, que se incluyó, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, un sistema propio para la protección del comercio, de la libre competencia económica y del mercado mismo, denominado Derecho de la Competencia, el cual se fundamentó en su artículo 3° como la obligación por parte del Estado de crear normas relativas a la protección del consumidor, toda vez que esa norma expresó que es del resorte potestativo del Estado el regular no sólo la temática de la competencia y de la libre competencia económica entre las personas que participan en la contienda competitiva en el mercado, sino que estableció una obligación positiva a cargo de éste sujeto con la finalidad de que crease un sistema normativo eficiente para la protección de los derechos de los consumidores, lo que posteriormente se fue desarrollando.

A nivel técnico metrológico, el Decreto 2269 de 1963 estableció el Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología, el cual tiene como finalidad promover al comercio y al mercado mismo a partir del establecimiento de parámetros de seguridad, calidad y medición, lo que permitía tener, para el consumidor, la certeza de los contenidos, la idoneidad y la calidad de aquellos bienes, productos y servicios que éste adquiriría en el seno del comercio.

En 1971 se expidió el Decreto 2416 que incluyó normas sobre la calidad, creándose posteriormente la Ley 9 de 1979 (conocido popularmente como el Código Sanitario) que

estableció normas para la protección del medio ambiente, calidad del agua, de los alimentos, entre otros que también repercutían favorablemente al consumidor.

Es a partir de la Ley 73 de 1981 que se expresaron las facultades temporales del poder ejecutivo para regular temáticas propias de la protección al consumidor, aunque y como lo define Ossa Gómez, esta se quedó corta en el plano de aplicación (2010, 11).

La anterior ley fue reglamentada con los el Decreto 1320 de 1982 y por el Decreto 1441 de 1982 que incluyeron dentro del ordenamiento jurídico colombiano el reconocimiento a las ligas de asociaciones de consumidores por ésta última norma, la cual fue definida como “toda organización constituida mediante la asociación de personas naturales, cuyo objeto sea garantizar la protección, la información, la educación, la representación y el respeto de los derechos de los consumidores de bienes y servicios, así como velar por el pago de las indemnizaciones a que se hagan acreedores, según la ley, por la violación de sus derechos” (Ossa, 2010, 12).

En 1982 se creó el primer Estatuto del Consumidor, conocido como el ‘Estatuto General del Consumidor’, el cual nació con el Decreto 3466 de 1982, en las que “dictaron normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación publica de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, etc.” (Ossa, 2010, 12). En este sentido, y para una mayor precisión respecto de éste decreto, se debe señalar que éste trajo consigo una serie de definiciones que son básicas para el derecho del consumo y que posteriormente fueron modificadas vía a la interpretación realizada por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, así como fueron ajustadas a partir de las definiciones expedidas, vía concepto y resoluciones, de la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- conforme a las competencias legales definidas. No obstante, fue el primer desarrollo positivo que buscó la protección del débil en la relación del consumo: el consumidor, el que será posteriormente abordado a mayor profundidad.

Es de señalar, que la protección del consumidor que se instituyó en Colombia a través del Decreto 3466 de 1982 se entendió bajo los lineamientos de una protección con sentido punitivo, es decir, se estableció un régimen de sanciones propio de un Estado policía, como lo señaló en 1998 Zuluaga Giraldo (P. 32), pero que, y a pesar de lo referenciado, la protección que trajo consigo el estatuto del consumidor que nació a través del Decreto 3466 de 1982, permitió establecer una serie de derechos a favor del consumidor no tenidos en cuenta anteriormente, entre los que se cuenta las nociones de calidad, de idoneidad y la garantía de los bienes, productos y servicios ofrecidos en el mercado, así como se implantó el derecho de

los consumidores a recibir información, entre otros, de carácter fundamental hoy en día, los que fueron abordados en su totalidad por la Ley 1480 de 2011, lo que en su momento será discutido.

Con los Decretos posteriores, el 3467 y 3468 de 1982, se dictaron normas relativas a las ligas de asociación de consumidores creadas con el Decreto 1441 de 1982, estableciéndose posteriormente unas reglas sobre el control de precios al consumidor a través del Decreto 2876 de 1984, y se crearon a nivel departamental unos consejos departamentales de protección al consumidor con el Decreto 1009 de 1988.

En último lugar, entrada la última década del siglo XX, se creó la Ley 45 de 1990, la que específicamente en los artículos 77 y 88 reguló la temática relativa al usuario/consumidor financiero y de seguros, tanto del sector financiero como del sector de seguros, y previno sobre la necesidad de constituir normas para la protección de éstos consumidores/usuarios de un régimen especial.

1.2.2.2. A partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991

Entonces, a partir del surgimiento y entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, tenemos un desarrollo legal importante en cuanto a las leyes y decretos que trataron de manera directa al derecho del consumo, así como la protección del consumidor, entre las que contamos,

Cuadro 7. Leyes y Decretos que trataron, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, la temática del Derecho del Consumo y de la protección al consumidor.

Leyes y Decretos sobre el Derecho del Consumo durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886.
Constitución Política de 1991: artículo 13 y 78.
Decretos 2152 de 1992.

Decreto 2153 de 1992.
Ley 100 de 1993.
Ley 256 de 1996.
Ley 446 de 1998.
Ley 1328 de 2009.
Ley 1480 de 2011.
Decreto 704 de 2012
Decreto 735 de 2013.
Decreto 1097 de 2014.

Posterior a la definición de las principales normas sobre la protección al consumidor y sus derechos, se requiere señalar que con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se desarrollaron una serie de normas que buscaron la protección de estos sujetos.

A partir de los Decretos 2152 y 2153 de 1992 se reestructuró el Ministerio de Desarrollo Económico y la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC-, otorgándosele a ésta última las funciones de protección al consumidor en sede jurisdiccional y administrativa, comoquiera que ésta recibió la facultad de legal de poder investigar y sancionar las conductas que fueran atentatorias contra la libre competencia económica, y en contra de los derechos de los consumidores.

A nivel salud, la Ley 100 de 1993 y demás normas derogantes, reformativas y concordantes, se expresó la libertad de decisión por parte de los usuarios (consumidores) frente a la afiliación al Sistema General de Seguridad Social, quedando en manos de esto la posibilidad de contratar con cualquiera de las entidades e instituciones prestadoras de servicios de la seguridad social.

Con la Ley 256 de 1996, relativa a la competencia desleal, se protegió a los consumidores de manera indirecta “pues al garantizar una libre y leal competencia en la que los productores y comerciantes solo pueden competir con mayor variedad, mejor calidad y más bajos precios, el consumidor es el principal beneficiario” (Ossa, 2010, 15).

Por su parte, la ley 446 de 1998 trajo consigo una serie de normas relativas a la competencia jurisdiccional de la Superintendencia de Industria y Comercio en pro de la protección de los derechos al consumidor, los cuales fueron considerados exequibles por parte de la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-1071 de 2002 comoquiera que éstas son

unas funciones/competencias excepcionales que aunque no hayan sido reconocidas por parte del artículo 116 de la Constitución Política de 1991, el legislador es el competente para otorgarlas de manera restrictiva y sujeta a las disposiciones normativas para su aplicación en concreto.

Entrado el siglo XXI, fue expedida la Ley 1328 de 2009 por medio de la que se dictaron normas para el sector financiero, de seguros y de mercado de valores, reformándose disposiciones contenidas en la ley 45 de 1990, “y así mismo trae un título completo (el Título I) en el cual se establecen las definiciones básicas de que debe entenderse por cliente, usuario, consumidor financiero, entidades vigiladas, etc., así como los principios que deben regir entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros.” (Ossa, 2010, 17), por lo que se hizo extensiva la protección al consumidor en las áreas de los servicios de seguros y financieros, lográndose una integración normativa para la protección de éstos sujetos débiles en la relación de consumo que se identificó en éste sector especial.

Fue, entonces, con la Ley 1480 de 2011 que se reformaron y derogaron las disposiciones relativas a la protección del consumidor, se otorgaron más y mejores facultades a la Superintendencia de Industria y Comercial –SIC- en relación a la protección de éstos sujetos, y se estableció con esta un Estatuto del Consumidor integrado, la cual y por la remisión expresa de ésta tesis, será estudiada con mayor detenimiento en capítulos posteriores.

Posterior a la entrada en vigencia la Ley 1480 de 2011, el Gobierno Nacional, dentro de sus atribuciones legales expidió una serie de Decretos Reglamentarios que reglamentaron de manera parcial ciertos artículos del Estatuto del Consumidor. En ese sentido, el Decreto 704 de 2012 reglamentó parcialmente el artículo 61 de la ley citada, respecto de los criterios que debía usar la Superintendencia de Industria y Comercio para imponer multas por violación a los derechos de los consumidores, por lo que ésta al momento de imponer sanciones legales se debe sujetar a unos criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, relativos a la justicia, equidad, razonabilidad y proporcionalidad, conforme a lo ordenado por el parágrafo 1° del artículo 61, lo que se aplicaría obligatoriamente al momento de imponer una multa/sanción por parte de ésta entidad.

Por su parte, el Decreto 735 de 2013, también reglamentario de la Ley 1480 de 2011, estableció la reglamentación sobre la garantía que se encuentra prevista en el artículo 7° de la citada ley. En tal sentido se establecen una serie de reglas para hacer efectiva la garantía legal, en las fases de solicitud, como reclamación directa, por parte del consumidor, quien está obligado a informar el daño o avería del producto para que éste sea reparado, repuesto o para

hacer efectiva la garantía a que tiene. Esta solicitud y/o reclamación directa, como lo señala el parágrafo del artículo 2° es obligatoria antes de intentarse la acción jurisdiccional en sede de la Superintendencia de Industria y Comercio o en sede de la Jurisdicción Civil. Asimismo, este decreto establece los términos y formalidades de la resolución de la reclamación directa por parte del productor o expendedor en el artículo 3°, como también se establece que el consumidor es quien tiene la potestad de elegir la forma de hacer efectiva la garantía legal, ya sea a través de la devolución total de lo pagado, el cambio del bien (como reposición) o la reparación del mismo (si es posible). Así, el citado decreto “incorpora además una reglamentación especial para hacer efectiva la garantía de los bienes inmuebles, en particular, en lo que está asociado al tema de los acabados” (Ámbito Jurídico, Sf). Consecutivamente, considera un articulado que garantiza un mayor ejercicio de los derechos de la consumidores cuando éstos adquieren bienes que tiene averías, o que posterior a su adquisición dejan de funcionar y no cumplen con los requerimientos, lo cual se ejercita primero en sede de reclamación, y posterior en sede jurisdiccional.

El último Decreto, en términos jurídicos y cronológicos fue el Decreto 1097 de 2014, el que reglamentó la etapa previa de reclamación directa para la protección de los consumidores de servicios turísticos y/o aéreos, lo que maneja un lineamiento de solicitud de garantías al igual que el Decreto 735 de 2013, con la diferencia que éste se aplica única y exclusivamente para los servicios hoteleros, turísticos y aéreos, en los que el consumidor considere que sus derechos son vulnerados por las sociedades hoteleras, turísticas y aéreas, siguiendo un procedimiento similar al Decreto 735 de 2013.

1.2.2.2.1. Los fundamentos constitucionales del Derecho del Consumo y de la Protección al Consumidor a partir de la Constitución Política de 1991

A partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, por parte de la Asamblea Constituyente, y con su posterior entrada en vigencia, se estableció en Colombia un nuevo ordenamiento y un nuevo régimen jurídico, que aunque no rompió de manera total con el anterior régimen, sí adoptó una serie de posturas en torno a la protección de los derechos fundamentales, de la dignificación de la persona, y a lo que ésta investigación compete, trajo consigo un cambio fundamental: por primera vez un texto fundamental incluía al consumidor, se incluían sus derechos, y no sólo desde una perspectiva de derecho económicos sociales, sino incluyó una serie de obligaciones para el Estado y para el Gobierno, lo que será definido párrafos posteriores.

Entonces, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, estableció en su artículo 78 superior la obligación por parte del Estado y del Gobierno en turno por regular, a través de la legislación nacional, ciertas temáticas específicas, entre las que se encuentra el sistema de protección del consumidor, el cual, y en virtud del artículo 78 superior, es considerado de carácter colectivo (Gómez & Muñoz, 2008, 6). Es, con la exhortación del artículo 78 que la constitución indicó que

Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos. (Subrayado fuera de texto).

En tal sentido, el Estado colombiano quedó, con base a lo citado, por mandato constitucional, obligado a expedir leyes y normas jurídicas en torno a

- 1) la calidad de bienes, productos y servicios.
- 2) El deber de información respecto de los anteriores.
- 3) La responsabilidad los productores/comercializadores (distribuidores dentro de éstos) cuando con los bienes, productos y servicios, se violente la seguridad y la salud.
- 4) Sobre la provisión adecuada de bienes, productos, y servicios a los consumidores, así como la información de éstos.
- 5) Y, Finalmente se obligó a “la participación de las organizaciones de consumidores en el estudio de las disposiciones que les conciernen, siempre y cuando estas sean representativas y observen procedimientos democráticos internos” (Ossa, 2010, 14).

Además de lo anterior, la Carta Política trajo consigo otra serie de consideraciones que también repercuten e importan al consumidor, comoquiera que a partir del cambio constitucional tomó fuerza la garantía constitucional para el ejercicio de derechos fundamentales y por tanto el Estado se forzó a garantizar la participación de éstos sujetos a través de asociaciones. Por su parte, el artículo 13 obligó, de la misma forma, al Estado para que éste creara condiciones de igualdad para que esta fuese real y efectiva, dado que el inciso tercero fue enfático al ordenar que le asiste al Estado el deber de protección, al exteriorizar que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta” quedando entonces los consumidores en la previsión de que trata las condiciones económicas, comoquiera que éste resulta siendo la parte débil de la relación de consumo, por lo que le concurre al Estado la obligación de generar condiciones positivas para proteger y defender de manera efectiva los derechos de quienes se encuentren en condiciones de desigualdad o debilidad manifiesta, lo que da lugar a un inminente trato diferencial y diferenciado entre aquellos que participan en el comercio, siendo de un lado los productores/comercializadores y distribuidores, y por otro los consumidores propiamente dichos, ya que éstos últimos “demandan una especial protección de sus derechos, en la medida que es la parte débil de la relación de consumo, y se encuentra en condiciones de debilidad económica manifiesta” (Ossa, 2010, 16).

De lo indicado, la Sentencia C-313 de 2013 exteriorizó específicamente que

“La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. Sin embargo, la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema este que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. El programa de protección, principalmente, se determina a partir de la ley, los reglamentos y el contrato. Es claro que la fuente contractual debe interpretarse de conformidad con los principios tuitivos del consumidor plasmados en la Constitución. Con el derecho del consumidor se presenta algo similar de lo que se observa con otros derechos constitucionales. La Constitución delimita un campo de protección, pero el contenido preciso del programa de defensa del interés tutelado, es el que se desarrolla y adiciona por la ley y por

otras normas y fuentes de reglas jurídicamente válidas.” (Subrayado fuera de texto)

Es, entonces, resultado de la necesidad que encontró el constituyente en establecer unas relaciones justas, equitativas e igualitarias en el trato de los productores/distribuidores respecto de los consumidores, que reconoció su deber por proteger los derechos de éstos últimos en razón a la debilidad frente a los primeros, comoquiera que el hecho de que detenten el poder económico, industrial y empresarial, ocasionan un desequilibrio en la balanza de poder, lo cual debió suplir el Estado a través de la facultad, la competencia y la obligación positiva contenida en el artículo 78 superior.

De lo antecedente se evidencia que existe en la relación de consumo una desigualdad en razón a la capacidad que tienen los sujetos que en ésta relación participan, toda vez que se tiene en cuenta al consumidor como la parte débil de ésta, sea a nivel jurídico, económico o de otra índole, en razón, principalmente, a que el consumidor no tiene un carácter profesional, menos aún el poder económico, ni político, ni social, ni adquisitivo del empresario/industrial, por lo que las condiciones contractuales que pueden surgir entre éstos podría dar lugar a la existencia de condiciones propicias, y que se materializan vía cláusulas abusivas, para la vulneración de los derechos fundamentales y constitucionales de las personas que fungen como consumidores, los cuales en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentran amparados y/o fundamentados en razón al artículo 13, 20 y 78 de la Constitución Política de 1991, y demás derechos superiores conexos y aplicables a éstos.

Relativo a la debilidad del consumidor, sostiene Juan Rinessi en el 2006, citando a Crovi (P. 27), que la debilidad manifestada por parte de los consumidores “no se traduce en la pertenencia a una clase determinada, sino en aquellas situaciones que afectan la libertad contractual” a través de condiciones favorables para la parte fuerte en contra de la vulneración de la parte débil, por lo que “la problemática del consumidor, por ser común a todos (a pobres y ricos, a fuertes y a débiles, a instruidos y a ignorantes, a habitantes de ciudad y del campo, a consumidores de productos de bienes suntuarios), concierne genéricamente a la persona, cuya noción ha sido puesta en el primer plano en el derecho moderno” (Juan Rinessi, 2006, 29), y en razón a esto es que surge una protección fuerte para éstos débiles dentro del marco de las relaciones de consumo en el seno del ordenamiento jurídico constitucional.

Se debe indicar que la protección ordenada por la Constitución de 1991 a cargo del Estado no sólo implica la búsqueda las condiciones de igualdad y de los derechos económicos y sociales de los consumidores, comoquiera que el artículo 20 superior trajo consigo el

derecho fundamental de la información, el cual implica la posibilidad de que las personas reciban y emitan información, lo que, y conectándose con el sistema de protección al consumidor y de la orden contemplada en el artículo 78 superior, resulta siendo plenamente ajustable a éstos sujetos (al consumidor), toda vez que éste tiene derecho a recibir información, parte del productor, comercializador y/o distribuir, de manera eficiente, clara, oportuna y sin condiciones de lo que va a adquirir y/o consumir, incluso desde la etapa precontractual, lo que se funda en el principio de buena fe contractual, y es por tanto un derecho fundamental de los consumidores.

No obstante, y con base a la sentencia ya señalada (la Sentencia C-313 de 2013), es que se debe afirmar que la Constitución Política de 1991 no estableció un catálogo de derechos del consumidor o un ámbito específico de protección, sino que delegó esa responsabilidad al Congreso y al Presidente de la República, para que fueran ellos los que estructuraran, dadas las competencias constitucionales y legales, un decálogo de protección y de derechos propios e inherentes a la condición de consumidor, creándose así una serie de normas, posterior a 1991, para la protección del consumidor, surgiendo así los sistemas de protección para el consumidor general y/o genérico a través de la Ley 1480 de 2011, y del consumidor financiero de que trata la ley 1328 de 2009.

De lo trato, es que el Estado, como director de la economía y del mercado mismo, le asiste la facultad, competencia y el deber, por expreso mandato Constitucional, de corregir, coordinar, dirigir y activar condiciones ideales de mercado, para racionalizar la distribución de los recursos, maximizar las ganancias y disminuir las pérdidas, conservándose para sí la obligación y la misión de lograr una igualdad material y formal al tenor del artículo 13 superior, procurando que el consumidor acceda a la información y todos los tipos de ésta, para que éste tenga pleno conocimiento de qué adquiere, qué consume, sus características, sus riesgos, entre otros aspectos relevantes para éste.

1.2.3. De la relación de consumo y el consumidor

El presente sub tema, del subcapítulo abordado sobre el derecho del consumo, tratará de definir aspectos relevantes, necesarios y determinantes para poderse establecer la definición propia del consumidor, comoquiera que es imperiosamente necesaria la existencia previa de la relación de consumo, de la que parte la definición propia del consumidor y que permite delimitarlo en su persona, es decir, para establecer quién es o quién no es consumidor en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.2.3.1. La relación de consumo en el ordenamiento jurídico colombiano

Antes de iniciarse con la acepción propia de la relación de consumo, se debe indicar que éste es el elemento fundamental del Derecho del Consumo, toda vez que es a partir de ésta que se puede establecer quién es o quién no es el consumidor, por cuanto “el consumidor es un sujeto de derecho, pero no es el fundamento de la disciplina” como lo expresa Lorenzetti (como se cita en Polanía, Sf, 17), ya que éste sujeto, el consumidor, es una parte integrante de la relación de consumo, de la que, al surgir a la vida jurídica, se aplican las disposiciones jurídico constitucionales de protección, redefiniéndose así el elemento primordial del derecho del consumo: la relación de consumo, de la que nace el consumidor y sus derechos.

En Colombia, se debe indicar que no existe una definición propia y correcta, a nivel jurídico, que trate de manera directa a la relación de consumo, comoquiera que ni el Decreto 3466 de 1982 ni la Ley 1480 de 2011 definieron éste concepto que a lo largo de ambos estatutos es usado, estableciéndose en ésta última norma dos especificidades o funciones claras para la relación de consumo como instituto jurídico sin definición propia; la primera que da lugar a la aplicación efectiva de la Ley 1480 de 2011 en razón a la materialización y corroboración de la presencia de una relación de consumo, y la segunda que permite establecer el ámbito territorial de aplicación, es decir, la autoridad competente para conocer de los conflictos que se susciten en razón a la relación de consumo: entre el empresario/industrial y el consumidor.

Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante el concepto de radicado 12-128862-00001-0000, afirmó que si bien no existe definición propia de la relación de consumo por parte de la Ley 1480 de 2011, ésta sí define elementos intrínsecos y necesarios para su existencia, entre los cuales se encuentra la definición propia del consumidor, de idoneidad, de calidad, entre otros, por lo que se debe entender que la relación de consumo es “aquella que se establece entre productores, distribuidores, expendedores y consumidores, en dónde éstos últimos se encuentran en búsqueda de la satisfacción de una necesidad personal” (Superintendencia de Industria y Comercio. concepto de radicado 12-128862-00001-0000).

De la definición anterior, aportada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se debe expresar que, en efecto, la relación de consumo es, en el ordenamiento jurídico colombiano, a pesar de que no exista una definición propia, una relación contractual, ya que

“todas las relaciones de consumo son relaciones contractuales mas no todas las relaciones contractuales son relaciones de consumo” (Imbachí Cerón, 2008, 421).

Empero, y a pesar de que la relación de consumo sea un contrato entre el consumidor y quien es el productor, comercializador y/o distribuidor, el contrato no es suficiente para definir y establecer la existencia de la relación de consumo, ya que se debe valorar en el caso concreto a la persona adquirente y se debe analizar la destinación del bien por cuanto “no es posible determinar a priori si la contratación de un servicio o la adquisición de un bien crea una relación de consumo y, menos aún, si el bien, considerado independientemente, es objeto o no de una relación de consumo.” (Superintendencia de Industria y Comercio. concepto de radicado 12-128862-00001-0000), desprendiéndose la necesidad por corroborar la existencia de una relación de consumo a partir del análisis de los elementos objetivos y subjetivos que permiten establecer su existencia. De lo anterior, el ámbito objetivo busca establecer la finalidad de quien adquiere el bien, producto o servicio, es decir, el uso que le dará a éste, mientras que el ámbito subjetivo se determina en razón a la calidad del adquirente del bien, es decir, si es persona natural o jurídica, y a partir de ésta se devela la finalidad de la adquisición de bien, producto o servicio.

Aplicándose lo delantero, se debe esclarecer que el consumidor, como sujeto dentro de la relación de consumo, se distingue en razón a su no profesionalismo, tal como lo profesa Juan Rinessi (2006, 5), lo que significa que “el rasgo esencial que caracteriza al consumidor es la adquisición o utilización de los bienes para fines no profesionales” (Juan Rinessi, 2006, 5) mientras que el empresario “adquiere o utiliza los bienes o servicios para la realización de su actividad profesional” (Juan Rinessi, 2006, 5).

Ahora bien, y posterior a la definición de la relación de consumo, se debe esclarecer que dentro de ésta participan dos tipos de sujetos, uno al extremo del otro, encontrándose en un primer lugar al productor, comercializador y/o distribuidor que produce y/u ofrece bienes, productos y servicios en el mercado y, en el otro lado el consumidor, al cual se dirigen esos bienes, productos y servicios ofertados para su adquisición y posterior consumo no profesional, ni con un sentido de productividad.

Conforme a lo señalado, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución No 05063562 del 13 de marzo de 2006 afirmó que para probarse la existencia de la relación de consumo, se debe analizar la destinación del bien adquirido, que va más allá de cualquier relación contractual, comoquiera que tanto el Decreto 3466 de 1982 y la Ley 1480 de 2011 no definen a la persona como consumidor como un único sujeto en cuanto a su cualidad, sino que exteriorizó que los bienes, productos y servicios pueden ser adquiridos por

parte de una persona natural o jurídica tanto de derecho público como privado, y es en razón a esto que se debe realizarse el eventual análisis en razón a la destinación del bien adquirido, lo que es relativo al elemento objetivo, toda vez que el elemento subjetivo es insuficiente para develar la existencia de la relación de consumo.

De lo anterior, se debe tener en cuenta que no existe relación de consumo si el bien, producto o servicio adquirido se destina al proceso productivo, mientras que sí existirá relación de consumo si el bien, producto o servicio adquirido suple una necesidad final. Al respecto, la citada resolución indicó que “para que exista relación de consumo, esta finalidad excluye a quien pretende incorporar el bien o servicio en un proceso productivo, o de transformarlo para que ingrese al mercado; reintroducirlo al mercado sin ser transformado, no destinarlo a la satisfacción de una necesidad propia o familiar, y, agrega, que si se destina a una actividad empresarial, la misma no debe estar intrínsecamente ligada a su actividad económica” (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No 05063562 del 13 de marzo de 2006).

Como corolario, es a partir del análisis anterior, que va más allá del contrato propiamente dicho, que se puede expresar y/o afirmar la existencia de una relación de consumo, que da lugar a la aplicación de la Ley 1480 de 2011 cuando se corrobora la existencia de ésta, y que en caso contrario, se recurriría a otro ámbito legal, alejado del derecho del consumo. De esto, la Superintendencia expresó que “si se está en definitiva frente a un consumidor, se entenderá que nos encontramos con una relación de consumo, por tanto, se aplicarán las normas de protección al consumidor (...) en general, con los aspectos regulados por la Ley 1480 de 2011, llamado Estatuto de Protección al Consumidor, y por las normas que lo adicionen o modifiquen” (Superintendencia de Industria y Comercio. concepto de radicado 12-128862-00001-0000) cuando a éste se le vulneran sus derechos, comoquiera que el consumidor es entendido en nuestra legislación como la parte débil de la relación de consumo como ya se indicó; y que en caso contrario, en el que se llegase a verificar que la persona que adquiere el bien, producto o servicio no es un consumidor sino un destinador del bien, producto o servicio para una cadena productiva o de mejora, se estaría en el ámbito de la responsabilidad civil que permite la aplicación de las normas civil o comerciales según el caso concreto, lo que se fundamenta en lo que indicó la Superintendencia de Industria y Comercio al definir que en el caso de que “el adquirente del bien o servicio no sea un consumidor, ya no se podría hablar de una relación de consumo, en consecuencia, el régimen aplicable es el de la responsabilidad contractual y extracontractual consagrado en el Código de Comercio y el

Código Civil” (Superintendencia de Industria y Comercio. concepto de radicado 12-128862-00001-0000).

1.2.3.2. El consumidor en el ordenamiento jurídico colombiano

El término legal de “consumidor” ha sido desarrollado a nivel internacional a partir de las consideraciones contenidas en los tratados internacionales, así como ha sido desarrollado a nivel interno en las legislaciones existentes en la Unión Europea, en los Estados Unidos, entre otros Estados que han abocado la necesidad por definir éste instituto jurídico, lo que indica que en efecto existe una pluralidad de consideraciones y de criterios de diferenciación y de aplicación a los casos concretos.

En efecto, sostiene Villalba Cuellar en su texto del 2009, que “la noción de consumidor proviene de la ciencia económica; sin embargo, en los últimos años ha adquirido relevancia en el ámbito del derecho debido a la regulación de las relaciones económicas productor-consumidor” (P. 3), haciéndose necesaria el acercamiento a la acepción legal colombiana del consumidor, comoquiera que la presente tesis se encuentra delimitada a la legislación nacional, como criterio territorial para su estudio.

De lo indicado en el párrafo precedente, se debe señalar que la definición propia del término ‘consumidor’ se halla en concreto en la Ley 1480 de 2011, la cual reformó la definición contenida en el Decreto 3466 de 1982, por cuanto esta última no precisó de manera específica quién era el consumidor, definiéndolo genéricamente en su artículo 1º, literal c), como “toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”, de lo que se desprende que para la anterior legislación, el consumidor era una persona (natural o jurídica) que adquiriría un bien, producto o servicio, para la satisfacción de sus necesidades, sin que existiera definición o delimitación sobre la “necesidad” a satisfacer, siendo esto una definición muy amplia y vaga.

En razón a esa definición ya citada, la Ley 1480 de 2011 actualmente vigente, denominada Estatuto del Consumidor, en su artículo 5 numeral 3, expresó que el consumidor es “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 actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario”, quedando definidas las características propias del consumidor en Colombia, a saber:

- 1) Es una persona natural o jurídica, sin importar su calidad de pública o privada.
- 2) Que tiene el ánimo de satisfacer una necesidad, sin ser relevante cuál sea ésta, no obstante existe la prohibición legal de que la satisfacción obtenida con el bien, producto o servicio adquirido tenga un fin productivo, comoquiera que no podrá ser utilizado para el desarrollo de la actividad económica propia de la empresa o de la persona, es decir, que el consumo sólo podrá ser benéfico (uso para satisfacción) más no utilitarista (uso de medio), con el objeto de obtener de éste un nuevo producto, bien o servicio, porque se estaría contribuyendo con la actividad económica, y con esto no se estaría configurando la relación de consumo, ni existiría consumo, ni existiría consumidor a proteger, sino una relación civil o comercial, cualquiera que fuere el caso. En tal sentido, sostiene Juan Rinessi, que el consumidor “es aquel que adquiere o utiliza el producto o servicio como destinatario final” (2006, 5).

Conforme a ello, la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de Casación del 3 de mayo de 2005, Exp. n.º 50001-3103-001-1999-04421-01, Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete, expresó que “para que una relación sea protegida por el derecho del consumo, la finalidad u objeto con que se adquiere el bien o servicio no debe ser otra que la satisfacción de una necesidad propia, familiar o empresarial, siempre que la misma no se relacione de manera directa con su actividad económica”, comoquiera que éste resultaría siendo, en últimas el consumidor final, el cual debe ser entendido como aquella persona a quienes se dirige, de manera final, los bienes, productos y servicios ofertados en el mercado, y por lo tanto, amén a lo indicado en el 2006 por Juan Rinessi, “es quien adquiere bienes o servicios sin intención de obtener una ganancia por su posterior enajenación ni de ampliar el proceso de producción o comercialización de los bienes o servicios destinados al mercado” (P. 35).

1.2.3.2.1. El consumidor racional

A nivel internacional, dentro de la doctrina y el desarrollo legal sobre el consumidor, se tiene en cuenta éste tipo de consumidor para la valoración de la publicidad y con ello sustraer si la

pieza publicitaria es o no engañosa, en razón a que se valoran elementos cognitivos de la persona para establecer su grado de profesionalismo para definirlo como consumidor.

En tal sentido, y para el caso colombiano, el consumidor racional, a pesar de que no exista definición legal, es entendido por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC– como “la persona que interpreta la publicidad en la forma natural en la que le es transmitida, sin darles un alcance distinto a las palabras e imágenes del que naturalmente tienen, e interpretándolas en una forma superficial, como lo haría una persona que no tiene un conocimiento especializado del producto o servicio anunciado” (Superintendencia de Industria y comercio, sf, 35), por lo que éste sujeto, no es experto en el bien, producto o servicio ofertado a partir de la publicidad, pero tampoco es un ignorante absoluto.

Ulteriormente, el consumidor racional es cualquier persona, a quien se dirige la publicidad, y se motiva a adquirir un bien, producto o servicio en razón a ésta, sin que tenga mayor información ni mayores conocimientos del bien, producto o servicio adquirido, que de la obtenida por parte de la pieza publicitaria como información clave para despertar en éste las ganas de consumir o la necesidad para ello y tomar así su decisión.

1.3. Conclusiones Parciales

Conforme a lo presentado, se debe partir por evocar que el derecho de protección a la competencia o de la libre competencia, denominado Derecho de la Competencia, en Colombia surgió a partir de la necesidad por parte del Estado, conforme a las políticas de comercio internacional, por brindar condiciones óptimas para el desarrollo del comercio, ya que existían (y todavía existen) prácticas restrictivas y lesivas de la competencia económica, las cuales posteriormente fueron desarrolladas en la ley, siendo un derrotero y una limitante para el quehacer y de la actividad de los privados o de los públicos que en su actividad económica y empresarial pueden dar lugar a generar condiciones de violación a la competencia económica, lo que en últimas afectaría el desarrollo social y sostenible del Estado, teniéndose en cuenta que éste obedece a criterios económicos para la realización de sus fines constitucionales establecidos previamente en la Constitución Política de 1991, en específico el preámbulo.

Fue, entonces, a partir de la inclusión dentro del texto de la Constitución Nacional de 1886 de la posibilidad de que el Estado fuese el director de la economía y del comercio, a través del principio de intervención del Estado en la economía y sus procesos, que el Estado colombiano se dotó de fundamento constitucional y jurídico para imponerse a los excesos en que los privados incurrieran y que estaban amparados en el desarrollo propio de su libre

actividad que hasta el momento no tenía una mayor corrección legislativa, por lo que se creó paulatinamente, y a través de la adopción de las posturas internacionales, de sus conceptos y categorías, de un sistema jurídico para la protección de la economía, del mercado y del comercio mismo, lo que repercutió en un sistema naciente de Derecho de la Competencia, que también repercutió en la creación de un derecho de protección al consumidor: el Derecho del Consumo.

No obstante, fue a partir de 1991, con la expedición y entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 que se fundamentalizó la protección del mercado, de la competencia económica y del consumidor a partir de los artículos ya anteriormente citados y analizados en profundidad, los cuales permitieron y obligaron a que el Estado creara condiciones óptimas para el desarrollo del comercio y del mercado, así como se elevó a rango constitucional la protección del consumidor como sujeto de especial protección dadas a las condiciones propias de la relación de consumo que lo ponen a éste como el sujeto débil de la relación.

Finalmente, y respecto del derecho del consumo, se debe tener en cuenta lo señalado en el sub acápite de generalidades y finalidades del Derecho del Consumo, así como de lo expresado en el sub acápite que versa sobre la definición legal en Colombia del Consumidor; en donde se expresó que el derecho del consumo es aquél conjunto de normas que buscan proteger al consumidor, el cual es entendido como la parte débil de las relaciones de consumo surgidas entre las personas (naturales o jurídicas, de derecho público o privado, productoras o comercializadoras/distribuidoras) que participan activamente en la colocación de bienes, productos y servicios en el mercado, y a quienes se dirigen éstos. Asimismo, y dentro de la definición propia del consumidor, se debe tener en cuenta que la disposición que trajo consigo la ley 1480 de 2011 es más específica por cuanto definió los lineamientos y las características propias del consumidor dentro de la relación de consumo, delimitando que el consumo únicamente va hasta la satisfacción de necesidades, mas no para la inclusión dentro del proceso productivo de bienes, productos y servicios, lo que a la luz de la artículo 5 de la ley 1480 de 2011 no se considera como un tipo de consumo, ni una relación de consumo, sino como una relación de orden civil y/o comercial entre empresas, personas profesionales, entre otros, tal cual se puede inferir de lo ya citado líneas arriba.

2. De la publicidad en Colombia: aspectos generales, fundamentación legal, tipología, la publicidad patológica y sus consecuencias jurídicas

El presente capítulo, más allá de establecer y de identificar a la publicidad en el ordenamiento jurídico colombiano, tiene la finalidad de establecer si la publicidad engañosa es un acto o conducta lesiva de la competencia y de los derechos del consumidor, para lo cual se estudiarán los aspectos generales y genéricos de la publicidad, se definirán los tipos generales de publicidad más usados, se establecerán los casos más comunes publicidad engañosa y se ubicará a la publicidad engañosa dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

2.1. Aspectos generales y legales de la publicidad

La publicidad, tal como lo define la Superintendencia de Industria y Comercio, integra a la actividad macro de la propaganda comercial, la cual se puede desarrollar a través de diferentes medios: sean virtuales, televisivos, a voz, por imágenes o sonidos, siendo ésta última definida como “todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o uso, a través de cualquier medio de divulgación, como la radio, la televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad” (Superintendencia de Industria y comercio, sf, 9). En esa vía, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-355 de 1994, afirmó que la propaganda comercial, de la que deriva la publicidad, es “la actividad destinada a dar a conocer al público un bien o servicio con el fin de atraer adeptos, compradores, espectadores o usuarios, o crear simpatizantes, a través de cualquier medio de divulgación”.

Respecto de la publicidad, se indica que ésta hace referencia específicamente a aquella acción o actividad que ejecuta el productor y/o distribuidor de un bien, producto o servicio para darle mayor visibilidad a éste, y poder poner en conocimiento del comercio los beneficios o la importancia de consumirlo, lo que supone una actividad de ofrecimiento al mercado, para que sean los consumidores quienes opten por adquirirlo, ya que la publicidad “pretende llegar a la mente de las personas de manera que se produzca el posicionamiento de los productos, bienes, servicios e instituciones” (Botero R, 1998, 30), con lo que genera una necesidad para adquirir, incluso cuando no se necesita.

A nivel técnico, la publicidad debe ser entendida como aquella “comunicación impersonal que a través de la utilización de medios de difusión pretende dar a conocer a sus destinatarios la marca, el producto o un servicio que ofrece un anunciante, con el fin de informar acerca de su existencia, persuadir o influir en su compra, o generar aceptación o recordación” (Superintendencia de Industria y comercio, sf, 33), por lo que es a través de ésta que se permite obtener el elemento cognitivo de conocimiento, por parte del consumidor, de los bienes, productos y servicio, y es con ella que se cumple la misión de exhibirlos al comercio y al mercado mismo, generando así la necesidad, priorizando el consumo y la adquisición sobre uno u otros ofertados.

Respecto de los medios, por los que se difunde la publicidad o la propaganda comercial, se debe tener en cuenta que no se requiere que éstas se difundan a través de sistemas o medios masivos de información, comoquiera que los medios impresos, entregados persona-persona, a viva voz, audiovisuales, virtuales, etcétera, también constituyen publicidad, no siendo importante para determinarla la cantidad de personas a la que ha llegado o a la que se ha dirigido, ya que ninguna norma aplicable a ésta, ni la ley 1480 de 2011 establecieron un número específico o alguna cualificación, en razón al cuántos o en razón al medio, para considerarse qué es o qué no es publicidad.

A nivel constitucional, se debe señalar que no todas las actividades sociales y humanas están previamente contenidas y/o definidas por la Constitución Política de 1991, las cuales no son prohibidas por ésta (Botero R; 1998). Sin embargo, y respecto de la actividad propia de publicidad, o lo que es denominado como el derecho publicitario, la Carta Política al desarrollar en el artículo 20 el derecho fundamental de la información, en su fase de emitirla y recibirla, se incluyó a la actividad publicitaria, comoquiera que la publicidad en sí expresa información de unos bienes, productos y servicios que quiere el productor, comercializador y/o distribuidor expresar y que es recibida por quienes ésta se dirige. En tal vía sostiene Botero en 1998 que “es claro que ésta o por lo menos la actividad que desarrollan los publicistas, es una manera de expresar y difundir pensamiento y opiniones, de informar y recibir información” (P. 25).

Asimismo, y conforme al ámbito anteriormente planteado, la publicidad es entendida a partir de la consideración económica que trae consigo la Constitución Política de 1991, que hace referencia, amén a lo señalado por la Sentencia C-592 de 2012, a aquél “conjunto de normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad productiva”, y en éste sentido, la publicidad es racionalizada como aquél acto o conducta que busca darle visibilidad

a un bien, producto o servicio, ya que “está vinculada con la actividad productiva y de mercadeo de bienes y servicios, constituyendo al mismo tiempo un incentivo para el desarrollo de los actos comerciales” (Sentencia C-592 de 2012) toda vez que ésta permite desarrollar a la empresa y permite poner en funcionamiento a la economía misma, lo que de manera directa se conecta con el ámbito legal que surge a partir de ésta consideración constitucional de la publicidad, ya que existen en el ámbito jurídico colombiano ciertas normas relativas a la publicidad, en razón, por ejemplo, a la competencia leal, a la protección de los derechos de autor, en el sector de la televisión (Ley 182 de 1995), entre otras.

Ahora bien, siguiendo un escenario jurídico normativo, en las temáticas que toca específicamente ésta tesis: el Derecho de la Competencia y el Derecho del Consumo, se debe partir por la consideración que realizó el Decreto 3466 de 1982 en torno a la propaganda comercial dentro del aspecto del consumo, en la que estableció a la publicidad como “todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y en general todo sistema de publicidad”, mientras que la Ley 1480 de 2011 en su artículo 5°, relativo a las definiciones, estableció en el numeral 12 la acepción propia de la publicidad e indicó que ésta es “toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo” quedándose corta la definición legal de la Ley 1480 de 2011 al no definir los medios que sí definió el Decreto 3466 de 1982, como tampoco delimitó la influencia de la publicidad, siendo un criterio amplio y vago, que dependerá del caso concreto establecer si la influencia fue para el consumo, adquisición o para el uso utilitarista y/o productivo de los bienes, productos o servicios ofrecidos. Asimismo, la mencionada ley 1480 de 2011 que trajo consigo el Estatuto del Consumidor, definió los aspectos intrínsecamente conexos con ésta en un capítulo único el cual inicia en el artículo 29 y culmina con el 33, desarrollándose temáticas sobre la fuerza vinculante de la publicidad, de las prohibiciones y responsabilidades, de las causales de exoneración de responsabilidad, y de las promociones y ofertas.

En tal sentido, y respecto de la fuerza vinculante de la publicidad, el artículo 29 de la ley 1480 de 2011 desarrolla la tesis de que las condiciones específicas (subjetivas) y objetivas contenidas en la publicidad resultan siendo de obligatorio cumplimiento para el anunciante del bien, producto o servicio, sea éste el productor, el comercializador y/o distribuidor, lo que se conecta directamente con el artículo 33 estableciéndose que las promociones u ofertas son de obligatorio cumplimiento por esos sujetos, quienes además, por orden del artículo 30, les

queda prohibido la publicidad engañosa, siendo éstos sujetos los responsables por los perjuicios que llegase a causar al consumidor en razón a la publicidad patológica (engañosa) que éste exteriorizó y que logró la confusión, el error y el menoscabo de los derechos de los consumidores.

De gran importancia es la novedad que trae consigo el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011, a establecer un régimen de responsabilidad solidaria que se comparte entre el anunciante (productor, comercializador y/o distribuidor) y el medio de comunicación utilizado, comoquiera que si se comprueba, dentro del procesos de la Jurisdicción de la Superintendencia de Industria y Comercio o del que se lleve por responsabilidad civil contractual ante la Jurisdicción Ordinaria, que la acción engañosa de éstos sujetos fue con dolo o culpa grave daría lugar a imponer una sanción administrativa o judicial solidaria entre éstos y a favor del consumidor para resarcir los daños que se le ocasionó, además de las amonestaciones que se pueden imponer por la comisión de conductas lesivas del derecho del consumo propiamente dicho.

De lo expresado, la publicidad no sólo se encuentra tipificada en el seno del derecho del consumo, como ya se indicó, sino que también ésta se encuentra alojada, a nivel legal, dentro del marco o régimen de competencia desleal y restrictiva de la competencia, así como en el seno del derecho del consumidor, en los que se prohíbe y se sanciona a la conducta de la publicidad patológica en que pueden incurrir las personas (naturales o jurídicas) que participan como productores, comercializadores y/o distribuidores en el mercado, quedando entonces proscrita la publicidad dentro de algunos tipos de conductas anti competitivos comoquiera que “los publicistas son unas de estas partes que pueden llegar a contribuir en actos o conductas que comporten competencia desleal” (Botero R, 1998, 50); y anti consumidor que serán abordados en el subcapítulo de la publicidad patológica. Asimismo, y conforme a los efectos benévolos de la publicidad dentro del escenario económico y empresarial, se debe indicar que ésta cobra gran importancia ya que permite que las empresas logren darle visibilidad a sus productos, bienes y servicios, logrando así una calificación social por parte de los consumidores o posibles consumidores, quienes lograrán generar empatía en razón al *top of heart* y el *top of mind*, los que se entienden como la preferencia social de ciertas empresas en razón a los sentimientos y a la calidad de las mismas en cuanto a sus productos, bienes y servicios ofertados, lo que a su vez es generado gracias al uso de los mensajes publicitarios, por cuanto un buen mensaje publicitario y en general una buena estrategia de marketing comercial logra caracterizar mejor a lo que se oferta en el mercado, ocasionando así una distinción de unos sobre otros.

2.2. Tipología de la publicidad: aspectos generales

Sin ser del resorte de ésta tesis definir específicamente cuáles son los tipos de publicidad que se usan para las campañas publicitarias, es necesario definir cuáles son las que mayormente se utilizan dentro del tránsito de la oferta de bienes, productos y servicios a través de los sistemas de comunicación existentes, y más aun los que trata la presente investigación: el comercio electrónico.

De lo anterior, se debe indicar que dentro de la propaganda comercial se usan, a nivel estratégico, cuatro tipos de publicidad que si bien no son en principio engañosos, según su valoración y uso puede dar lugar al engaño, las cuales son:

- 1) **Publicidad con incentivos:** es la que ofrece algún tipo de retribución en especie, con la única finalidad de que el producto, bien o servicio sea más atractivo frente a otros que resultan siendo comercialmente sus homologables o sustitutos.
- 2) **Publicidad comparativa:** este tipo de publicidad de manera directa alude a la comparación que realizan los competidores en el mercado de sus bienes, productos y servicios, indicando las diferencias entre uno y otros, y dependiendo de la marca del mismo. En tal sentido la publicidad comparativa es aquella “en la cual se alude explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor de forma que se realice una confrontación entre la actividad, las prestaciones mercantiles, servicios o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero” (Superintendencia de Industria y comercio, Circular Externa No 10 de 2001).
- 3) **Publicidad con imágenes:** esta es la comúnmente conocida, toda vez que en ésta se usa la imagen del producto, bien o servicio, y es la que resulta siendo atractiva para el consumidor racional, por cuanto en ésta se usan las estrategias de mercadeo para hacer visiblemente atractiva la propuesta ofertada al público.
- 4) **Publicidad de tono excluyente:** este tipo de publicidad es la “modalidad de propaganda comercial en la cual el anunciante no establece una comparación directa entre los productos y/o servicios ofrecidos por él y los de sus competidores, sino que

se limita a destacar su posición de preeminencia en el mercado en forma general o en relación con un aspecto concreto. En esta modalidad publicitaria se encuentra implícita tanto la comparación con otros competidores como con los bienes y servicios ofrecidos por éstos” (Superintendencia de Industria y Comercio)

2.3. De la publicidad patológica: la publicidad engañosa

Para definirse que una publicidad o propaganda comercial es engañosa se requiere valorar el mensaje contenida en éstas, así como su aspecto objetivo de referencia al bien, producto o servicio, y el factor subjetivo que marca la pauta de la intencionalidad de quien produce la publicidad. En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de sus facultades jurisdiccionales, administrativas y de órgano de consulta, ha establecido que la “publicidad se considera engañosa cuando el mensaje que transmite es susceptible de inducir al error a un consumidor racional respecto de los elementos objetivos del producto que se anuncia” (Superintendencia de Industria y comercio, sf, 33).

Con lo anterior, el engaño se predicable del elemento objetivo, que hace referencia al objeto de publicidad, es decir, el bien, producto o servicio, los cuales son los que se representan o personifican a través de la propaganda comercial y/o publicidad, y en razón a ello, en el ámbito probatorio, el análisis de la publicidad que es engañosa o aparentemente engañosa no se realiza con base a las imágenes o frases por aparte, sino que se valora el mensaje en su conjunto, es decir, se analiza el todo, lo que es la publicidad en sí misma, es decir, de manera global.

Aunque, y respecto de las piezas publicitarias que se encuentran divididas en razón a que sean unas las que más capten la atención al consumidor, éstas deberán ser analizadas específicamente para valorar si ese mensaje resultaría siendo claro, veraz y suficiente, o si por el contrario con ellas se permite el error, la confusión, o se establecen características condicionales específicas que el consumidor no podía establecer en razón a su raciocinio normal.

Se debe aclarar, a título de especificidad especial, que la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de valorar la presunta publicidad engañosa, no sólo tiene en cuenta lo descrito anteriormente, sino que también analiza “el impacto que pueda tener aspectos tales como el horario de emisión, el medio de difusión utilizado, los canales y modalidades de comercialización del producto promocionado” (Superintendencia de Industria y Comercio), los que son condiciones especiales que permiten la cualificación, en sede probatoria, del

impacto de la publicidad, así como de los efectos que ésta puede traer respecto del mercado y del comercio mismo, ya que ésta no sólo podría tener efectos negativos en contra del consumidor sino también en contra de la libre competencia económica, de la empresa y en últimas en contra del Estado.

2.3.1. Casos genéricos de publicidad engañosa

Como ya se indicó en los sub acápite precedentes a éste, el surgimiento y la valoración de la presunta publicidad engañosa se realiza en cada caso específico sin que exista para todo tipo de publicidad un criterio o una fórmula de valoración específica, aunque ello no es óbice para que no se puedan establecer criterios para la definición o valoración de la publicidad engañosa, o no se pueda señalar unos casos genéricos que corroboren el cómo, el cuándo y el por qué (condiciones de modo, tiempo y lugar) en que aparece la publicidad engañosa.

Derivado de ello, la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de órgano jurisdiccional y administrativo, con base a las facultades y competencias otorgadas por la ley, ha establecido unos casos genéricos o generales que suceden a diario dentro del tránsito de la propaganda comercial, y que indican la existencia de publicidad engañosa, a saber:

- 1) Omisión de la información de bienes, productos y servicios, lo que no sólo es publicidad engañosa, sino que es una infracción al deber de información que tiene todo productor y/o distribuidor respecto del consumidor. En ese sentido, existe publicidad engañosa cuando la falta o la omisión de ésta impone al consumidor una carga que no debe asumir, o implica para éste cierto nivel o grado de confusión u error en la elección.
- 2) Información en idioma diferente al castellano: en este caso se configura la publicidad engañosa comoquiera que si el bien, producto y servicio se publicita en el Estado colombiano, lo lógico es que éste se ajuste al idioma y a la lengua nativa o la legal, según el caso, y en razón a esto si se encuentra en otro idioma y no existe la debida traducción, podría dar lugar a la confusión del consumidor.
- 3) Inexistencia de información completa sobre las restricciones, limitaciones, excepciones y/o condiciones para la adquisición del producto, bien o servicio, en la que no se establecieron en específico cuáles eran esos condicionamientos especiales,

comoquiera que el expresar genéricamente dentro de la publicidad alguna de éstas figuras (como cuando se indican condiciones y restricciones en general sin indicar nada adicional al respecto), sin que exista una plena identificación y/o delimitación en la misma, induce a la violación de los derechos del consumidor que puede errar o confundirse frente a las limitaciones.

- 4) El ofrecimiento de bienes, productos y servicios con deficiencias que no se encuentran establecidas en la publicidad o propaganda comercial, identificándose esto como una falla en el producto que no puede ser imputable al consumidor, comoquiera que la debida información de éstos vicios ocultos podrían generar la no adquisición de éstos, o a menor precio (*quantum minoris*), por lo que se afecta al consumidor que en su confianza legítima adquiere un bien o producto para satisfacer sus necesidades sin tener en cuenta que éste no funciona, o que en caso de funcionar lo hace de manera parcial, con errores, y que incluso puede atentar en contra de los bienes y la vida de éste.
- 5) El ofrecimiento a título gratuito de bienes, productos y servicios en la publicidad, ajustándola al cumplimiento de unos requisitos y/o condiciones comerciales no definidas y esclarecidas para el consumidor, por lo que se vulnera la confianza legítima del consumidor, y por ende a éste se le impone una carga adicional que no debería asumir.
- 6) Ofrecimiento de incentivos que se trasladan al consumidor. En este sentido, es usual que las campañas publicitarias ofrezcan incentivos para que los consumidores adquieran bienes, productos y servicios, pero que, y dentro de éstas, también establecen que esos incentivos son asumidos de manera total o parcial por el consumidor al momento de finalizar la relación de consumo, sin que ello se encuentre establecido en la publicidad de manera directa.

2.3.2. Ubicación de la publicidad engañosa en el contexto jurídico normativo colombiano

Posterior a haber definido y establecido las generalidades de la publicidad como aquella conducta relativa al ofrecimiento y puesta en el comercio de los bienes, productos y servicios,

se requiere establecer la situación particular de la publicidad patológica (engañosa) dentro del contexto jurídico colombiano, con el fin de verificar si la comisión de ésta resulta siendo una trasgresión a los derechos del consumidor y de la libre competencia económica, así como de los postulados penales vigentes.

Tal como ya se indicó, el Decreto 3466 de 1982 definió a la propaganda comercial como “todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y en general todo sistema de publicidad”, no obstante dentro del Derecho de la Competencia y dentro del Derecho del Consumo colombiano existen previsiones específicas sobre la publicidad engañosa como acto/conducta lesiva de la competencia económica y de los derechos del consumidor.

2.3.2.1. La publicidad engañosa como acto/conducta lesivo de la libre competencia económica

A nivel general, como ya se exteriorizó en el capítulo relativo al desarrollo histórico normativo del Derecho de la Competencia en Colombia, éste se basó en ciertas normas internacionales que se fueron integrando al derecho interno, como aquellas disposiciones que versaban sobre competencia y sobre el comercio.

De lo anterior, la ley 155 de 1959 no tipificó específicamente a la publicidad engañosa como un acto/conducta lesiva de la competencia económica o de la libre competencia económica, no obstante el artículo 11° de la mencionada ley estableció unos numerales relativos a lo que consideró el legislador como “actos de competencia desleal”, los cuales se conectan de manera directa con la Ley 256 de 1996 la que dedica un capítulo entero¹² para establecer aquellos actos definidos en la ley citada. En éstos, entonces se podría encontrar, aunque no específico, a la publicidad patológica (engañosa), cuando se hace el respectivo análisis entre los fines de la publicidad, los medios, y a quien va dirigida, encontrándose, entonces, en:

¹² Capítulo II de la Ley 256 de 1996.

- 1) Actos de Desviación de clientela¹³: lo que se logra a través de la persuasión al consumidor (cliente) para que deje de adquirir los bienes, productos y servicios de un productor, comercializador y/o distribuidor específico, lo que lograría la desviación de éstos.
- 2) Actos Confusión¹⁴: a través de las actividades de la publicidad pueden dar lugar a la “confusión con la actividad, la prestación mercantil, o los establecimientos ajenos” (Botero R, 1998, 51) en contra del consumidor.
- 3) Actos de engaño¹⁵: a través de la utilización por parte del creador y el colocador de la publicidad, es decir, entre el publicitante y el publicitario, de indicaciones, definiciones, informaciones y afirmaciones faltas, incorrectas, incompletas y falsas, lograría engañar al cliente (consumidor) sobre los productos, bienes o servicios, su composición, sus limitaciones, sus alcances, sus costos, su calidad, su idoneidad, etc.
- 4) Actos de Descrédito¹⁶: lográndose la desacreditación con el uso de la publicidad de los demás competidores, a través del manejo doloso de la información, para falsearla, darla de manera incorrecta o incompleta, con el fin de desacreditar un bien, producto o servicio, o incluso a un productor, comercializador y/o distribuidor.
- 5) Actos de Comparación¹⁷: si bien la comparación no es, en principio, una actividad desleal únicamente si existen cuestiones análogas comparables entre las competidores y sus bienes, productos y servicios, por lo que resultaría siendo desleal la comparación cuando no existen parámetros de igualdad, análogos y/o comparables, lo cual daría lugar a unas “indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas” (Botero R, 1998, 53) o que omitan la realidad.

¹³ Artículo 8, Ley 256 de 1996.

¹⁴ Artículo 10, Ley 256 de 1996.

¹⁵ Artículo 11, ley 256 de 1996.

¹⁶ Artículo 12, Ley 256 de 1996.

¹⁷ Artículo 12, Ley 256 de 1996.

- 6) Actos de utilización de signos distintivos ajenos¹⁸: en éste sentido, se debe tener en cuenta que “la ley considera desleal el empleo sin autorización, de signos distintivos ajenos (marcas, logotipos, slogans) o de denominaciones de origen falsas o engañosas, aunque éstas estén acompañadas de la indicación acerca de la verdades procedencia del producto”, lo que logra la confusión y el error del consumidor cliente, a por medio de la apropiación ilegal de la propiedad industrial (marca).
- 7) Actos de explotación de la reputación ajena¹⁹: lo que se logra a través de piezas publicitarias que se aprovechen en beneficio del publicitante o de un tercero, de la información y la reputación de una empresa, o de un bien, producto y servicio, con el fin de lograr por parte del publicitante desleal ubicarse dentro del comercio y del mercado a través de falsedad, de engaño y del error en que puede inducir al cliente (consumidor) para adquiera lo que ofrece.

Es, entonces, conforme a ellos que la publicidad patológica (engañosa), dadas su connotaciones de inducir a la confusión y error al consumidor, podría enmarcarse entre aquellos actos desleales comoquiera que con la publicidad engañosa afecta de manera directa a los competidores en el mercado a través de la ejecución de los anteriores actos/conductas de competencia desleal definidos en la ley, a través de la colocación de ideas falsas, imitaciones de un bien, producto y servicio e inducir de ésta forma a la clientela a un error, desviándolo del productor original.

Por su parte, el Decreto 2153 de 1992, norma que reestructuró a la Superintendencia de Industria y Comercio, y que además le otorgó una serie de funciones administrativas y jurisdiccionales, en su artículo 48 enfatizó los actos contrarios y restrictivos de la libre competencia, señalándose en su numeral primero que la publicidad engañosa hace parte de estos, comoquiera que,

Artículo 48, Numeral 1°. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.

¹⁸ Artículo 14, Ley 256 de 1996.

¹⁹ Artículo 15, Ley 256 de 1996.

Es así, que a través de la publicidad engañosa se confunde al consumidor y en razón a ello erra en los bienes, productos y servicios a adquirir, y así conforme al productor y/o distribuidor al que debe acudir para satisfacer sus necesidades conforme a la definición de consumidor contenida en la ley 1480 de 2011.

Finalmente, y en cuanto a la valoración de la actitud por parte del publicista o medio de comunicación por el cual se coloca y se emite al público la publicidad, sostiene Botero R (1998, 51) que el publicista, o en su defecto quien se encarga de diseñar y colocar la publicidad, puede participar en la configuración de aquellos actos de competencia desleal de que trata la ley 256 de 1996 y violentar los derechos del consumidor (Botero R; 1998), estando el publicista o la empresa publicitaria compartiendo, solidariamente, la responsabilidad por los efectos sobre consumidor conforme al artículo 30 de la ley 1480 de 2011. De ésta misma, y conforme a lo indicado por el Decreto 2253 de 1992, la publicidad patológica es un acto restrictivo de la competencia y por tanto “en caso que se compruebe que la información suministrada al público consumidor no corresponde a la realidad o induce a error, se puede ser objeto de sanciones, bien sea a través de la imposición de multas o de la prohibición provisional o definitiva de ofrecer al público el producto o servicio de que se trate” (Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 03010862 del 28 de Mayo de 2003)

2.3.2.2. La publicidad engañosa como acto/conducta lesiva de los derechos del consumidor

La publicidad engañosa, como acto/conducta contraría a la publicidad veraz y real, se encuentra establecido en el artículo 5 numeral 13 de la Ley 1480 de 2011, el cual establece que:

Artículo 5, numeral 13. Publicidad engañosa: aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión.

En razón a esto, la publicidad engañosa surge en razón a la omisión del deber de información a que está obligado todo productor y/o distribuidor de bienes, productos y servicios, lo cual implica para el consumidor un vacío que éste no puede llenar en razón a sus limitados conocimientos, dado a que es un consumidor racional, permitiéndose así que el

consumidor se confunda y caiga en errores crasos a la hora de adquirir bienes, productos y servicios, así como para poder identificar al productor, comercializador y/o distribuidor.

Como ya se señaló anteriormente, la publicidad tiene fuerza vinculante conforme lo expresar el artículo 29 de la ley 1480 de 2011 al desarrollar la tesis de que las condiciones específicas (subjetivas) y objetivas contenidas en la publicidad resultan siendo de obligatorio cumplimiento para el anunciante del bien, producto o servicio, sea éste el productor, el comercializador y/o distribuidor, además que deben ser incluso seguidas, en estricto sentido, cuando se están promocionando u ofertando como lo ordena el artículo 33.

Por su parte, el artículo 30 exterioriza que les queda prohibida la publicidad engañosa a los productores, comercializadores y/o distribuidores, quienes serán los responsables por los perjuicios que llegase a causar al consumidor en razón a la publicidad patológica (engañosa) que éste exteriorizó y que logró la confusión, el error y el menoscabo de los derechos de los consumidores.

Empero, y en materia de responsabilidad en razón a la publicidad engañosa, el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011 trajo consigo un importante acercamiento a la responsabilidad solidaria, en la que se comparte la responsabilidad entre el anunciante (productor, comercializador y/o distribuidor) y el medio de comunicación utilizado, comoquiera que si se comprueba que la acción engañosa de éstos sujetos con dolo o culpa grave, dentro del proceso de la Jurisdicción de la Superintendencia de Industria y Comercio o del que se lleve por responsabilidad civil contractual ante la Jurisdicción Ordinaria, daría lugar a imponer una sanción administrativa o judicial solidaria entre éstos y a favor del consumidor.

De lo anterior, entonces, se identifica que la publicidad patológica, dentro del seno del derecho del consumidor, se encuentra totalmente identificada como un acto/conducta lesivo de los derechos del consumidor, comoquiera que ésta atenta en contra del núcleo fundamental de éste: la información, y por ende vulnera todos los postulados en torno a que el consumidor debe tener en su poder los elementos necesarios para que adopte una decisión conforme a sus necesidades, preferencias y gustos, y no motivados por sesgos y falsedades informativas.

2.3.2.3. La publicidad engañosa: ¿delito penal?

Dentro de los estudios penales propiamente dichos, existen consideraciones acerca de aquellos delitos que tienen una composición económica y social por el tipo de bien afectado, que es el patrimonio, algo de sumo interés para quién lo padece: la víctima, por lo que éstos son tenidos en cuenta como delitos bien sea socio-económicos o meramente económicos, lo

cual depende de la legislación que se esté analizando concretamente y que lo haya acogido como un tipo penal en su derecho positivo.

Ahora bien, dentro de la identificación del delito y de la tipificación misma de los delitos socio económicos, como aquí en Colombia se manejan en el Código Penal vigente (Ley 599 de 2000), se debe tener en cuenta que “es asombrosa la cantidad de formas de victimización por abuso del poder económico” (Rodríguez Manzanera, 2012, 285), comoquiera que éste afecta, a través del ejercicio excesivo e irrestricto del poder económico, el ámbito patrimonial, e incluso pueden afectar la vida de sus víctimas.

Sostiene Rodríguez Manzanera en su texto sobre victimología, que algunas de esas formas de abuso están tipificadas por las legislaciones penales y por lo tanto son perseguidas (Rodríguez; 2012), no obstante muchos de esos son “considerados como simples “faltas de ética” comercial o industrial” (Rodríguez Manzanera, 2012, 285) y por lo tanto conllevan, en el plano penal o administrativo, una sanción a título de multa.

Respecto de los delitos que se consideran como un tipo de fraude y/o violación al consumidor, se debe tener en cuenta que éstos hacen parte de la esfera propia de los delitos socioeconómicos dentro del ordenamiento jurídico colombiano como ya se indicó, el cual se define como “un acto intencional cuyo objeto es obtener de alguien la entrega de dinero o bienes sobre los que tiene derecho” (ONU, como se cita en Rodríguez Manzanera, 2012, 286), así como “una representación falsa o errónea de un hecho material, ya sea mediante el lenguaje o la conducta, que induce a engaño al consumidor” (ONU, como se cita en Rodríguez Manzanera, 2012, 286).

Es, conforme a lo señalado, que en efecto los delitos que se pueden llegar a tipificar en contra del consumidor, resultaría violentando aspectos económicos e incluso la vida, pensemos por ejemplo en el caso del ofrecimiento de productos nocivos para la salud sin la debida especificación al público.

Amén a lo indicado por Rodríguez Manzanera, se ha definido, por la doctrina internacional, una serie de tipos de fraude al consumidor, existiendo más de 800 (P. 286), pero qué y para efectos académicos éste los agrupa en:

- 1) Ventas Fraudulentas.
- 2) Engaño en cuanto a pesos y medidas.
- 3) Productos peligrosos o de mala calidad.
- 4) Alimentos adulterados.
- 5) Medicamentos obsoletos o nocivos.

- 6) Estafa sobre bienes raíces.
- 7) Ofertas colusivas.
- 8) Reparaciones innecesarias.
- 9) Usura y crédito fraudulento.
- 10) Robo, contrabando y otras acciones que entrañan engaño, ocultamiento, manipulación, abuso de confianza, subterfugio o ardid ilícito.” (Rodríguez Manzanera, 2012, 286).

Respecto de la victimización de la víctima, y los posibles grados de defensa, sostiene el autor ya citado que “la situación de indefensión de la víctima es patente, ya que por lo general está desinformada, cree en la bondad del producto y en la buena fe del fabricante y del distribuidor” (Rodríguez Manzanera, 2012, 286), aunándose a esto el hecho de que el consumidor, propiamente dicho, no cuenta con las condiciones para tener pleno conocimiento de los bienes, productos y servicios adquiridos y consumidos en razón a que éste carece de profesionalismo y únicamente actúa según sus necesidades propias o las que les ha creado la propaganda comercial a través de la publicidad para que consuma.

Conexo, en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la consideración y de la inclusión de los delitos socio-económicos, o como se encuentran en el Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000) dentro del ordenamiento jurídico nacional, se establecieron una serie de delitos con alto componente social y económico, comoquiera que éstos son relevantes por la afectación social a que llegan, así como por el ámbito económico de las personas que son víctimas de éstos delitos.

Conforme a ello, se debe indicar que en el ámbito jurídico colombiano, dentro del estatuto penal, no existe un referente de tipificación punitiva que trate de manera directa y específica a la publicidad engañosa, por cuanto la publicidad ha sido entendida como aquél acto de ofrecer, sobre el cual, en efecto, existe una tipificación penal contenida en el Código Penal vigente establecida en el artículo 300 ibídem que tipifica como delito al ‘ofrecimiento engañoso de productos y servicios’, en el cual, se halla el ofrecimiento de bienes o servicios sin que éstos constituyan en término de calidad, cantidad, composición, e idoneidad, lo que se ha ofrecido por parte del productor, distribuidor y/o comercializador, como sujetos cualificados por activa para la comisión de éste.

En tal sentido, sostiene el artículo 300 que,

Artículo 300. Ofrecimiento engañoso de productos y servicios. El productor, distribuidor, proveedor, comerciante, importador, expendedor o intermediario que ofrezca al público bienes o servicios en forma masiva, sin que los mismos correspondan a la calidad, cantidad, componente, peso, volumen, medida e idoneidad anunciada en marcas, leyendas, propaganda, registro, licencia o en la disposición que haya oficializado la norma técnica correspondiente, incurrirá en multa. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Conexo con lo anterior, el tipificado delito, aunque no establezca a la publicidad como medio para ofrecer, se sobre entiende que éste ofrecimiento se realiza a través de alguno de los medios que componen a la propaganda comercial y que en efecto constituyen la publicidad, sin importar el medio específico para lograr la transmisión de la información, pero con la consideración que debe ser masivo, sin indicar la norma penal de manera específica al número de personas a las cuáles debió llegarles la respectiva información de ofrecimiento para tipificarse éste delito, lo que supone una valoración judicial por parte del juez penal en el caso concreto y respecto de la imputación y posterior acusación que realice el Fiscal que lo conoce, dado a que la norma citada desconoce los elementos que integran el tipo penal: el tiempo, el modo y el lugar.

En consecuencia, la publicidad engañosa es entendida por el estatuto penal punitivo como un acto de ofrecimiento (como así lo entiende el Código Penal vigente), siendo cometido por un sujeto activo cualificado, y que tiene una connotación especial: engañar dolosamente, siendo el sujeto pasivo el cliente consumidor del bien o servicio, y que además tiene una sanción penal a título de multa económica.

2.4. Conclusiones parciales

De lo exteriorizado en el presente capítulo, se debe entender que la publicidad hace parte de la propaganda comercial, y que ésta primera tiene como finalidad específica el persuadir a quienes se dirige para que éstos adquieren los bienes, productos y servicios ofertados a partir de éste sistema, el cual puede usar cualquier tipo de medio para exteriorizar la información.

Asimismo, la publicidad, en término legales, se encuentra ubicada en varios aspectos o varias ramas del derecho, entre esas el derecho de la competencia, el derecho de consumo y el derecho penal, en razón a la función social y económica que ésta cumple, y que puede dar lugar a la violación y/o vulneración de los derechos fundamentales y constitucionales de los

consumidores, así como de atentar contra la libre competencia económica y de afectar al mismo Estado.

En tal sentido, la publicidad patológica (publicidad engañosa), constituye una vulneración y/o lesión de la libre competencia económica porque limita el desarrollo empresarial, así como constituye una violación a los derechos del consumidor, impidiendo que éstos decidan de manera racional, autónoma, personal, y libre cuáles bienes, productos y servicios colocados en el mercado adquirir y consumir, lo cual a su vez se encuentra sancionado por la norma penal, y por la norma de la competencia (en específico la ley 256 de 1996 y concordantes) y del consumidor (ley 1480 de 2011).

3. Del comercio electrónico en Colombia

Dentro del esquema presentado en la introducción de la presente tesis, la temática del comercio electrónico comporta un área de gran importancia, comoquiera que ésta investigación se circunscribe en el ámbito digital, del cual se valorará la existencia y la aplicación de las normas jurídicas existentes en Colombia para la protección de la empresa y del consumidor cuando en éste sistema de comercio se ejercer la publicidad engañosa.

De lo anterior, éste capítulo tendrá tres sub divisiones que tratarán, en un primer momento, de manera general e introductoria al comercio electrónico, lo que servirá para definir su noción, su delimitación, las modalidades en que se expresa y los principios interpretativos que le son aplicables a la luz de la legislación colombiana. Conexo a esto, en un segundo estadio del desarrollo del presente acápite, nos adentraremos en el aspecto contractual a través de los medios electrónicos, el cual partirá de la disertación entorno al mensaje de datos con base a la legislación nacional vigente, lo que será una asiento fundamental para estudiar a los contratos que se realizan a través de los datos electrónicos, teniéndose en cuenta principalmente aquellos principios que le son aplicables a éstos últimos para su interpretación y validez conforme al ordenamiento jurídico actual. Posteriormente, se entrará a definir la situación de la empresa y del consumidor en el ámbito del comercio electrónico, disertándose sobre la existencia de la relación de consumo virtual y de los agentes que en ésta participan, exteriorizándose las características generales de la contratación electrónica con el consumidor digital.

3.1. Del comercio electrónico: noción y modalidades del comercio

El presente subcapítulo tiene la finalidad de definir, de manera general, al comercio electrónico, abordando su propia definición, así como los aspectos más relevantes de éste, teniendo en cuenta el desarrollo doctrinal disponible, para así lograr la delimitación de éste sistema de comercio, y conclusivamente presentar y analizar los principios que sobre éste existen.

3.1.1. Introducción al comercio electrónico: de la revolución tecnológica, de la sociedad de la información y del consumo.

Antes de iniciarse con el estudio general del comercio electrónico, a nivel de sus nociones, fundamentos y principios, es necesario establecer el surgimiento de éste, como elemento fundamental para su entendimiento como parte integrante de la revolución tecnológica que inició a finales del siglo inmediatamente anterior y que aún hoy continúa en proceso de mejoramiento.

Históricamente el humano ha usado diversas formas y técnicas para comunicarse con sus pares de una mejor forma, que garantice una rapidez y una mayor comprensión a un menor costo, lo cual se logró con el surgimiento de las nuevas tecnologías y del avance de las telecomunicaciones, comoquiera que éstas “han permitido que el hombre se desempeñe de una manera más eficiente” (Torres Torres, 2012, 1) lográndose así la mejora en las condiciones sociales, políticas y económicas de la sociedad.

Fue, entonces, con el desarrollo paulatino de la tecnología que surgieron los nuevos sistemas de comunicaciones, los que comenzaron con el aparecimiento de nuevos conocimientos, de nuevas técnicas, que se ajustaron a las necesidades inmediatas de la sociedad y de los Estados, no obstante el nacimiento de la sociedad de información y del consumo, como hoy en día es tenida en cuenta, no tuvo un proceso fácil, comoquiera que ésta surgió tras las guerras que motivaron al desarrollo de nueva ciencia y de una mejor tecnología, la cual tenía un fin específico: la defensa, en principio.

En tal sentido, a partir de la segunda mitad del siglo inmediatamente anterior, la sociedad humana inició un nuevo proceso de cambio, de evolución, que lentamente permitió la creación de las primeras nociones de comercio internacional, alejada de las connotaciones y polarizaciones bélicas, propias de la primera parte de ese siglo, por lo que floreció lentamente un proceso de incursión de las economías cerradas al proceso de globalización, el cual

también inició dentro del escenario de las comunicaciones, del consumo y de los sistemas masivos de información, lo que permitió que se disminuyeran los costos de transacciones comerciales y se motivara el desarrollo social e incluso el empresarial, que encontró en la tecnología y en los medios masivos de información una nueva forma para salir al mercado y lograr mayores rendimientos a unos costos de colocación menores.

Por su parte, el desarrollo tecnológico y de las telecomunicaciones se causó en razón a las guerras internacionales, en específico la guerra fría, toda vez que en este proceso se denotó la fragilidad de las comunicaciones de los Estados, por lo que fue necesaria la investigación para la búsqueda nuevos sistemas protegidos de información, lo que inició con los Estados Unidos al identificar que las debilidades de sus enemigos se encontraba en ésta área, así como las suyas (Gamboa Bernate, 2005, 628), naciendo los primeros medios de comunicación de datos cifrados para la defensa nacional de los Estados.

De lo señalado, se tiene que el internet inició como un sistema cifrado y limitado para las comunicaciones de guerra, pero que, y con el fin de la guerra fría, éste medio se fue abriendo paulatinamente a otros sectores, como el educativo, el financiero, el comercial, y a partir de los años 90's, al público general, existiendo desde aquel entonces una tendencia a la alza por el uso de las nuevas tecnologías de la información, las que se fueron integrando en las instituciones jurídicas, sociales, económicas y políticas, lográndose así un proceso de modernización estructural y automatización de procesos.

De esa modernización y de esa automatización de procesos es que surgió la tan denominada sociedad de consumo y la sociedad de información, comoquiera que “el desarrollo tecnológico ha permitido agilizar y hacer mucho más operante la prestación de los servicios y el intercambio de bienes tangibles o intangibles” (Gutiérrez Gómez, 2005, 3) motivando a la estructuración de un nuevo sistema de comercio denominado comercio electrónico, que aunque no ha desbancado al sistema de comercio común (transacciones físicas), ha volatizado y agilizado los procesos de compra y venta de bienes, productos y servicios, en una mega estructura virtual comercial, comoquiera que los nuevos procesos de comunicación y de información incorporaron “novedades que transforman de forma sustancial la economía, las relaciones humanas, la cultura y la política en nuestra sociedad” (Botana García, 2001, 6), lo que permite inferir que en efecto hubo (y todavía preexiste) una revolución tecnológica con sentido global que ocasionó que la sociedad actual tenga como base estructural a las redes de comunicación, que va incluso más allá de la internet, y comprende los sistemas para emitir y recibir datos. Es así que las comunicaciones, desde su

masificación y tecnificación, ha logrado el surgimiento de un nuevo sistema de comercio: el comercio electrónico, el que aborda específicamente la presente tesis.

3.1.2. De la noción, las modalidades y los principios aplicables en el comercio electrónico

El presente subcapítulo abordará la definición general del comercio electrónico, así como tratará aspectos propios para su delimitación como sistema de comercio, analizándose los principios que son aplicables a éste dentro del ordenamiento jurídico colombiano, lo que serán materia prima para un estudio avanzado sobre el contrato a través de medios electrónicos, entre otros aspectos que surgen de ésta identificación básica del comercio electrónico.

3.1.2.1. La noción del comercio electrónico

El comercio electrónico, tal como lo señala Torres Torres, es el nuevo sistema de negocio que utilizan las personas que en el mercado participan para desarrollar sus operaciones mercantiles, en razón a que en éste sistema convergen nuevas aplicaciones en las que el uso de la tecnología es fundamental para la transmisión de datos (P.1). No obstante, se debe señalar que el uso de las tecnologías para las operaciones ya existían anteriormente a través de sistemas limitados y cerrados, toda vez que ya se había desarrollado e implementado un sistema de intercambio electrónico de declaraciones comerciales denominado EDI (*Electronic Data Interchange*) (Botana García, 2001, 56), dedicándose éste únicamente al intercambio de información técnico-comercial para suplir necesidades de capital entre grupos empresariales y gubernamentales como lo indica Rincón Cárdenas (2006, 25).

Es, conforme a lo anterior, que se suscita una diferencia enorme entre el sistema de información precedido por el sistema EDI y el sistema que surgió con la internet, comoquiera que en el primero las transacciones o intercambios de información no significaban la realización real de operaciones, sino un intercambio de información comercial y técnica entre sujetos limitados a través de una red limitada que usaba “mensajes estandarizados o protocolos comunes, que se utilizó en las siguientes áreas: transporte aéreo y sector bancario” (Rincón Cárdenas, 2006, 25), lo que cambió de manera drástica a partir del uso del internet como medio de comunicación, toda vez que éste es una estructura de comunicación abierta, accesible, y que no requiere mayores esfuerzos para entrar a la red, más allá de tener el

servicio de internet (sea privado o público) y de un sistema de recepción y transmisión de datos: un ordenador o móvil.

El internet, entonces, como medio de comunicación “se está configurando como un nuevo mercado y el comercio electrónico como un procedimiento naciente en la realización de negocios” (Botana García, 2001, 56), toda vez que en éste se desarrolla un mercado virtual en el que se ofrecen y se colocan, por parte de los empresarios/industriales, una serie de bienes, productos y servicios, y estos son adquiridos a través de negocios que se realizan a través del medio electrónico (contratos) por parte de los clientes y consumidores utilizando una interfaz de datos. En tal sentido, y conexo con la definición de mercado ya tratada tangencialmente en el capítulo que versó sobre el derecho de competencia, se indica que el mercado como espacio territorial (como se define) se desdibuja en el seno del comercio electrónico en razón a que no existe en éste una delimitación espacial por ser una matriz de datos virtuales, alojados en un sistema en red que no tiene limitaciones de espacio ni de tiempo, que traspasa incluso las limitaciones legales de los Estados y permite una serie de negocios no vistos anteriormente, y menos aún con la facilidad y el poco costo de transacción que ofrece.

Adentrándonos en el campo de la noción y de la delimitación propia del comercio electrónico, se debe indicar que no ha sido una cuestión fácil en razón a que se ha entretelado en torno a ésta una serie de debates y discusiones entre las diversas posturas comerciales y legales en el mundo, lo que ha permitido la coexistencia de diversas acepciones posibles, quedando unas enmarcadas en un sentido lato y otras en un sentido estricto. La primera de éstas definiciones, en sentido lato, concreta al comercio electrónico como aquel intercambio de información a través de datos con el uso de medios electrónicos que no necesariamente está ligado con una actividad mercantil (Botana García; 2001), mientras que el sentido estricto de la noción de comercio electrónico se circunscribe en la necesidad de que se realicen, en efecto, transacciones comerciales a través del medio electrónico, las cuales serían las transacciones de ofrecimiento y de posterior compraventa de bienes y productos, y la prestaciones de servicios, que se negocian y se contratan a través de éste medio y mediante la tecnología.

De lo señalado, la acepción propia del comercio electrónico se delimita al intercambio de información a través de medios electrónicos con un fin específico: la ejecución de transacciones comerciales, comoquiera que éste sistema de comercio se dirige a permitir la realización de negociaciones de compraventa y de permutación de bienes y productos, así como de la prestación de servicios. Sin embargo, se debe esclarecer que el comercio

electrónico utiliza a la tecnología para su servicio por lo que no podría indicarse que éste fuese tecnología en sí, sino que éste se aloja en una matriz virtual denominada internet y se desarrolla a partir de aplicaciones de sistemas, *software* y *hardware*, por lo que es considerado como un sistema de comercio en el que participan las empresas y los consumidores, generando diferentes modalidades de comercio, entre esos el que se desarrolla entre empresas y empresas, y empresas y consumidores (Arrubla Paucar; 2005), siendo ésta última forma la que se estudiará en la presente tesis.

A nivel legal, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se debe expresar que existen dos disposiciones vigentes que buscan definir, dentro del marco positivo, al comercio electrónico, siendo éste abordado por la Ley 527 de 1999 la que definió y reglamentó el acceso, el uso de mensaje de datos, el comercio electrónico y de las firmas digitales; y por la Ley 1480 de 2011, relativa al Estatuto del Consumidor.

De lo anterior, la Ley 527 de 1999 en su artículo 2° literal b)²⁰ expresa que el comercio electrónico deberá ser entendido como aquél que aborda o abarca las cuestiones comerciales, sin importar que éstas se desarrollen a través de contratos, con la especificación de que en éstas cuestiones comerciales debe mediar necesariamente la utilización de datos o de algún medio similar. Asimismo, el artículo citado define, no como números clausus, sino en sentido de ejemplificación, una serie de operaciones que el legislador del comercio electrónico consideró que se podrían realizar a través de éste sistema.

Por su parte, el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) en su artículo 49²¹, corregido por el artículo 4° del Decreto 2184 de 2012, expresó que el comercio electrónico es aquél acto, negocio u operación de carácter mercantil que se realiza a través del intercambio de mensajes de datos entre quienes son los proveedores y quienes son los consumidores, con el fin de comercializar y/o transar bienes, productos y servicios.

²⁰ Señaló, al respecto, qué: Artículo 2°, literal d). Comercio electrónico: “abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.”

²¹ Al respecto, indicó el artículo mencionado que “sin perjuicio de lo establecido en el literal b) del artículo 2o de la Ley 527 de 1999, se entenderá por comercio electrónico 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”

De las dos normas citadas, se puede indicar, entonces, que existe una sintonía en cuanto a la definición propia del comercio electrónico en el ámbito jurídico colombiano, aunque la definición establecida mediante la ley 527 de 1999 es más extensa que la señalada en la Ley 1480 de 2011, por lo que la primera respecto de la segunda, dedicó a tratar de establecer unos tipos de transacciones y/o negocios que a través del comercio electrónico se pueden realizar, lo que fue delimitado por la segunda norma al expresar categóricamente que éste sistema de comercio comprende todo acto, negocio u operación mercantil sin establecer tipos o prototipos negociales.

Como corolario de lo ya expuesto, se identifica y se delimita al comercio electrónico como aquél sistema de comercio que tiene unas particulares específicas por cuánto éste se desarrolla a través de la utilización de la tecnología para la transmisión de datos dentro de una malla virtual de información, permitiéndose la realización de transacciones de índole comercial y mercantil entre aquellos sujetos o agentes intervinientes, quienes a su vez interactúan de manera electrónica emitiendo y recibiendo datos de información, sobre los cuales se aplican una serie de principios para darle validez y convalidación jurídica dentro de las disposiciones internacionales, así como dentro del ordenamiento jurídico colombiano conforme a lo exteriorizado por la ley 527 de 1999 y la ley 1480 de 2011, normas que definieron lo aquí señalado al exteriorizar los presupuestos sobre los cuáles éste sistema se desarrolla y tiene vigencia.

3.1.2.2. Modalidades de comercio electrónico

Como se señaló brevemente en el sub acápite anterior, el comercio electrónico, como sistema de comercio se desarrolla a través de unas modalidades propias, tal como lo define Arrubla Paucar, quien indicó que éste sistema de comercio se desarrolla a través de unos agentes que en éste participan (P. 299), sin embargo Del Águila (como se cita en Botana García, 2001, 61), a partir de un análisis estructurado del comercio electrónico y sus modalidades, sostiene que éste se puede abordar desde diferentes ópticas, las que dependen del criterio que se use para su estudio.

Entonces, se define que el comercio electrónico se ejecuta en las modalidades de:

- 1) Según los agentes que intervienen, como elemento subjetivo, éste puede ser de tres tipos, comoquiera que se puede realizar comercio electrónico entre empresas (*Business to Business*), así como entre las empresas y el consumidor

(*Business to Consumers*) y, últimamente, entre las Empresas y el Estado y/o la Administración (*Business to Administrations*).

- 2) Según el grado de complejidad de las actividades desarrolladas, las cuales pueden ser pocas complejas como sería la promoción de empresas, soportes técnicos, entre otros, los que en sí no refieren a una transacción comercial, sino que serían actos pre transaccionales y post transaccionales. También, en éste lista se incluyen las actividades complejas relativas a las transacciones y negocios comerciales/mercantiles propiamente dichos, como serían la compraventa y distribución de bienes, productos y servicios dentro de un ámbito nacional o internacional, entre otros.
- 3) Según la característica de los bienes y/o servicios objeto de comercio electrónico, los que se dividen entre aquellos bienes tangibles que a pesar de ser transados en éste sistema, no pueden ser entregados de manera directa y por ello se usan los medios físicos para tal fin, los que se identifican como comercio electrónico indirecto; y, definitivamente, el comercio electrónico directo que se dedica, en específico, a aquellos bienes intangibles que pueden ser no sólo transados en el sistema electrónico de comercio, sino que también pueden ser entregados a través de éste, pensemos por ejemplo los programas informáticos, la propiedad intelectual de obras escritas vía plantillas y/o programas por ordenador, entre otros.
- 4) Según la tecnología utilizadas para el comercio electrónico que pueden ser cerradas como los sistemas de organizaciones y de empresas propiamente dichos, entre los que se establecen conexiones constantes y seguras, como lo son las comunicaciones entre redes de bancos y el sistema financiero; y los abiertos que se basan en la internet, que como se indicó, es un sistema abierto al público de fácil acceso y conexión que únicamente requiere de conexión a la red virtual (internet) y de un sistema tecnológico compuesto por *hardware*²² y

²² Genéricamente, el Hardware es entendido como como la maquinaria real, o la parte de sistema físico informático clave para la recepción, emisión, interpretación y procesamiento electrónico de los datos. (ARGENTINA. Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de ingeniería. Informática, unidad temática 2. Chaco-Corrientes, Argentina. [En línea: <http://ing.unne.edu.ar/pub/informatica/U2.pdf>] [Recuperado el 15/10/2014])

de *software*²³ para la recepción y emisión de datos electrónicos como los ordenadores, los equipos móviles tan de moda hoy en día.

- 5) Según el ámbito territorial en el que se desarrolla el comercio electrónico, comoquiera que éste se puede desarrollar a nivel interno, o a nivel internacional, o a nivel intra o extra comunitario, como opera para la Unión Europea- UE.

Es de lo indicado anteriormente que se puede inferir que, en efecto, el comercio electrónico, más allá de ser un sistema que utiliza a los medios tecnológicos y de la información a su disposición, se desarrolla a través de unas modalidades que son parecidas al comercio comúnmente conocido, comoquiera que el ámbito de diferencia es la agilidad de las comunicaciones y de las transacciones que supone el mundo virtual, no distando en los demás aspectos en que se desarrolla por la necesidad de que existan agentes, bien sea como oferentes y como adquirentes, de la delimitación de un territorio, de los tipos de bienes comercializados, de las características propias del negocio, entre otros elementos.

3.2. El mensaje de datos y el documento electrónico: definición, equivalencia y convalidación

El mensaje de datos, del que parte el documento electrónico, ha sido abordado y definido en la legislación colombiana por parte del artículo 2º, literal a) de la Ley 527 de 1999, que expresa que éste es aquella “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”, lo que es a todas luces una definición muy amplia, comoquiera que la norma únicamente delimitó la necesidad de que los datos surjan, se envíen, almacenen o reciban a través de los medios electrónicos, sin establecerse una prohibición a que no fuesen considerados como mensajes de datos aquellos que siendo documentos escritos (o documentos físicos) posteriormente se digitalicen y se transmitan vía internet tal como

²³ El Software es comprendido como el soporte lógico de un ordenador, comoquiera que éste es el lenguaje que usa y que se constituye en programas que permiten interpretar y procesar la información, así como de recibirla y emitirla como datos. (ESPAÑA. Universitat de València. Capítulo 2, soporte lógico de un computador. España [En línea: <http://robotica.uv.es/pub/Libro/PDFs/CAP12.pdf>] [Recuperado el 15/10/2014])

sucedería con los escáneres de contratos, facturas, entre otros, como lo expresó Zubieta Uribe, quien categóricamente exteriorizó que ésta norma “además de incluir la información generada por la tecnología reciente, incluye documentos que son comúnmente manipulados y aceptados en la vida cotidiana, tales como un fax o una factura de servicios públicos generada por una impresora” (Zubieta Uribe, 2003, 125).

Entonces, el mensaje de datos como es reconocido en la legislación colombiana, integra de manera directa aquellos sitios web existentes en el internet, dado que éstos son un conjunto de datos alojados en servidores que son transmitidos por una red de internet denominada *World Wide Web* –WWW–, permitiéndose la realización de transacciones tanto civiles, como comerciales, y en general, dentro del plano jurídico, de una serie de negocios jurídicos virtuales, los que directamente se realizan a través de correos electrónicos, plataformas alojadas en la red (sitos web), entre otros (Peña Valenzuela, 2003, 188), lográndose así la oferta *online* de bienes, productos y servicios, en cualquier modalidad en que se exprese éste comercio electrónico, es decir, modalidad empresa- empresa (*Business to Business*), empresa-consumidor (*Business to consumer*) o empresa-Estado (*Business to Administration*).

El documento, por su parte, debe ser entendido como una agrupación de datos como soporte cognoscible de la información que se aloja en éstos; el que se define como aquella “cosa que sea producto de un acto humano, perceptible por los sentidos de la vista y del tacto” (Devis Echandía, 1995, 186), que se encuentra normalmente escrito en símbolos alfanuméricos (letras y números), así como en cualquier tipo de signo, que puede estar a puño y letras y/o impreso (Rouanet, Moscardo, como se cita en Torres Torres, 2012, 15), al que se le dota de validez y representación legal, comoquiera que éste ha sido abordado por parte de la norma jurídica para dotársele de identidad jurídica, de representación y de validez, ya que éste se ha tenido en cuenta en la legislación civil y en la procesal civil en razón a que el Código de Procedimiento Civil²⁴ y el Código General del Proceso²⁵ lo trataron, lo definieron, y le otorgaron la identidad de medio de prueba dentro del ámbito jurídico nacional.

La definición anteriormente aportada hace alusión únicamente al documento comúnmente conocido, es decir, al documento físico, no obstante el documento electrónico guarda relación con éste en razón a que no deja de ser un producto y/o acto humano

²⁴ Al respecto, el Código de Procedimiento Civil define al documento como “los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares” (Legis, 2008, comentarios al Código Civil)

²⁵ El artículo 243 del Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, establece una definición acorde a lo tratado por el Código de Procedimiento Civil.

perceptible por los sentidos, que podría servir de prueba según la legislación nacional (en específico la ley 527 de 1999) y que se encuentra escrito en un lenguaje, el que es propio de los medios electrónicos: el lenguaje binario. Entonces, el documento electrónico es aquél que surge de la integración de datos electrónicos y que se encuentra soportado en medio diverso al papel físico, el cual se puede delimitar, en criterio de acepción, como aquél que se produce a través de medios electrónicos con el uso de un lenguaje binario susceptible de procesamiento e interpretación a través de medios informáticos que permiten la percepción del humano por medio de los sentidos, lográndose así la comprensión humana, sin que éste deje de pertenecer al género de los documentos, siendo éste una especie.

Comparativamente, el mensaje electrónico respecto del mensaje físico o escrito, guarda una relación directa, como ya se señaló líneas arriba, en razón a que éstos poseen los mismos elementos que los segundos, ya que el primero tiene un soporte material, contiene información, está escrito en un lenguaje propio, y puede ser atribuible a quien lo creó o su autor específico a través de procedimientos informáticos (Rengifo García, 2002, 34).

De lo definido, y con base a la amplitud desarrollada al momento de establecer la definición propia del mensaje de datos por parte de nuestra legislación nacional, es que surgió la necesidad de buscar, a nivel jurídico, un principio y/o criterio que permitiera dotar de equivalencia y/o convalidación al dato electrónico y al documento electrónico en sí mismo, respecto del dato y del documento comúnmente conocido. En tal sentido, y procedente de la necesidad por establecer un punto de comparación legal que permitiese equiparar ambas especies de documentos, fue que se trajo en consideración el principio de equivalencia funcional desarrollado por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996 de la UNCITRAL, la que reconoció en su artículo 5° que en efecto el documento electrónico en sí no dista del documento físico, ya que se optó por no discriminar a éstas dos especies de documentos al exteriorizarse el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos al ordenar que “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos” por lo que se adoptó el principio de equivalencia funcional en un instrumento internacional, y se positivizó en el ordenamiento jurídico colombiano por medio de la Ley 527 de 1999, específicamente en el artículo 5°.

En sintonía de lo analizando, es necesario el establecimiento y la delimitación de la función del principio de equivalencia funcional, comoquiera que éste no busca lograr una equiparación total y absoluta entre los dos tipos de documentos en cuanto a su estructura, sino que pretende convalidar y equiparar las funciones y los efectos tanto comerciales como jurídicos que éstos puedan tener, por lo que uno y otro tendrían el mismo valor legal y

mercantil dentro del ordenamiento jurídico colombiano, sin darle una prelación a un tipo de documento sobre otro, por la garantía que supone la equivalencia y la convalidación de sus funciones desde una óptica meramente jurídica que permite el valor probatorio de los documentos electrónicos, dando paso a la creación e integración de los contratos por medios electrónicos. No obstante, se debe especificar que legalmente existen unos requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para dársele aplicación al principio de equivalencia funcional y desarrollar así sus benévolos efectos, encontrándose uno de ellos en el artículo 6° de la Ley 527 de 1999, que ordena que la información contenida en éste documento debe ser accesible en la posteridad, es decir, que ésta información debe tener un ánimo de permanencia sin establecerse un término legal razonado (Torres Torres; 2012), lo que consideramos un punto de inseguridad jurídica negocial que parte de la no previsión, por parte del legislativo, del tiempo en que se debe garantizar el acceso a los sistemas de información virtuales, lo que es en efecto un vacío jurídico respecto de la información contenida en el mensaje electrónico, dejándose, en últimas, este requisito como una mera enunciación que implicaría un juego de azar o la decisión unilateral de los sujetos que confluyen en la producción de éste documento para permitir su acceso posterior.

Asimismo, el artículo 8° de la citada ley exterioriza que otros de los requisitos para que el documento electrónico pueda ser objeto de equivalencia funcional se encuentra en la originalidad del mismo, lo que parte de la necesidad de que la información presentada, aducida o contenida en el documento electrónico sea efectivamente la que se produjo primeramente y no haya sido objeto de modificaciones posteriores. Finalmente, el artículo 9° de la Ley 527 de 1999 estableció la integralidad del documento electrónico como un principio *sine qua non* para la aplicación del principio aquí discutido en razón a que la información consignada en el documento electrónico, además de estar escrita en lenguaje propio de los medios electrónicos y de ser original, debe alojarse o sustentarse en un sistema que lo dote de seguridad y permita la certificación de la integralidad del documento, lo que se logra a través del uso de medios y de tecnologías seguras, además de las implicaciones que trae consigo la certificación por parte de las entidades autorizadas en Colombia para tal fin.

Como corolario de lo ya analizado en el presente sub acápite, es rescatable que el documento electrónico, que parte de la integración de unos datos también electrónicos, en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra dotado de una equivalencia funcional que permite que éste produzca los mismos efectos, tanto comerciales como jurídicos, de los que produce el documento físico o el comúnmente conocido. En tal sentido, y derivada la funcionalidad convalida del documento producido por medios electrónicos, a través de un

sistema de lenguaje binario, éste permite la conformación y existencia de actos jurídicos y de negocios jurídicos electrónicos, lo que ha dado lugar a la existencia y conformación de los contratos electrónicos o por medios electrónicos, y con ello que sus obligaciones tenga el mismo valor funcional y jurídico frente a los contratos físicos.

3.3. De la contratación electrónica: generalidades y principios aplicables al contrato por medios electrónicos en el ordenamiento jurídico colombiano

La contratación electrónica nace a partir de la existencia de los medios de comunicación y de información que permiten, a través del internet, la creación de condiciones específicas para el desarrollo del negocio electrónico en razón a la conformación, creación y transmisión de datos que posteriormente configuran al documento electrónico con el que se prueba la existencia del contrato entre aquellos que participan en éste sistema de comercio.

Es, entonces, con el uso de los sistemas de información que se posibilitó la existencia de un nuevo sistema de comercio denominado comercio electrónico que “engloba el concepto de contratación electrónica” (Burgos Puyo, 2003, 253), y que nace a partir de lo que se denomina negocio electrónico, el que implica convenios de consensos entre las partes que dan lugar al posterior intercambio de bienes, productos y servicios a través del internet, que permite la realización de una serie de negocios jurídicos electrónicos a los cuales, y por efecto del principio de equivalencia funcional, se le otorga los mismos efectos que los negocios desarrollados físicamente entre aquellos que participan como agentes de comercio, cada uno ubicados en extremos diversos, bien sea como productores, comercializadores y/o distribuidores, y los que se consideran como usuarios, clientes y consumidores, mediando entre éstos dos sujetos una relación necesariamente contractual.

De lo precedente, el presente sub capítulo tiene la finalidad de establecer las generalidades del contrato por medios electrónicos, así como de dilucidar los principios que le son aplicados en el ordenamiento jurídico colombiano, con el interés de posteriormente, en nuevo sub acápite, analizar el comercio electrónico entre el empresario y el consumidor, y demás temáticas conexas.

3.3.1. Generalidades del contrato electrónicos

Introductoriamente, es necesario comprender que los contratos son entendidos en el mundo jurídico como aquellos actos jurídicos que son celebrados entre dos o más personas físicas a

través de la suscripción de un documento escrito y clausulado, con la intención de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, tal como es definido en el artículo 1495 del Código Civil²⁶ y el artículo 864²⁷ del Código de Comercio colombiano (Decreto 410 de 1971), lo que también se aplica al contrato electrónico.

El contrato electrónico, es por su parte aquél que se realiza sin que exista “presencia física y simultánea de las partes” (Plazas Estepa, 2012, 9) quienes presentan sus intereses y consentimientos a través de equipos electrónicos (ordenadores o móviles) conectados a la red a través de cualquier medio: cable, satélite, radio, etcétera, encontrándose englobado en lo que se entiende por comercio electrónico; sin embargo éste tiene entidad propia al menos en el plano legal, en razón a que la emisión de los datos, dirigidos a las contrapartes, permite que éstos expresen su interés y consentimiento recíproco del contrato, lográndose así que éste acuerdo de voluntades se materialice y tenga efectos jurídicos (Burgos Puyo; 2003) conforme la legislación aplicable y existente.

Ahora bien, los contratos electrónicos usualmente son identificados como contratos de adhesión en los que una de las partes es quien fija una serie de cláusulas en el cuerpo de éste, sometiéndose la contraparte, en caso de aceptación, a lo allí establecido, por lo que ésta última se estaría adhiriendo, ocasionándose así una serie de perjuicios para éste último que se identifica, en la mayoría de los casos, como el consumidor, lo que será objeto de un estudio analítico en el subcapítulo que develará la situación del consumidor en el comercio electrónico.

En Colombia, la regulación que establece y que permite que se conformen y/o creen contratos electrónicos, y que a su vez los dota de equivalencia funcional, se encuentra en la Ley 527 de 1999, la que en su artículo 14 estableció la formación y la validez de los contratos con base a la manifestación de voluntad a través del mensaje de datos al que, y por expresa disposición del artículo 15, se le reconoce los efectos jurídicos en cuanto a la fuerza obligatoria y la validez de éstos en el plano no sólo *interpartes* sino también a la luz del aparato judicial y administrativo del Estado. En tal vía, sostiene Rincón Cárdenas que en el ordenamiento jurídico colombiano “ha establecido (...) – de manera expresa- que la oferta y la aceptación, elementos esenciales de la formación del contrato, podrán ser expresadas por un

²⁶ Al respecto éste artículo indica que el Contrato o convención “es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”

²⁷ Indicando éste que “el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial.”

mensaje de datos, el cual tendrá validez no sólo entre las partes, sino en actuaciones judiciales y administrativas” (Rincón Cárdenas, 2006, 122).

Empero, de la previsión legal contenida en la Ley 527 de 1999, es necesario establecer que ésta norma no se detuvo a establecer unas reglas especiales y aplicables a la formación del contrato electrónico, comoquiera que únicamente determinó su existencia, su validez y su fuerza vinculante y obligacional, sin delimitar aspectos propios de los tipos contractuales que podrían ser generados en éste sistema de comercio virtual, es decir, la Ley 527 de 1999 no estableció reglas sustanciales para la creación y conformación de los contratos por medios electrónicos, por lo que a éste le es aplicable las normas jurídicas que existan y que regulen otros tipos contractuales semejantes o análogos a los que se crean y se materializan a través de éste sistema, ya sea en el plano civil como comercial, así también en el plano de las obligaciones.

Vista la definición propia del contrato electrónico o por medios electrónicos, se hace necesario develar y analizar aquellos presupuestos que implican un punto de conexión y/o acercamiento entre este tipo de contrato y el contrato físico, comoquiera que entre ambos existen puntos de enlace en razón a que éstos siguen una serie de postulados generales que les son aplicables por exigencia de la ley en que éstos se fundamentan y que son relativos a los elementos de su naturaleza, existencia y validez, sin que ello implique que no exista diferenciación entre uno y otro.

De lo anterior, la diferenciación general existente entre el contrato físico y el producido por medios electrónicos hace expresa alusión a la forma en que se encuentra producido éste último, en razón a que éste parte de la realización de las actuaciones no físicas sino a través de medios electrónicos con la colaboración necesaria e imperiosa de las tecnologías para la conformación, emisión y recepción de datos electrónicos, que posteriormente conforman documentos electrónicos, y estos a su vez contratos, en la red virtual del *World Wide Web* – WWW-, en la que se encuentra alojada aquellos sitios web que son importantes para la transacción de bienes, productos y servicios, dado a que es en ésta donde se da el fenómeno de la negociación electrónica en sus diversas modalidades, entre las partes que buscan lograr y consolidar una serie de derechos y obligaciones contractuales con base a los intereses de aquellos que participan, naciendo así el comercio electrónico.

Finalmente, y para el caso concreto del contrato electrónico se debe indicar que existe una serie de principios que le son aplicados para dotársele a éstos de reconocimiento legal, así como para darle un sentido de equivalencia y/o convalidación funcional.

3.3.2. Principios generales de la contratación por medios electrónicos en el ordenamiento jurídico colombiano

Como ya se señaló, al contrato electrónico le son aplicables una serie de principios que permiten determinar que este es tal, existe y es válido en el ámbito jurídico, los que a su vez son diferenciados, en su análisis y aplicación, frente a los contratos físicos, entre los que se encuentran,

3.3.2.1. Autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad, como presupuesto jurídico íntimamente relacionado con la existencia del contrato en cualquiera de sus modalidades, ha sido tratado y definido en la legislación nacional por parte del Código Civil en el artículo 1602 y por parte del Código de Comercio en el artículo 824, en los que se concretizó que éste hace referencia a un acuerdo de voluntades entre las partes que por deseo propio han convenido una serie de acuerdos que dan lugar a la existencia de una serie de obligaciones que le son mutuas en el tránsito de la realización de un contrato.

Por su parte, y dentro del ámbito jurídico negocial del contrato electrónico, la autonomía de la voluntad es también un presupuesto necesario para la existencia y la validez del contrato en razón a que ésta “determina la razón de ser de los contratos por medios electrónicos y la vinculación de las partes a los mismos” (Pérez, 2003, 155) conforme a su componente obligacional. Al respecto, el artículo 14 de la Ley 527 de 1999 sostiene que ésta autonomía de la voluntad puede ser expresada por los medios propios del sistema electrónico, es decir, a través de datos electrónicos, a los que se les dota de validez legal, y es a raíz del principio de equivalencia funcional, que éstos tienen igualdad en el plano jurídico respecto del dato físico, y por lo tanto toda expresión de voluntad concretizada por éstos medios tiene el mismo valor jurídico que su homónimo físico, por lo que la voluntad declarada por las partes intervinientes en la negociación electrónica a través de los medios electrónicos, tiene plenos efectos jurídicos, y genera, por tanto, obligaciones para las partes conforme a lo convenido.

3.3.2.2. Buena fe

El principio de la buena fe, tal como se encuentra ubicado en la legislación nacional, es entendido conforme a lo ordenado por el artículo 1603 del Código Civil y por el artículo 863

y 871 del Código de Comercio, los que expresan que éste principio debe ser conocido y aplicado por las partes del negocio en todas las etapas del contrato, es decir, desde la etapa precontractual hasta la ejecución y la finalización del contrato mismo, sin importar para la estricta aplicación de éste principio la forma en cómo se encuentre el contrato, es decir, la forma en que esté producido, sea físico o electrónico, ya que no sólo es un imperativo de orden legal y contractual, sino que permite la concreción de derechos fundamentales para los partes.

3.3.2.3. Libertad de forma.

Al respecto, se tiene en cuenta que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una única forma para crear los contratos por lo que se puede contratar de manera abierta bajo cualquier tipo de contrato o forma contractual siempre y cuando las personas, o partes intervinientes, se encuentren habilitados legalmente para ello (capacidad contractual), por lo que no existe impedimento que implique obstáculos en cuanto a las formas del contrato, pero éstos si deben cumplir con lo que la ley exige para cada cual, sin importar los medios de producción de los mismos, es decir, sin ser relevante que sean físicos o electrónicos.

De lo anterior, a nivel de los contratos electrónicos existen una serie de limitaciones de orden legal, comoquiera que existen previsiones legales que hacen referencia a ciertas prohibiciones y/o limitaciones al ámbito negocial electrónico, entre las que se encuentra la anotación establecida en el artículo 1° de la Ley 527 de 1999.

Además de ello, y como lo explica Pérez, no todos los contratos nacen, en término jurídicos, con el cumplimiento de la consensualidad que deriva del ánimo de las partes, ya que la legislación ha establecido que ciertos tipos de contratos únicamente se perfeccionan con el cumplimiento de ciertos rituales jurídicos y/o con el lleno de ciertas especificaciones legalmente exigidas, lo que es en efecto una limitación al desarrollo de los contratos por medios electrónicos (Pérez; 2003), comoquiera que en los contratos electrónicos la consensualidad es un principio imperante, ya que éstos se reputan como perfeccionados con la mera manifestación de la voluntad de las partes a través de los medios electrónicos.

Entonces, la limitación que existe a nivel contractual se encuentra establecida en las normas que imponen que los contratos, para su perfeccionamiento, deben cumplir ciertos requisitos legales, según el tipo contractual, es decir, si son solemnes deben cumplir con la solemnidad solicitada, y si son reales, debe cumplir con el requisito para su perfeccionamiento, y por lo tanto no podrían producirse en el seno del comercio electrónico,

en razón que éste sistema únicamente permite la expresión de la voluntad (consensualidad) por los medios electrónicos y con el uso de la tecnología, que es propio de los contratos consensuales.

3.3.2.4. Autenticidad

Como lo define Asensio (como se cita en Pérez, 2003, 158) la autenticidad funge como uno de los principios más reputados e importantes en el seno del comercio electrónico y respecto de los contratos electrónicos, en razón a que éste permite identificar a las partes que han convenido para su realización y su creación, lo que se encuentra también dispuesto en la Ley 527 de 1999 bajo los presupuestos necesarios de originalidad y autenticidad conforme lo ordenado por los artículos 16 y 17 respectivamente.

Entonces, este principio del contrato electrónico permite establecer el momento (el cuándo) de creación del contrato y los sujetos que han intervenido en ello, lo que debe estar expresado en los datos o el documento que dio lugar a ésta convención. Además de ello, el principio de autenticidad exige que esta información electrónica debe ser susceptible de confirmación posterior por lo que debe tener permanencia y ser original, lo que permite analizar el consentimiento derivado de la oferta y la aceptación de la misma, en concordancia con lo ordenado por el artículo 14 de la Ley 527 de 1999 que permitió que éste ánimo de la voluntad de las partes pudiese estar contenido en datos electrónicos.

3.3.2.5. Equivalencia funcional

La equivalencia funcional, tal como ya fue abordado en el sub capítulo que trató sobre el dato y el documento electrónico, es el principio que dota al contrato electrónico de equivalencia comparativa y funcional respecto del contrato físico, en razón a que se equiparan los efectos de uno y otro en el plano jurídico y comercial, y por lo tanto lo que se exprese en el negocio causal son las obligaciones que constarán en el contrato, lo que y a la luz del ordenamiento jurídico colombiano cuenta con un sustento legal, ya que la Ley 527 de 1999 en su artículo 15 trató de manera directa del valor obligacional equiparado del mensaje de datos y lo establecido en éste, del que surge el contrato mismo.

3.3.2.6. Integridad

La integridad, como principio aplicable al contrato electrónico encuentra su fundamento en el artículo 9º y 18 de la Ley 527 de 1999 que establecen los requisitos de seguridad del mensaje de datos, comoquiera que la integridad hace alusión al componente total del mensaje, es decir, que éste se mantenga inalterado de manera deliberativa e incluso de mala fe por las partes que lo crearon, por lo que se exige que la información enviada, recibida y la que conste como soporte del contrato mismo, sean iguales, porque es de esta información emitida y recibida, que se pueden analizar los aspectos obligacionales y jurídicos del contrato electrónico.

3.4. El comercio electrónico entre empresarios y consumidores: generalidades, agentes, y la relación de consumo electrónica

Es a partir del surgimiento y de la implementación del internet y de los medios de comunicación en las relaciones humanas de diversa índole que surgió un nuevo sistema de comercio denominado “comercio electrónico”, el cual, y al igual que su homónimo: el comercio físico o común, permite la realización de un sinnúmero de transacciones que son relevantes a nivel jurídico, ya que este sistema de comercio no presenta mayores diferencias que indique una dicotomía entre lo que es uno y otro, por cuanto la divergencia apunta a los medios usados, siendo uno propio del uso del papel y tinta, mientras que otro se surte a través de unos medios o dispositivos electrónicos a través de un lenguaje binario de datos.

Conexo de lo anterior, se debe tener en cuenta que el comercio electrónico permite la creación, realización y ejecución de una serie de actos jurídicos (contratos entre éstos) que surgen de la interacción negocial entre los sujetos que intervienen, los que fijan a su arbitrio y deseo propio (consensualidad) una serie de elementos, características y obligaciones propias del negocio jurídico virtual, estando dentro de este grupo de sujetos intervinientes una serie de sujetos que se pueden identificar según su calidad y/o cualificación, estando los consumidores, usuarios, las empresas, los profesionales, los intermediadores, etcétera. Al respecto, sostiene Botana García que “el comercio electrónico puede practicarse entre empresarios o entre empresarios y profesionales, así como entre consumidores entre sí o con empresarios y profesionales” (2001, 203) en razón a que éste sistema de comercio se crea y se ejerce a partir de la interacción negocial de éstos, estando cada uno a un lado de la balanza del negocio.

Ahora bien, para poderse determinar la existencia de la relación de consumo electrónica o virtual, es necesario analizar en profundidad a la relación jurídica electrónica que deriva de la relación negocial entre los agentes que intervienen en el comercio electrónico, comoquiera que la determinación de los sujetos, en cuanto a su calidad o cualificación, permitiría definir los extremos de la balanza de mercado entre aquellos que intervienen en el comercio electrónico ejerciendo la actividad económica y empresarial del ofrecimiento, colocación e intermediación de bienes, productos y servicios, y quien, al contrario, es únicamente el sujeto a quien éstos van dirigidos: los consumidores, quienes acceden a adquirir, contratar o adherirse a lo ofertado a través de la publicidad electrónica o virtual en el seno de las relaciones de comercio electrónico.

El consumidor, por su parte, es entendido desde el ámbito jurídico colombiano conforme a la definición ya abordada anteriormente y que se encuentra establecida en la Ley 1480 de 2011. No obstante, y para los efectos propios del comercio electrónico, éste debe ser entendido como aquel “sujeto destinatario final de bienes y servicios, que adquiera o utilice los mismos por medio de cualquier forma de contratación o intercambio de información basado en medios electrónicos sobre internet” (Burgos Puyo, 2003, 264), resaltándose que la definición entre el consumidor físico y el virtual no dista en lo absoluto, más allá de los medios que se utilizan para negociar, adquirir o contratar bienes, productos y servicios, comoquiera que el consumidor físico usa los medios físicos para contratar (ejemplo el uso del papel y la tinta), mientras que el virtual utiliza su ordenador o dispositivo móvil para contratar en la matriz virtual de la internet con el uso de un lenguaje propio: el lenguaje binario de los datos electrónicos.

De conformidad con lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio en el Concepto No 96027242 de 1996 expresó que la relación consumo es tal cuando se puede comprobar la existencia de un consumidor en un extremo de la relación negocial o jurídica, quien, y conforme a lo establecido por la Ley 1480 de 2011, debe ser éste el consumidor final o destinatario final de lo adquirido y/o contratado, sin importar que sea persona jurídica o natural, ya que se valora el uso que éste le dé a los bienes, productos o servicios, en razón a que éstos únicamente pueden y deben ser usados para satisfacer necesidades y no para crear un nuevo producto, bien o servicio, o hacer parte de una línea de producción o mejoramiento industrial, caso en el cual nos alejaríamos de la relación de consumo y nos adentraríamos a una relación meramente civil o comercial, según el caso.

Posteriormente, en materia de las relaciones contractuales que se suscitan en el seno del comercio electrónico, se debe tener en cuenta que el consumo y la relación de consumo no

sólo aparece en los contratos onerosos, comoquiera que también se puede establecer la existencia de un consumidor cuando existen relaciones contractuales gratuitas, como sucede en los casos en los que se le permite al consumidor probar un bien, producto o servicio a través de ciertos tipos de contratos gratuitos y por tiempos limitados como sucede en los períodos de prueba de *softwares*, los que se contratan gratuitamente y en período de ensayo a través de contratos de adhesión con cláusulas relativas a esta gratuidad limitada en el tiempo. De la misma forma, y en el seno de los *softwares* gratuitos (*freewares*) se constituyen contratos de uso de ciertos sistemas para el consumidor, en los que una empresa coloca su bien, producto o servicio, y éste es adquirido a título gratuito por parte de un consumidor quien decide aceptar las condiciones del contrato de adhesión *online*, existiendo a su vez entre éstos una relación de consumo en razón al uso del bien y en razón al desequilibrio entre éstos dos agentes intervinientes en el negocio gratuito.

3.4.1. Condiciones generales de contratación electrónica con el consumidor

En materia de los contratos electrónicos con el consumidor, se debe tener en cuenta que las condiciones de su aceptación, su clausulado y su componente obligacional se encuentran dispuestos en el documento electrónico al que acceden los usuarios para adherirse a través de la aceptación expresa de ésta información, la que es realizada a través de los *clicks* a los iconos que implican una aceptación expresa al contrato, convirtiéndose así en un consumidor dentro de la relación contractual que nació de esa acción de aceptar. En tal sentido, sostiene Rincón Cárdenas que “las condiciones generales del negocio jurídico celebrado a través de las tecnologías se pueden entender incorporadas al mensaje de datos” (2006, 132).

Por su parte, y en materia de la legislación nacional existente, la Ley 526 de 1999 en su artículo 44 establece expresamente la posibilidad de que los mensajes de datos contengan de manera total o parcial las condiciones generales de los contratos electrónicos, los que se presumen válidos y tienen plenos efectos jurídicos entre las partes si éstos deciden aceptarlos. Al respecto, se tiene entonces que la norma expresa que

Artículo 44. Incorporación por remisión. Salvo acuerdo en contrario entre las partes, cuando en un mensaje de datos se haga remisión total o parcial a directrices, normas, estándares, acuerdos, cláusulas, condiciones o términos fácilmente accesibles con la intención de incorporarlos como parte del contenido o hacerlos vinculantes jurídicamente, se presume que esos términos están

incorporados por remisión a ese mensaje de datos. Entre las partes y conforme a la ley, esos términos serán jurídicamente válidos como si hubieran sido incorporados en su totalidad en el mensaje de datos. (Subrayado fuera de texto.

De lo expresado, se debe tener en cuenta a la legislación colombiana respecto de las condiciones generales del contrato y respecto de las indicaciones propiamente dichas de éste en cuanto a sus cláusulas, características, formas, etcétera, la que a su vez permite que éstas sean contenidas en el mensaje de datos que constituye el documento electrónico jurídico al cual el usuario, o a quien va dirigido, decide si acepta o no, dando lugar a la creación de una relación jurídica contractual entre quien será la empresa y el consumidor electrónico, surgiendo así la relación de consumo, siempre y cuando, claro está, el bien, producto o servicio adquirido sea dirigido a satisfacer necesidades y no ya a ser parte de un proceso productivo o comercial.

3.5. Conclusiones parciales

De lo estudiado en el presente capítulo, se debe tener en cuenta que el comercio electrónico, como sistema de comercio, surgió a partir de la integración a la vida social, económica y política, al internet y a los sistemas masivos de información, los que a su vez permitieron que se crearan condiciones idóneas para el intercambio de información entre sujetos, dando lugar a una red de interconexión mundial con una gran cantidad de información útil para los procesos comerciales y empresariales.

En tal sentido, se debe afirmar que es a partir de las negociaciones *online* que surgió una serie de posibilidades para que las personas realizaran negocios comerciales a través de la internet, con el uso de los dispositivos móviles y de los ordenadores, además de la red WWW (*World wide web*), naciendo así una serie de contratos electrónicos de tipo consensual y aditivo, en los que las partes pueden fijar las condiciones y clausulado propio de éste, o deciden aceptar y adherirse a un ya prefijada.

Los contratos electrónicos, o aquellos que son producidos a través de medios electrónicos, guarda una relación muy cercana con el contrato por medios físicos, sin embargo a éste le son aplicables una serie de criterios y principios que le son propios, como el principio y/o requisito de autenticidad, permanencia, originalidad, y el principio que permitió dotarlo de validez y de igualdad: el principio de equivalencia funcional, que permitió definir que aquellos acuerdos llegados a través del uso de los medios electrónicos y contenido en un

mensaje de datos electrónicos produce efectos legales al igual que el contrato contenido en un documento escrito y/o impreso.

Ahora bien, respecto de los contratos electrónicos con el consumidor, se debe tener en cuenta que para definirse la existencia del consumidor en la relación jurídico-negocial electrónica, se debe analizar aquellos presupuestos de calidad y/o cualificación de los sujetos que intervienen en el negocio electrónico, desprendiéndose así que el consumidor digital, al igual que el consumidor físico, es aquel al que se dirigen una serie de bienes, productos y servicios para que éste los adquiera y los contrate, para un único sentido de uso: el uso benévolo para la satisfacción de sus necesidades.

En últimas, la legislación nacional en específico la Ley 527 de 1999, respecto del comercio electrónico, es la que permite y posibilita la creación y la validez de éstos en el ámbito jurídico colombiano, siendo la norma legal por preferencia para la existencia de comercio electrónico.

4. La publicidad engañosa en el comercio electrónico: el sistema de protección de la libre competencia económica y del consumidor en Colombia

El presente capítulo tiene la finalidad de analizar sistemáticamente los tres capítulos anteriores para determinar el sistema de protección de la libre competencia económica y del consumidor en el seno del comercio electrónico cuando en éste se ejerce la publicidad engañosa, por lo que se partirá del estudio de la publicidad engañosa en el comercio electrónico, para posteriormente analizarse el sistema legal de protección y el cómo se protege a éstos institutos jurídicos.

4.1. De la publicidad en el comercio electrónico

La publicidad en su sentido benévolo, tal como fue estudiada en el capítulo que trata de la publicidad, es aquella que busca dar a conocer al público y/o sus destinatarios una serie de bienes, productos y servicios a través de cualquier medio, sea éste el físico, el auditivo, el visual, e incluso el electrónico, en razón a que ésta tiene la finalidad, loable de por sí, de persuadir a quien se dirige para que adquiera los bienes, productos y servicios ofertados mediante ésta, por lo que es considerada como el medio en cómo se ofertan a partir del uso de una serie de elementos visuales, gráficos y auditivos.

En relación con el comercio electrónico, se debe indicar que éste además de englobar lo concerniente al contrato electrónico, a su vez engloba todos aquellos aspectos y/o actividades propias del negocio electrónico entre las cuales se encuentra la publicidad, que como ya se anotó, se encarga de meros efectos de publicitación y de persuasión, ya que “bajo la denominación de comercio electrónico se distingue el basto conjunto de actividades con finalidad mercantil que se desarrolla mediante el uso de sistemas de procesamiento de datos y de comunicaciones” (Millé, 1998, como se cita en Burgos Puyo, 2003, 253).

Dentro de los tipos publicitarios usados en el internet como actividad de comercio electrónico, es necesario establecer que ésta se desarrolla a través de unas modalidades y conductas inminentemente conexas con aquellas que ya se abordaron plenamente, a saber: la publicidad con incentivos, comparativa, con imágenes, y excluyente, las que no son a primera vista un ejercicio de publicidad engañosa; no obstante, y para el caso de la publicidad en internet, ésta se identifica en razón a la actividad o inactividad del usuario tal como lo afirma Rodríguez (2001, 247), encontrándose:

- 1) Publicidad agresiva: que surge a partir del envío indiscriminado de información publicitaria a los correos o móviles de los usuarios que se encuentran en una base de datos previamente conformada, lo que es denominado como *spam*, propia de la actividad denominada *spamming*, que se define en términos generales, como la publicidad no solicitada y que es recibida. (Rodríguez; 2001)
- 2) Publicidad web: que es identificada como un tipo de publicidad estático en razón a que ésta se encuentra depositada en una página web creada con anterioridad a la cual acceden los usuarios de manera voluntaria o por remisión de un *link* o hipervínculo alojado en un buscador web o en otra página que remite (Rodríguez; 2001)

En cuanto a las conductas publicitarias en el internet, tal como ya se referenció sucintamente, se tienen en cuenta que éstas son ejercidas y/o ejecutadas directamente por el productor, colocador y/o distribuidor de los elementos publicitarios, encontrándose entre éstas las conductas de *spamming*, los *metanames*, los *banners* y los *cookies* (Rodríguez; 2001) y las *pop up ads*, los cuales tampoco son, en principio, publicidad engañosa, sino que el juicio de ilicitud o engaño dependerá el análisis del caso concreto.

4.1.1. Tipología publicitaria en el comercio electrónico y sus implicaciones engañosas

Como se referenció líneas arriba, en el comercio electrónico a nivel publicitario se ejerce una serie de conductas determinativas del tipo de publicidad que se puede realizar con la ayuda de los medios electrónicos y de la red virtual, que tal como se indicó se establecen en cinco tipos, los que se tratarán a continuación y con sus implicaciones engañosas.

4.1.1.1. El *Spamming* y la publicidad engañosa

El *spamming*, tal como ya se precisó, es la actividad que implica el envío indiscriminado de publicidad a una serie de personas que se encuentren en una base de datos previamente elaborada, que puede ser a nivel de correos electrónicos o a nivel de números móviles a través de mensajes de textos simple (SMS) o multimedia (MMS), siendo hoy en día conocida como correos y/o mensajes no deseados, en los que el coste de recepción del *spam* o del correo/mensaje no deseado recae sobre el usuario o destinatario (Rodríguez; 2001),

comoquiera que el emisor únicamente envía la información o pieza publicitaria a quien se encuentre en la lista previamente definida.

Respecto del *Spamming*, se debe indicar que en Colombia, a nivel legal, no existe una previsión legal que prohíba el envío de *spam* publicitario a través de correos, como quiera que la Ley 527 de 1999 nada indicó sobre ello, pero sí existe una previsión legal respecto de la protección y el manejo de los datos personales, contenidos en la Ley 1581 de 2012 y el Decreto 1377 de 2013, que pueden ser aplicados al respecto cuando exista un manejo indebido de los elementos sensibles de información y de datos personales de usuarios, clientes y/o consumidores, y sea a partir de éste actuar irresponsable que se obtenga y/o comercialice las bases de datos con el objeto de ser explotadas económicamente para el envío indiscriminado de *spam* publicitario.

Por su parte, en el ámbito de las telecomunicaciones móviles, además de aplicarse lo relacionado a la protección de datos anteriormente anotadas, la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC- a través de las resoluciones 2229 de 2009 y 3066 de 2011 reguló la temática del envío de la publicidad a través de mensajes de datos simples (SMS) o Multimedia (MMS), en la que permitió que los usuarios de servicios de comunicaciones móviles eligieran si deseaban recibir o no publicidad en sus teléfonos móviles, así como prohibió que se enviaran mensajes de contenidos pagos si el usuario anteriormente no los aceptada y/o solicitaba, limitándose así la posibilidad de que se envíen y se reciban datos publicitarios indiscriminados a través de mensajes publicitarios.

Ahora bien, y posterior al análisis propio de lo que significa el sistema de *Spamming* en la publicidad, se debe presentar y analizar aquellos elementos negativos que tiene éste tipo de actividad en contra del consumidor y de la empresa misma en razón a la afectación a la libre competencia económica, de lo que se desprende el ulterior estudio en torno a la publicidad engañosa que en éste sistema podría existir. En tal sentido, y para efectos del análisis de los aspectos negativos se establecerán unas perspectivas de examen en torno a: 1) la molestia causada, 2) la injerencia y/o afectación empresarial y 3) la afectación al consumidor.

La molestia causada, desde una óptica que permite analizar lo nocivo o lo negativo de la publicidad enviada a través del sistema *spamming* viene a develarse en razón a la recepción continuada de mensajes publicitarios, bien sea en el correo electrónico o en el móvil a través de SMS y MMS, con lo que se causa una molestia injustificada a quien lo padece, comoquiera que ése sujeto además de estar expuesto a una cantidad de información innecesaria, puede llegar al extremo de confundirse e ignorar lo importante por estar prestando atención a lo que es basura en razón al grado de saturación existente, como lo enseña Rodríguez (2001, 260).

Un tema u óptica álgida de discusión, en torno a la publicidad enviada a través del *Spamming*, surge cuando ésta trasgrede el ámbito personal descrito anteriormente y se entromete en el ámbito profesional o empresarial, lo que podría causar una serie de daños para la empresa en sí misma en razón a la saturación de los sistemas móviles y electrónicos comoquiera que la proliferación de correos electrónicos en contra de la empresa, con información y publicidad basura, puede no sólo afectar el ánimo de los trabajadores, sino que también puede llegar a afectar los sistemas internos al punto en que éstos puedan colapsar en razón a la carga de información. Asimismo, el *Spamming* es asociado no sólo con información publicitaria, sino que también a ésta se le pueden incluir una serie de virus informáticos con la finalidad de atacar la estructura virtual de la empresa, lográndose no sólo la perpetuación de una actividad ilícita de publicidad, sino que también podría atacar directamente aspectos de alta sensibilidad como serían las bases de datos de clientes, consumidores, proveedores, acreedores, entre otros, y con ello extraerse datos de propiedad industrial e intelectual y ser explotado por terceros en contra de ésta, constituyendo así una violación a la libre competencia económica conforme a los actos/conductas lesivas de ésta y que están contenidas en la legislación nacional vigente.

En materia del consumidor, se podría establecer que la conducta negativa del *Spamming* de publicidad podría lugar a la afectación de los derechos del consumidor, que además de ser afectado por la cantidad de mensajes o correos que lleguen a sus dispositivos móviles, podría cometer errores a la hora de elegir entre las ofertas y con ello tener pleno conocimiento de qué va a consumir, a quién le compra, y lo más importante, la seguridad y la fiabilidad de que no será estafado al aceptar adherirse a algunos de los contratos de compraventa de bienes y productos o de la prestación de servicios que le ofertan. En tal sentido es vital analizar que la mayor afectación con el consumidor es debido al error/confusión en que puede llegar a incurrir éste al elegir.

Conexo de las afecciones anteriormente analizadas, se debe tener en cuenta que lo negativo del sistema *Spamming* parte de la facilidad en que es enviada la información a través de la internet, bien sea a través de correos electrónicos (E- mails) o mensajes SMS o MMS, en razón a que éstos mensajes no tienen un modelo a seguir, y menos aún existe a nivel nacional, ni a nivel internacional, una institución y/u organización que filtre la información antes de ser colocada en la red, por lo que constituye el internet un sistema abierto de información, implicando esto que la publicidad engañosa se configuraría de la misma forma en que se configura por los medios físicos, esto es, a partir del uso de publicidad para afectar al consumidor y/o a las empresas en específico.

En conclusión, se debe tener en cuenta que lo que dista entre la publicidad física y la virtual propia del comercio electrónico es el medio en que ésta se crea y se distribuye, comoquiera que en éstas también se ejerce la publicidad engañosa tal como sucede con el sistema *spamming* de publicidad, en la que también es ejercida la publicidad engañosa que se definieron como “casos genéricos”, entre los que se encuentran la publicidad con omisión de la información de bienes, productos y servicios; la publicidad con información en idioma diferente al castellano; la publicidad con inexistencia de información completa sobre las restricciones, limitaciones, excepciones y/o condiciones para la adquisición del producto, bien o servicio; la publicidad con ofrecimiento de bienes, productos y servicios con deficiencias que no se encuentran establecidas en la publicidad o propaganda comercial; la publicidad con ofrecimiento a título gratuito de bienes, productos y servicios en la publicidad, ajustándola al cumplimiento de unos requisitos y/o condiciones comerciales no definidas y esclarecidas para el consumidor; y la publicidad con ofrecimiento de incentivos que se trasladan al consumidor.

4.1.1.2 Los Metanames y la publicidad engañosa

Los *metanames* hacen referencia a la introducción de un lenguaje reconocible para los ordenadores que no se muestra a simple vista para los usuarios, y que es a su vez reconocible para los buscadores existentes en el internet y que permiten ubicar a las páginas que tengan la información relacionada con el concepto solicitado por el usuario (Vega Vega; 2005).

En tal sentido, y a manera de una mayor ejemplificación, se debe tener que los *metanames* visualmente se ven así:

```
HTML LANG=Spanish><HEAD>
<title>Belt Ibérica S.A. Analistas de Prevención y Protección</title>
<meta name="title" content="Belt Ibérica S.A. Analistas de prevención
y protección">
<meta name="DC.Title" content="Belt Ibérica S.A. Analistas de
prevención y protección">
<meta name="author" content="Autor">
<meta name="DC.Creator" content="Autor">
<meta name="keywords" content="Seguridad, protección, prevención, belt
iberica, emergencias">
<meta name="description" content="Belt Ibérica S.A., analistas de
prevención y protección, cursos superiores, riesgos laborales,
seguridad">
```

28

Figura 2. Metanames.

²⁸ Tomado de: Belt Ibérica S.A Los Metatags, posible vulneración de los derechos de Propiedad Intelectual [En línea: http://www.belt.es/expertos/HOME2_experto.asp?id=2155]

Ahora bien, en materia de la ilicitud del uso del *metanames*, se debe establecer que éstos en sí mismo no son ilícitos pero pueden “conllevar infracciones de derechos de marca o también incluso de la normatividad publicitaria, pues puede considerarse una modalidad de publicidad engañosa” (Rodríguez, 2001, 257), comoquiera que éstos son utilizados para darle mayor visibilidad a las páginas web a través de palabras que son denominadas como “ganchos” para atraer usuarios y futuros consumidores, y que pueden hacer expresa referencia al nombre de un producto, de una marca o de una empresa, lo que de manera directa puede llegar a afectar el derecho de propiedad industrial, en específico lo relativo a las marcas y signos distintivos.

De lo preliminar, y respecto de la posible violación de los derechos del consumidor y de la libre competencia económica, se tiene que en efecto y en relación con el consumidor, el uso indiscriminado de frases o palabras para hacer más visible a una página web puede dar lugar a la confusión del consumidor quien al pretender buscar una marca en específico puede llegar a una página web que promocione un producto similar o copia del esperado, lográndose así violentar sus derechos al lograr la confusión y el error de éste sobre el producto, bien o servicio, así como sobre la empresa/industria. De la misma forma, y conexas con lo indicado para el caso del consumidor, respecto de la libre competencia económica y de la protección de la empresa, se expresa que al usarse nombres, palabras o signos distintivos propios de una empresa o marca registrada, se estaría cometiendo actos y/o conductas en contra de la libre competencia económica tal como se encuentran tipificadas en la legislación nacional, como lo sería la desviación de la clientela, la explotación de la reputación ajena, el uso de signos distintivos ajenos, los actos de engaño y confusión, como lo define la Ley 256 de 1996.

4.1.1.3. Los *Banners* y la publicidad engañosa

Los *banners* deben ser entendidos como aquellos gráficos, textos u imágenes que tienen una finalidad publicitaria que contienen en sí mismo un *link* o hipervínculo a remitir, lo que permite que quien les dé *click* o tan siquiera los toque, sea dirigido de manera automática a la página web de su dominio. Entonces, el *banner*, tiene la finalidad de captar la atención del usuario para que éste se vea motivados a adquirir los bienes, productos y servicios ofertados mediante estos y que son ampliados, en la oferta, en la página web a la que son dirigidos.

Gráficamente los *banners* se verían de ésta forma



29

Figura 3. Banners

Analizándose su peligrosidad, como mecanismo para violentar los derechos de los consumidores y de la libre competencia económica, es necesario estudiar a profundidad lo que el *banner* oferta con lo que realmente se encuentra ubicado en la página web a la que éste remite, ya que las informaciones pueden ser disimiles, o pueden estar sujetas a condiciones no especificadas en el banner, lográndose así la violación de los derechos del consumidor.

A su vez, y en el plano de la libre competencia económica, los *banners* pueden dar lugar a los actos de comparación, de la desviación de clientela, de engaño, entre otros, en razón a que éstos cumplen en sí un papel de publicitación de los bienes, productos y servicios ofertados, los que pueden ser usados en contra de empresas, marcas, productos, bienes y servicios en específicos, pensemos, por ejemplo, en el caso de la publicidad comparativa mediante *banners* que contenga información desprestigianete y/o falsa.

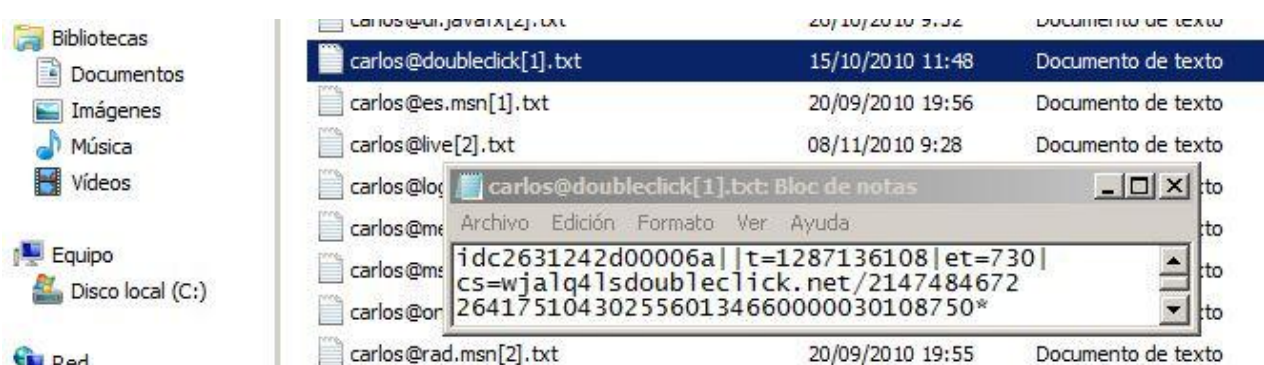
4.1.1.4. Los Cookies y la publicidad engañosa

Los *Cookies* deben ser entendidos como aquellos “pequeños ficheros de datos que se generan a través de las instrucciones que los servidores web envían a los programas navegadores, y que se guardan en un directorio específico del ordenador del usuario” (Ribas, como se cita en Rodríguez, 2001, 259), los que son en efectos los rastros de navegación de las personas en la

²⁹ Tomado de: Summarg. Banners publicitarios para utilizar de base. [En línea: http://www.summarg.com/wp-content/uploads/2012/10/discount_banners.jpg]

red, comoquiera que éstos permiten medir, entre otras cosas, las preferencias de los usuarios, y por ende se ajustan a esto y a las preferencias las páginas web que podrían aparecer en un buscador, así como la publicidad enviada a través del sistema de *spamming*, entre otros.

En sí, los *cookies* se aprecian de la siguiente forma



30

Figura 4. Cookies.

Como se señaló, las *cookies* permiten establecer y diferenciar las preferencias de los usuarios que navegan en el internet, comoquiera que éstos son ficheros que permiten definir los gustos y las predilecciones de los usuarios, lo que podría constituir una violación al derecho de la intimidad de éstos (Rodríguez; 2001) en razón a que están siempre expuestos a una valoración, a una medición y a una intrusión por parte las páginas web y quienes las manejan para establecer políticas de mercadeo y de marketing, lo que podría ocasionar que los usuarios, con sus gustos y preferencias ya definidos por las *Cookies*, sean “sometidos a envíos masivos de publicidad no solicitada ni deseada” (Rodríguez, 2001, 259) ya que el primer eslabón del marketing y del mercadeo publicitario es establecer los gustos y preferencias y luego atacar al consumidor para ofrecerle una gran cantidad de bienes, productos y servicios, que sí bien no podría necesitar, éste podría terminar adquiriéndolos en razón a la falsa necesidad que la publicidad le genera, generándose entre otras cosas el engaño, el error, y un consumismo innecesario.

De la misma forma, los *Cookies* como sistema de publicidad, al tener en claro las preferencias y gustos de los consumidores, puede servir como limitación para que al consumidor le sean ofrecido otros bienes, productos y servicios, ya que éstos permiten una remisión inmediata y automática a aquellas páginas web con contenidos ofertados para que

³⁰ Ciberconta. El comercio electrónico de la empresa. IIIC publicidad, las cookies. [En línea: <http://ciberconta.unizar.es/leccion/econta/321.HTM>]

éstos los adquieran logrando dispersar y desviar la clientela al “ajustar” la publicidad y ofertas que reciben según sus gustos comunes y constante.

4.1.1.5. Los *Pop up ads* y la publicidad engañosa

Las *pop up ads* son “pequeñas ventanas publicitarias que se despliegan cuando una persona accede a algunos sitios en internet” (Imbachí Cerón, 2008, 446), teniéndose en cuenta éstas como ‘ventanas emergentes de publicidad’, las que son establecidas y alojadas en las páginas web y son activadas apenas el usuario accede a las páginas donde éstas se encuentran, plagando al usuario de una serie de ventanas o páginas con contenido publicitario.

Sostiene Sánchez Iregui (como se cita en Imbachí Cerón, 2008, 446) que los *pop up ads* son anuncios de bienes, productos y servicios en el internet colocados por parte del propietario de la página o por parte de terceros con el fin de dirigir al usuario que clickea sobre éstos a una página web determinada donde se encuentra lo publicitado. Aunado a lo anterior, estos mensajes publicitarios emergentes son identificados en el medio tecnológico e informático como intrusos web que alojan ciertos tipos de virus informáticos y programas de espionaje tales como los *spyware* que no sólo podrían atentar contra la intimidad del usuario digital, sino que también podrían ir en contra de la empresa misma, comoquiera que las ventanas emergentes, al no tenerse el debido sistema de protección (programas antivirus o anti espías) pueden lograr vulnerar el sistema virtual de éstas y obtener información sensible de la organización, con ello materializándose una afectación mayor de la empresa.

Entonces, los *pop up ads* gráficamente son vistos así,



Figura 5. Los pop up ads.

Ahora bien, en el plano de la intrusión en contra del usuario-consumidor al que se dirigen éstos contenidos publicitados, es necesario analizar que éstos al alojar información emergente, y con la ayuda de sistemas informáticos virales, pueden dar lugar a la violación de los derechos del consumidor, entre los que se encuentra la información y la intimidad del mismo, además que resulta siendo molesto para quien lo sufre. Asimismo, y en el contexto de la protección de la libre competencia económica, a través de los *pop up ads* se puede alojar información falsa, errónea y tergiversa en contra de ciertos productos, bienes y servicios, con la finalidad de desviar a la clientela, además que y con los virus informáticos pueden violentar la seguridad de éstas a tal punto de colapsar sus sistemas y robar entre otras cosas los secretos empresariales, sus bienes intangibles, e incluso sus preciadas base de datos, ellos como actos que buscan desestructurar a la empresa/industria.

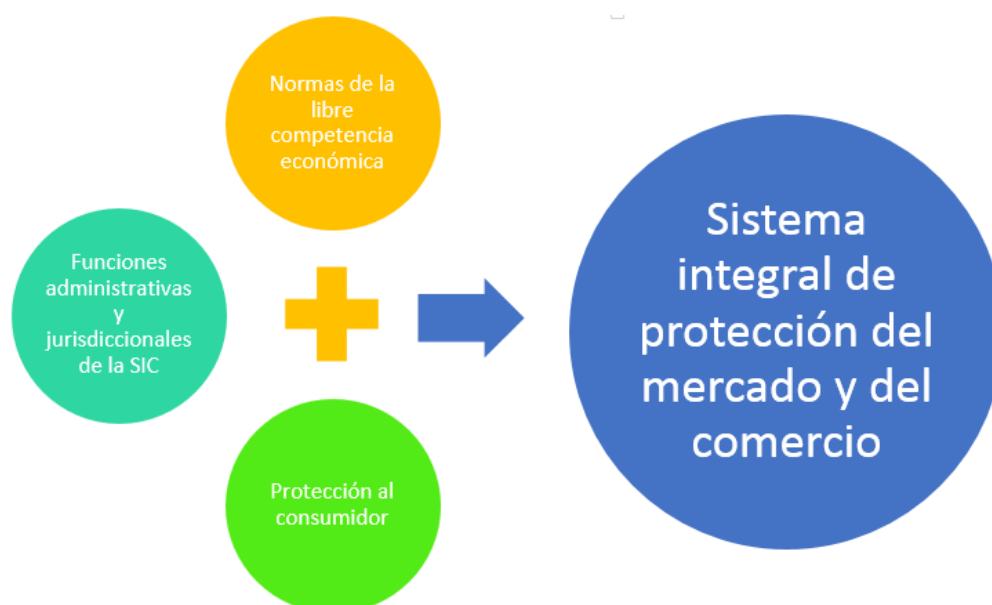
4.2. El sistema de protección de la empresa y del consumidor cuando en el comercio electrónico cuando se ejerce la publicidad engañosa

Legalmente, en Colombia existe basta legislación disponible para la protección de la empresa en el seno de la competencia económica y del consumidor, la cual ya fue abordada cuando se estudió los fundamentos jurídicos constitucionales de éstas dos formas de protección, las que son de conocimiento por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- como Autoridad Nacional de protección de la competencia y del consumidor conforme a lo

³¹ Tomado de: I100. The man who invented pop-up is sorry. Apology no accepted. [En línea: <http://i100.independent.co.uk/image/27060-1bjoe0m.jpeg>]

dispuesto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 256 de 1996, la Ley 446 de 1998, la Ley 1340 de 2009, y la Ley 1480 de 2011, las que hacen referencia a los actos/conductas lesivas de la libre competencia económica y de los derechos del consumidor. Asimismo, el Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010 estableció que la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- tiene la función de “velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales” (Superintendencia de Industria y Comercio, Sf), conocer “de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales”(Superintendencia de Industria y Comercio, Sf) y dar trámite a aquellas quejas “que sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.” (Superintendencia de Industria y Comercio, Sf).

Es de lo exteriorizado, que ambos sistemas de protección proporcionan un marco jurídico normativo para la protección de quienes participan en la balanza del mercado, cada uno a su extremo respectivo según su cualificación y quehacer, por lo que nos encontramos ante un sistema integral de protección del mercado y del comercio mismo, en razón a las disposiciones ya aludidas y al quehacer administrativo y jurisdiccional de la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC-.



32

Figura 6. Sistema integral de protección del mercado y del comercio.

³² Creación propia.

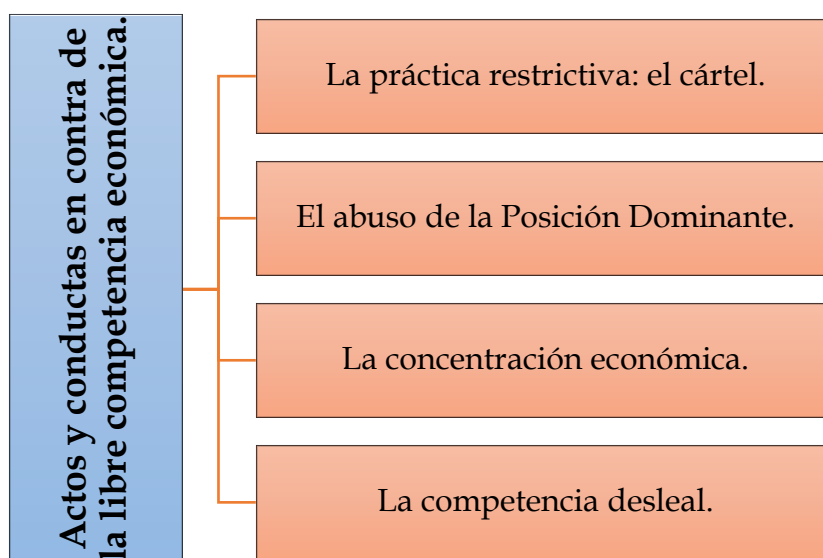
Ahora bien, respecto de la publicidad engañosa, se debe tener en cuenta que el Decreto 3466 de 1982 en su literal d) definió a la publicidad de la que surge ésta primera como malversación de la segunda. Al respecto, la Ley 1480 de 2011 exteriorizó en su artículo 5º numeral 13 la definición propia de la publicidad engañosa al indicar que ésta es “aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”, así como estableció un régimen de responsabilidad solidaria entre el publicitador y el publicitario que engañen con la publicidad al consumidor tal como ya se explicó anteriormente.

Ahora bien, ¿con cuáles mecanismos cuentan las empresas y los consumidores para proteger a la libre competencia económica y sus derechos de la publicidad engañosa en el seno del comercio electrónico? En este sentido se debe tener en cuenta, inicialmente, que la Superintendencia de Industria y Comercio está no sólo facultada en el ámbito administrativo, sino que como Autoridad de la protección de la libre competencia económica y de protección al consumidor, tiene la competencia para ejercer labores de investigación y de juicio como entidad jurisdiccional que puede imponer multas y/o sanciones a título del incumplimiento de la norma jurídica vigente.

Al respecto tenemos que en los casos en los que exista violación a la libre competencia económica y del consumidor se deben tener en cuenta las normas jurídicas existentes que dan lugar y vía a las denuncias y/o demandas según el caso, por lo que al respecto se establecerá que una distribución temática para comprender el cómo se protege a la libre competencia económica y a los derechos del consumidor en el comercio electrónico cuando en éste se ejerce la publicidad engañosa, atendiendo a la pregunta evidenciada.

4.2.1. La protección de la libre competencia económica en el comercio electrónico cuando se ejerce la publicidad engañosa

La protección de la libre competencia económica en el ordenamiento jurídico parte, como ya se indicó, de la legislación nacional disponible que establece, tipifica y proscribe ciertos tipos de conductas y/o actos que resultan lesivas de ésta, entre las que se encuentran,



33

Figura 7. Actos y conductas en contra de la libre competencia económica

Los anteriores actos/conductas lesivos de la libre competencia económica tienen la finalidad de limitar el desarrollo del mercado mismo a partir de aquellas actividades y conductas proscritas que terminan implicando una limitación para la empresa, en cuanto a su creación, desarrollo y la actividad económica que ejercen, comoquiera que éstas deben obtener un ingreso para sus operaciones lo que se logra a partir de la colocación en el comercio y en el mercado de los bienes, productos y servicios que producen, distribuyen o comercializan, para la adquisición por parte de quienes serán identificados como los consumidores. De la misma forma, éstos actos limitan las posibilidades de adquisición de los consumidores ya que la protección de la competencia tiene no sólo implicaciones de índole empresarial, sino que ésta a su vez tiene implicaciones positivas para quienes consumen dado que permite que existan condiciones óptimas de mercado que permitan la existencia de una gran cantidad de oferentes.

En el marco legal colombiano, como ya se expresó, existen diversas leyes que tratan de manera directa estos actos/conductas en contra de la empresa, del comercio y del mercado, entre las que se encuentran la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 256 de 1992, la Ley 446 de 1998 y la Ley 1340 de 2009, las que “prohíben todas las conductas que impliquen restricciones o limitaciones por parte de los participantes en el mercado al derecho constitucional a la libre competencia, contemplando además los procedimientos tendientes a

³³ Creación propia.

determinar la comisión de infracciones y las correspondientes sanciones” (Superintendencia de Industria y Comercio, Sf), así como aquellas que implican competencia desleal.

En tal sentido, se tiene que,

Cuadro 8. Leyes vigentes sobre competencia económica.

Ley	Acto/conductas proscritas
Ley 155 de 1959	Esta Ley establece las prácticas comerciales restrictivas en su artículo 11, en las que se encuentran los medios o sistemas que buscan la confusión empresarial y de los consumidores frente a los bienes, productos y servicios. De la misma forma aquellos que están encaminados a la desacreditación, la desorganización empresarial, la desviación de clientela, la falta o falsa información, y los actos que cometen aquellos que integran a la empresa en sus cargos de dirección, confianza y manejo, y de aquellos que socios y de están y ejecutan actividades en contra de la misma y que se encuentran tipificados en ésta ley y en las posteriores.
Decreto 2153 de 1992	Proscribe los acuerdos que busquen limitar la libre competencia económica tal como lo indica el artículo 47, 48 Y 50, entre los que se encuentran los acuerdos empresariales ³⁴ , los actos/conductas restrictivas de la libre competencia económica ³⁵ y el abuso de la posición dominante ³⁶ .

³⁴ Los que buscan “fijar directa o indirecta los precios de bienes y servicios, determinar las condiciones de venta o condiciones de comercialización que sean discriminatorias para con terceros, repartir mercados entre productores o entre distribuidores, asignar cuotas de producción o cuotas de suministro; asignar, repartir o limitar fuentes de abastecimiento de insumos productivos, limitar desarrollos técnicos, subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no constituyan el objeto del negocio, o los acuerdos para lograr ventas atadas; abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción, coludir en licitaciones o concursos públicos o lograr la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas; impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.” (Superintendencia de Industria y Comercio).

³⁵ Entre los que se encuentra “infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor, influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios, y negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.” (Superintendencia de Industria y Comercio)

³⁶ La que se define en la posibilidad que tiene la empresa en definir los precios de mercado de manera total o parcial en contra de otros competidores y del mismo mercado, prohibiéndose “la disminución de precios por debajo de los costos, también llamados precios predatorios, la aplicación de condiciones discriminatorias para

Ley 256 de 1996	Estableció el régimen de competencia desleal que tiene impacto sobre la economía, el mercado y en contra de la libre competencia económica, encontrándose desde el artículo 7 al 19 la prohibición general, los actos de desviación de clientela, los actos de desorganización empresarial, los actos de confusión, los actos de engaño, los actos de descrédito, los actos de comparación, los actos de imitación, los actos de explotación de la reputación ajena, los de violación de secretos empresariales; los actos de inducción a la ruptura contractual, los actos de violación de normas, y los pactos desleales de exclusividad.
Ley 446 de 1998	Esta ley establece las funciones y las facultades como órgano jurisdiccional de la Superintendencia de Industria y Comercio conforme lo indica el artículo 143 y 144, que son relativos a la competencia desleal prevista en la Ley 256 de 1996. De la misma forma, el artículo 145 le reconoció atribuciones de protección al consumidor conforme a la ley vigente, que para el momento era el Decreto 3466 de 1982, siendo hoy en día la Ley 1480 de 2011.
Ley 1340 de 2009	Esta norma estableció que la Superintendencia de Industria y Comercio “impondrá multas a personas jurídicas y naturales por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluyendo la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones adelantadas por la Entidad, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de la aprobación de una integración bajo condiciones especiales o la terminación de una investigación por aceptación de garantías”

operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones similares; la subordinación del suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio; la venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado; vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción, y obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.” (Superintendencia de Industria y Comercio).

	(Superintendencia de Industria y Comercio)
Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010	Indicó que “es función de la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, "velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales", conocer "de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales" y dar trámite a aquellas quejas "que sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica." (Superintendencia de Industria y Comercio)

Respecto de las acciones para la protección al consumidor, se debe precisar que éstas se encuentran permitidas en las leyes anteriormente citadas que fijan las facultades y competencias de la Superintendencia de Industria y Competencia –SIC- como órgano jurisdiccional para conocer de los casos en que se está vulnerando la libre competencia económica, indicándose que “para el trámite de la Acción Preventiva o Declarativa y de Condena por actos de competencia desleal, deben tenerse en cuenta el artículo 75, las demás normas concordantes y las disposiciones del proceso verbal sumario del Código de Procedimiento Civil, la Ley 256 de 1996 y la Decisión Andina 486 de 2000” (Superintendencia de Industria y Comercio, Sf), así como se debe tener en cuenta la demás normatividad para la protección de la libre competencia económica según el caso concreto, lo que es en efecto una acción jurisdiccional de conocimiento de éste órgano en sus funciones con base a la Ley 1340 de 2009, derogantes y concordantes.

Entonces, en el marco de la protección de la libre competencia económica en el seno del comercio electrónico, cuando éste se ejerce la publicidad engañosa, se debe partir por indicarse que ésta actividad, la de publicitar engañosamente, aunque no se encuentre establecido directamente en las normas anteriormente citadas como un acto/conducta lesiva de ésta, se encuentra cobijada dentro de las normas en razón a los efectos que ésta trae consigo, lo que es, en efecto, un análisis holístico de la norma contrastado con la actividad lesiva que se ejerce.

En tal vía, tal como ya se explicitó al analizarse la publicidad engañosa a la luz de la legislación sobre competencia económica, ésta es un acto/conducta desleal y restrictivo de la

competencia económica y comercial, por lo que a las empresas les queda la vía jurisdiccional cuando en contra de ellas se ejerce esta actividad engañosa y por ende se le causa perjuicios, así sea en el plano del comercio electrónico, toda vez la legislación existente se aplica independientemente del medio en que se realicen o ejecuten los actos comerciales y publicitarios, en aplicación al principio de la supremacía del derecho frente a las formas, encontrándose que el uso de los medios electrónicos y el lenguaje de datos binarios es únicamente una forma de comercio, sin que disten las posibilidades transaccionales y contractuales entre uno y otro.

Como corolario, en el comercio electrónico, cuando se ejerce la publicidad engañosa en contra de las empresas le es aplicable la totalidad de las normas existentes para la protección de ésta y de la empresa, que ya como se indicó resultan siendo un principio de carácter constitucional que incluso podría llegar a ser *ius fundamental* cuando con la vulneración de éste se violan a su vez derechos de carácter fundamental conforme a lo expresado por la Sentencia SU-157 de 1999.

4.2.2. La protección del consumidor en el comercio electrónico cuando se ejerce la publicidad engañosa

En materia de protección al consumidor, se debe indicar que existe en Colombia una legislación aplicable cuando se violentan los derechos de éstos en el seno del comercio, incluido el electrónico, lo que se encuentra en la Ley 1480 de 2011.

En el marco de la publicidad engañosa, se debe indicar que la Ley 1480 de 2011, además de establecer la definición de ésta, también señala un marco de responsabilidad tanto para el empresario y el publicitador, ya que se sobre entiende que la publicidad tiene efectos vinculantes para estas partes conforme lo expresa el artículo 29 de la Ley 1480 de 2011, de la que se deriva que ésta debe ser cumplida de manera cabal, y que en caso contrario se generan daños al consumidor como es ordenado por el artículo 33 ibídem. Asimismo, y como se indicó tangencialmente, existe una responsabilidad solidaria entre los productos, comercializadores y/o distribuidores de bienes, productos y servicios respecto de los que crean la publicidad frente a los engaños y daños al consumidor.

En conexión directa, la protección del consumidor se ejerce en los escenarios del comercio físico y del virtual, en razón a que la protección del consumidor es extensiva incluso frente a ésta última forma de comercio, en razón a que el consumidor y sus derechos son normas de carácter fundamental y de sentido público de estricto cumplimiento, expresándose

que la claridad normativa permite afirmar que la protección incluye todos los ámbitos comerciales, sin importar la forma, y el donde se ubique un consumidor dentro de la relación de consumo.

Por su parte, y en materia jurisdiccional, ya se indicó que la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- tiene facultades y/o competencias delegas y otorgadas por la legislación existente en materia del consumidor y de la protección de sus derechos, y por lo tanto para el “trámite de las Acciones de Protección al Consumidor deben consultarse, principalmente, el artículo 75 del C.P.C., los artículos 56 y 58 de la Ley 1480 de 2011” (Superintendencia de Industria y Comercio, Sf), con lo que el consumidor puede acudir ante la denuncia o a la demanda para el caso específico de la publicidad engañosa.

La denuncia, entonces, opera cuando se busca proteger el interés general y los derechos de todos los consumidores cuando presuntamente se está ejerciendo la publicidad engañosa, por lo que la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce actividades investigativas para determinar la existencia o no de publicidad engañosa con la que decidirá si abrir un proceso sancionatorio formal en contra de la empresa que ejerza esta conducta. Mientras que la demanda es una acción judicial en la que el consumidor “busca la reparación o cambio del bien o la devolución del dinero pagado a través de la efectividad de la garantía” (Superintendencia de Industria y Comercio, Sf) así como la condena al pago de indemnizaciones a que haya lugar, entre otros.

Finalmente, se recalca que la protección del consumidor, cuando se ejerce la publicidad engañosa en el comercio electrónico, le es aplicable la legislación existente sin importar la forma en el que se exprese, se realice, se concrete o se ejecute el comercio, comoquiera que los derechos éstos sujetos son de carácter fundamental y por ende la hermenéutica implica que la normatividad vigente sea interpretada de manera sistemática y en concordancia con la Constitución, por lo que se hace extensivo la aplicación jurídica normativa de protección al consumidor incluso en el escenario virtual.

4.3. Conclusiones parciales

De lo expresado, se desprenden que en el ámbito jurídico nacional existen normas jurídicas que buscan la protección de la libre competencia económica y de la protección del consumidor en diversos escenarios entre los que se encuentra el escenario del comercio electrónico, el cual, y como ya tantas veces se ha indicado, no dista del comercio comúnmente conocido, por lo que le es aplicable, en principio, la normatividad existente por sustracción de

materia, ya que predominan los principios constitucionales frente a la formalidad del comercio, esto es: el cómo es ejercido, y por lo tanto se protege a la empresa/industria y al consumidor en el seno del comercio electrónico cuando se ejerce la publicidad engañosa, la que configura actos y/o conductas lesivos de la competencia y del consumidor tal como ya fue analizado.

En la misma vía, se debe apreciar que la publicidad engañosa no sólo tiene efectos a nivel administrativo y/o jurisdiccional en las competencias que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- respecto de la libre competencia económica y del consumidor, sino que ésta también constituye un delito de carácter penal como se expresa en el artículo el artículo 300 del Código Penal, el que tipifica como delito al ‘ofrecimiento engañoso de productos y servicios’ obteniéndose de esta conducta punible una sanción de carácter económico en contra de los productores, distribuidores y comercializadores que engañen al consumidor y que afecten con esto a la libre competencia económica al ofrecer bienes, productos o servicios sin que éstos constituyan en término de calidad, cantidad, composición, e idoneidad, a lo indicado en la publicidad.

5. Conclusiones

De lo anteriormente dispuesto, determinado y estudiado en la presente tesis, se debe tener en cuenta que el marco normativo existente para la protección de la libre competencia económica y del consumidor buscan amplificar los postulados constitucionales relativos a los derechos económicos reconocidos y permitidos en Colombia, comoquiera que éstos integran el marco normativo empresarial, los que permiten la libre actividad económica y con ello la constitución de las empresas como expresión de la libre iniciativa empresarial, asistiéndole al Estado la obligación de ejercer control, inspección y vigilancia como director de la economía y como policía administrativo, dado que ésta actividad de control se fundamenta en el principio de intervención del Estado en la economía y en sus ciclos a partir de una serie de normas de orden constitucional y legal, así como a partir de las obligaciones internacionales que imponen al Estado el desarrollo de una serie de políticas públicas con miras a la integración internacional.

En tal sentido aparecen dos tipos de normas positivas en el ordenamiento jurídico colombiano que permiten la intervención estatal activa, que constituyen los dos grandes sistemas positivos que en últimas protegen al comercio y al mercado mismo, y que además tienen loables intenciones por cuanto buscan proteger a la libre competencia económica (Derecho de la Competencia) así como los derechos del consumidor (Derecho del Consumo) en el tránsito de la relación de consumo propiamente dicha, circunscribiéndose éstos dos sistemas como normas jurídicas eficientes para tales efectos, que no sólo acogen esas temáticas sino que también acogen aspectos importantes como lo son el comercio electrónico tan de boga hoy en día, así como lo referente a la publicidad, entendida ésta como el sistema que da visibilidad a las empresas en cuanto a los bienes, productos y servicios que éstas producen, comercializan y distribuyen.

No obstante, se debe tener en cuenta que el desarrollo propio de esta legislación, tal como se demostró, inició a partir de los postulados internacionales que buscaron una activa participación e integración comercial de las anteriores economías cerradas a través de impulsos y postulados de equidad, lealtad, derechos reconocibles y obligaciones para los interviniente en el mercado como lo señala la OCDE a partir de una serie de directrices que establecen el deber ser de la actuación empresarial en el mundo contemporáneo de la globalización; las que fueron adoptadas plenamente por Colombia y que sostienen, en materia de protección de la libre competencia económica y del consumidor, que las empresas deberán garantizar unos derechos mínimos para los consumidores en cuanto a sus derechos, al acceso

de la información, a la garantía de un consumo acorde a las necesidades, que sea saludable y que se circunscriba a las prácticas legales y comerciales tanto nacionales como internacionales. Asimismo, en el seno de la competencia económica empresarial, señala la OCDE que éstos sujetos empresariales deberán atender de manera concreta y directa las disposiciones normativas preexistentes con miras a no ejercer actos y/o conductas que resulten lesivas y restrictivos de la competencia entre las que se encuentran la prohibición de la fijación de precios, las limitaciones colusorias, entre otras (OCDE; Sf).

Procediéndose, entonces, en el marco jurídico de la protección del consumidor y de la libre competencia económica, existen ciertas normas que ofrecen no sólo un decálogo de derechos sino también de una serie de obligaciones sujetas a lo expresado por la Ley 1480 de 2011 en materia del consumidor, la que estableció el sistema general de protección de los sujetos débiles en la relación del consumo (consumidor) frente a los actos en contra de éstos en que pueden incurrir las empresas en el seno precontractual, contractual y pos contractual. Asimismo, en el seno de la actividad empresarial, ésta ha sido regulada plenamente por las leyes 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 256 de 1992, la Ley 446 de 1998 y la Ley 1340 de 2009 y sus concordantes, comoquiera que en el ejercicio económico y de la actividad empresarial son ejecutadas una serie de actividades/acciones previas, durante y posteriores a la colocación de lo que producen, distribuyen y/o comercializan, encontrándose alojada entre éstos la publicidad, que deriva a su vez de la propaganda comercial, siendo ésta primera entendida, a nivel legal, como aquél sistema mediante el cual una persona publicita los bienes, productos y servicios que éstos producen, comercializan y/o distribuyen, con la finalidad de lograr la adquisición y/o consumo de quienes se dirige y a favor de la empresa publicita.

Ahora bien, la publicidad engañosa, como tergiversación de la publicidad, se encuentra tipificada por la legislación nacional sobre la protección de la libre competencia económica como un acto/conducta lesiva de ésta según el ámbito desde el que se analice, en razón a que su ilicitud y sus efectos anticompetitivos derivan del análisis del impacto publicitario sobre el comercio, el mercado y sobre las empresas. De la misma forma, la publicidad patológica (engañosa) se considera lesiva de los derechos del consumidor por expresa estipulación legal por parte de la Ley 1480 de 2011, ya que éste sujeto (el consumidor) al no ser experto puede confundirse y errar en lo que adquiere para consumir poniendo posteriormente en riesgo no sólo su capital económico y sus bienes sino también su vida (como sucede en el caso que se consumen elementos nocivos para la salud sin la debida información); constituyéndose así una falta directa en contra de la economía y del comercio mismo, tipificándose además como

un delito de característica penal con sanción pecuniaria conforme a lo ordenado por el artículo 300 del Código Penal colombiano.

Por su parte, el comercio electrónico es aquél sistema de comercio que surgió a partir del apareamiento y de la puesta en marcha de las tecnologías y de los medios de comunicación en aquellas áreas que no sólo se dedicaban a la defensa nacional, (entre esas las relaciones empresariales, educativas e incluso personales) y que se halla alojado en una matriz virtual que permite el internet a través de sitios de dominio web (páginas o portales web) lográndose así transacciones activas de bienes, productos y servicios tanto tangibles como intangibles, sin requerir que las partes se encuentren presentes físicamente, lo que es aceptado, convalidado y permitido por parte de la legislación nacional, comoquiera que la Ley 527 de 1999 establece la permisiva posibilidad de que los contratos, sus características y su clausulado se encuentre en un mensaje de datos al que se le dota de eficacia jurídica y de igualdad conforme permite el principio de equivalencia funcional. En tal vía, el comercio electrónico establece disyuntivas en cuanto al trato de los datos personales y de la información alojada en el internet, por lo que se exige, para valorarse el componente contractual y obligacional, que estos documentos electrónicos que se convierten en contratos se encuentren en el internet de manera íntegra para analizarse así los extremos intervinientes y de las condiciones específicas del contrato.

De lo señalado, y acorde a la pregunta que dio origen a ésta investigación, relativa a los mecanismos de protección de la empresa y del consumidor cuando en el comercio electrónico se ejerce la publicidad engañosa, encontramos que en razón a la existencia de normas positivas que tratan de manera directa aspectos relativos a la protección de la libre competencia económica, de los derechos del consumidor y del comercio electrónico mismo, le es aplicable a éste último el decálogo normativo existente en cuanto a la investigación, decisión y sanciones que puede imponer la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC– con base a sus facultades y competencias legales, en razón a la comisión de la publicidad engañosa en éste sistema de comercio (el electrónico) en razón a que a pesar de que no se haya establecido directamente la procedencia de las normas que contienen mecanismos para la protección de los institutos jurídicos ya señalados, no se podría predicar la existencia de un vacío jurídico de carácter normativo toda vez que el principio de equivalencia funcional, que trajo consigo la Ley 527 de 1999, convalidó sus efectos a nivel legal y por ende la aparente omisión legislativa frente a ésta última forma de comerciar se encuentra inmersa en aplicación de la analogía jurídica, ello acorde a un análisis teleológico y finalístico de las normas relativas a la protección de la libre competencia económica como del consumidor, ya que la

forma en que el comercio se expresa no constituiría un obstáculo para que le sea aplicada la normatividad vigente por cuánto esto no puede ser, *per se*, un fundamento de distinción, de inaplicación e ineficacia jurídica por la no previsión del legislador, siendo ello la razón primordial por la que aseveramos la inexistencia de fundamentos de peso para predicar un trato diferencial entre el comercio electrónico y el comercio físico, y más aún si se tiene en cuenta que los postulados, reglas y principios de carácter fundamental y constitucional contenidos en la Constitución Política de 1991 son de estricta aplicación incluso si la forma que se consideró en un principio muta con el tiempo en ilustración propia del principio de la aplicación del derecho sobre las formas.

Entonces, sostenemos que la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- en cuanto a sus facultades legales como órgano jurisdiccional y administrativo, así como de Autoridad Nacional de la Competencia y del Consumo, tiene la potestad legal para el conocimiento y la resolución de las diferentes acciones que se pueden impetrar para proteger a la libre competencia económica de aquellos actos/conductas lesivos de ésta, así como de aquellas acciones que impulsan los consumidores para proteger sus derechos o los derechos de la generalidad de los consumidores, inclusive en el seno del comercio electrónico, más aún cuando en éste se ejerce la publicidad engañosa a través de las modalidades ya discutidas (*spamming, cookies, banners, pop ups*). Conexo con lo indicado, y para el caso concreto de la protección de la libre competencia económica éste órgano tiene la facultad legal para conocer de las denominadas ‘acciones preventivas y declarativas’, siendo la primera aquella acción en la que el posible afectado con un acto de competencia desleal solicita a la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- que evite la consumación de aquellos actos/conductas desleales que aún no se hayan perfeccionado, ello con la finalidad de evitar daños en contra de una empresa en particular o en contra del comercio mismo; con la necesaria demostración de que quien actúa como parte activa tiene el interés particular en que se solucione la realización de ésta actividad, acto o conducta previamente tipificado en la legislación nacional como desleal, y por ende que la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- actúe conforme a sus facultes jurisdiccionales para que la actividad conocida a través de la acción preventiva sea declarada como ilegal y consecutivamente se ordene al sujeto pasivo de la acción que cese la ejecución de aquella actividad o acto lesivo de la competencia por ser desleal, lo que en el plano del comercio electrónico y de la publicidad engañosa sería la eliminación de todo tipo de publicidad desleal y atentatoria contra la libre competencia económica. Por su parte, la acción declarativa, con fundamento en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996, tiene la finalidad de que sea este mismo órgano el que declare, en sede

judicial y conforme a sus facultades, que la actividad desleal ejecutada por una empresa en contra de otra no sólo sea declarada como ilegal sino que además sea indemnizado al impetrante de la acción por los daños que se le pudieron ocasionar con la ejecución de éstos actos/conductas anticompetitivos, y con ello además sea ordene la remoción de los efectos negativos sobre el comercio y el mercado, lográndose no sólo con esto la eliminación de la publicidad engañosa, sino que sean resarcidos los daños que el afectado sufrió con ocasión a la publicitación de información desleal, errónea y falsa.

De lo anterior, entonces, se tiene que ambas acciones, tanto la preventiva como la declarativa en materia de protección de la libre competencia tienen finalidades conexas frente a la declaratoria de la ilegalidad de aquellos actos/conductas que ejercen las empresas y que resultan siendo desleales y por ende anticompetitivos, pero que tiene finalidades distintas, siendo la primera una acción que como su nombre lo indica, busca la no perfección o continuación de una actividad que podría ocasionar daños posteriores a quien lo padece y en contra del comercio mismo; mientras que la segunda tiene la finalidad de que además de ser declarado como ilegal la actividad desplegada se indemnice a quien padeció esta actividad en contra por los daños consumados y ocasionados, y que la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- conjuntamente orene de remoción y abstención de la actividad declarada como ilegal y la prohibición conexa de no repetición.

Ahora bien, en el seno de los mecanismos de protección al consumidor y sus derechos, sostenemos que las acciones que conoce la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- promovidas por los consumidores y a favor de éstos, son también aplicables al tránsito del comercio electrónico cuando en éste se ejerce la publicidad engañosa, ello con base a lo ya señalado anteriormente, por lo que este órgano conocerá de las denuncias y las demandas promovidas por los consumidores en contra de su victimario publicitante. Al respecto, se debe tener en cuenta que las denuncias operan cuando se busca proteger el interés general y los derechos de todos los consumidores cuando presuntamente se está ejerciendo la publicidad engañosa en el comercio electrónico por parte de la empresa de publicidad y por el publicitante, ejerciendo en éste caso actividades investigativas para determinar la existencia o no de publicidad engañosa con la que decidirá si abre un proceso sancionatorio formal en contra de la empresa que ejerza esta conducta. Por su parte, las demandas propiamente dichas, promovidas por los consumidores, tienen la función de buscar la reparación, cambio o devolución de lo que ha pagado el consumidor a la hora de adquirir o contratar un bien, producto o servicio a raíz de que éstos no cumplen con lo publicitado y por ende no tienen funcionalidad o de tenerla ésta es parcial o errónea causando daños patrimoniales, e incluso

afectando la vida de quién los adquiere o contrata. Es, respecto de las dos anteriores modalidades de protección del consumidor anteriormente analizadas, que se debe tener en cuenta la disposición legal establecida en la Ley 1480 de 2011 y sus demás normas derogantes y concordantes, comoquiera que se estableció un marco de responsabilidad tanto para el empresario y el publicitador, ya que se sobre entiende que la publicidad tiene efectos vinculantes para estas partes conforme lo expresado por el artículo 29 *ibídem*, de la que se deriva que ésta debe ser cumplida de manera cabal y que en caso de que se generen daños al consumidor la responsabilidad es solidaria entre el publicitante y el publicitario como lo ordena el artículo 33 *ibídem*.

Finalmente, se debe precisar como corolario de lo todo lo anteriormente estudiado, presentado y probado, que los mecanismos de protección, tanto de la libre competencia económica como del consumidor existentes en Colombia son aplicables al comercio sin importar la forma en que éste se ejecute, es decir, sin importar que sea físico o electrónico, comoquiera que la fundamentación legal hace extensible los efectos legales por aplicación propia de la analogía jurídica así como con miras a la efectiva realización de los derechos constitucionales y fundamentales que se circunscriben en torno a la competencia económica como del consumo, entendiéndose que la forma no es, ni será, un fundamento adecuado, idóneo y permisible que implique la inaplicación de las normas jurídicas sobre la competencia y del consumo y que con ello la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- se abstenga de investigar, procesar y posteriormente sancionar a aquellas empresas que ejecuten actos en contra de éstos institutos jurídicos en el seno del comercio electrónico ejerciendo para tal efecto la publicidad engañosa, lo que es en suma un sistema integral de protección del comercio y del mercado conforme a las facultades legales existentes, y más aún acorde a lo ordenado por la Constitución Política de 1991 que ubica al Estado como sujeto activo y obligado en el ejercicio del control, vigilancia, inspección y corrección de los procesos del mercado, la economía y del comercio.

Referencias Bibliográficas

- Ámbito jurídico. Expiden decreto para proteger a consumidores a la hora de reclamar garantías [En línea: <http://correoconfidencial.com/archivos/44323>] [Recuperado el 11 de septiembre de 2014]
- Argentina. Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de ingeniería. Informática, unidad temática 2. [En línea: <http://ing.unne.edu.ar/pub/informatica/U2.pdf>] [Recuperado el 15 de octubre de 2014]
- Arrubla Paucar, Jaime Alberto (2005). Contratos Mercantiles. Tomo III. Contratos contemporáneos. Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá D.C., Colombia.
- Arrubla Paucar, Jaime Alberto (2012). Contratos Mercantiles, teoría general del negocio mercantil. Editorial Legis & Pontificia Universidad Javeriana, 13 ed. Bogotá, D.C., Colombia.
- Barón Barrera, Guillermo Andrés, 2012. El derecho de la competencia en los grupos empresariales, hacía la autonomía del Estado. Editorial Ibañez, vol 2. Bogotá D.C., Colombia.
- Belt Ibérica S.A Los *Metatags*, posible vulneración de los derechos de Propiedad Intelectual [En línea: http://www.belt.es/expertos/HOME2_experto.asp?id=2155] [Recuperado el 10 de noviembre de 2014]
- Botana García, Gema (2001). Noción de Comercio electrónico. En: Comercio electrónico y protección de los consumidores. Biblioteca de Derecho de los Negocios. Madrid, España.
- Botero R, Luis Gabriel (1998). Legislación y derecho publicitario. Bibliotheca Millennium. Bogotá D.C., Colombia.

Burgos Puyo, Andrea (2003). Los contratos con el consumidor en Internet. En: El contrato por los medios electrónicos. Universidad Externado de Colombia., Bogotá D.C., Colombia.

Ciberconta. El comercio electrónico de la empresa. IIIC publicidad, las cookies. [En línea: <http://ciberconta.unizar.es/leccion/econta/321.HTM>] [Recuperado el 15 de noviembre de 2014]

Colombia. Cámara De Comercio De Medellín (2012). Estatuto del Consumidor, una mirada a la Ley 1480 de 2011 [En línea: http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Biblioteca/EstudiosJuridicos/Foro%20del%20jurista_PDF%20interactivo_17oct2012.pdf] [Recuperado el 10 de noviembre de 2014]

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio (1996). Concepto No 96027242 del 2 de Septiembre de 1996.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio (2001). Concepto de radicado 12-128862-00001-0000.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio (2001). Circular Externa No 10 de 2001.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio (2003). Concepto 03010862 del 28 de Mayo de 2003.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio (2006). Resolución No 05063562 del 13 de marzo de 2006.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio (Sf). ¿Qué es la protección de la competencia? [En línea: <http://www.sic.gov.co/drupal/que-es-la-proteccion-de-la-competencia>] [Recuperado el 15 de septiembre de 2014]

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio (Sf). Información engañosa [En línea: <http://www.sic.gov.co/drupal/informacion-enganosa>] [Recuperado el 28 de septiembre de 2014]

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio (Sf). Denuncias y demandas en materia de protección al consumidor [En línea: <http://www.sic.gov.co/drupal/denuncias-y-demandas-en-materia-de-proteccion-al-consumidor>] [Recuperado el 19 de noviembre de 2014]

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio (Sf). Normas jurisdiccionales [En línea: <http://www.sic.gov.co/drupal/normas-jurisdiccionales>] [Recuperado el 9 de noviembre de 2014]

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio (2006). Resolución No 05063562 del 13 de marzo de 2006.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio (Sf). Guía del Consumidor. Bogotá D.C., Colombia. [En línea: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/atencion_usuario/Guia_Consumidor.pdf] [Recuperado el 11 de noviembre de 2014]

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio (Sf). Información engañosa. [En línea: <http://www.sic.gov.co/drupal/informacion-enganosa>] [Recuperado el 12 de noviembre de 2014]

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto de radicado 12-128862-00001-0000 [En línea: http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/normatividad/Concepto_12-128862.pdf] [Recuperado el 13 de septiembre de 2014]

Cuevas, Homero (2004). Fundamentos de la economía de mercado. Universidad Externado de Colombia, 2da edición. Bogotá D.C., Colombia.

- Devis Echandía, Hernando (1995). Teoría general de la prueba judicial. En: Victor P. Zavalía. Buenos Aires, Argentina.
- España. Universitat de València. Capítulo 2, soporte lógico de un computador. España [En línea: <http://robotica.uv.es/pub/Libro/PDFs/CAPI2.pdf>] [Recuperado el 15 de octubre de 2014]
- Farina, Juan M (2005). Contratos Comerciales Modernos. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- Franco Zárate, Javier Andrés, 2005. El régimen de excepción al principio de libre competencia del parágrafo del artículo primero de la ley 155 de 1959 y su aplicación en Colombia. Revista E-Mercatoria, Vol 4, número 1, Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., Colombia.
- Gamboa Bernate, Rafael Hernando (2005). Soberanía estatal en internet: análisis desde la perspectiva de conflictos de jurisdicción y competencia en el plano nacional e internacional. En: Comercio Electrónico. GECTI- Grupo de estudios en “internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática”. Universidad de los Andes. Bogotá D.C., Colombia.
- Gómez García, Carlos Andrés; MUÑOZ CORTINA, Silvia Helena (2008). Fundamentos de protección al consumidor frente a la publicidad engañosa. Revista Estudios de Derecho, Vol. LXV No 145, Junio de 2008. Universidad de Antioquía. Medellín, Colombia.
- Gutiérrez Gómez, María Clara (2005). Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico. En: Comercio Electrónico. GECTI- Grupo de estudios en “internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática”. Universidad de los Andes. Bogotá D.C., Colombia.
- Herrera Tapias, Belina; BARRAZA ACOSTA, Adriana (2009). El derecho de los consumidores a la información. Revista Advocatus, edición No 13. Universidad Libre, Seccional Barranquilla. Barranquilla, Atlántico.

- I100. The man who invented pop-up is sorry. Apology no accepted. [En línea: <http://i100.independent.co.uk/image/27060-1bjoe0m.jpeg>] [Recuperado el 15 de noviembre de 2014]
- Imbachí Cerón, Jair Fernando (2008). La protección del consumidor en el entorno digital. Revista de Derecho de la Competencia, Cedec VIII, Vol 4°, No 4°, Enero-Diciembre. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C., Colombia.
- Juan Rinesi, Antonio (2006). Relación de consumo y derechos del consumidor. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- Legis (2008). Código Civil con comentarios, notas, concordancias, jurisprudencia, disposiciones complementarias. Bogotá D.C., Colombia.
- Matias C, Sergio. 1998. Intervencionismo y Neoliberalismo. Estados de Excepción y Control Constitucional. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá D.C., Colombia.
- Maturana Vásquez, Pía (2003). Apuntes de Derecho de la Competencia. Extracto de Memoria para Optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas “Las marcas propias en marco del derecho de la competencia. Estudio análisis y propuestas”. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. [En línea: <http://www.profesores.ucv.cl/joseluisguerrero/documentos/materialdeapoyo/apuntes%20derecho%20competencia%20memoria%20pa%20maturana.pdf>] [Recuperado el 18 de noviembre de 2014]
- Meachern, William A (1998). Microeconomía. Una introducción contemporánea. Internacional Thomson, 4ta edición. México D.F., México.
- Miranda Londoño, Alfonso (2011). El derecho de la competencia en la Constitución Política de 1991. Revista de Derecho Competencia, vol 7. Enero- Diciembre. Bogotá D.C., Colombia.
- Ocde (Sf). Sobre las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales, recomendaciones para una conducta empresarial responsable en el contexto global.

- Ossa Gómez, Daniel (2010). Protección, garantías y eficacia de los derechos del consumidor en Colombia. Revista Facultad de derecho y ciencias políticas, Vol 40, Enero-Junio de 2010. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín, Colombia.
- P. Scheider, Gary (2004). Comercio Electrónico. Editorial Thomsonm, México D.F., México.
- Pérez, Melba Rocio (2003). Aspectos generales de la contratación por medios electrónicos. En: El contrato por los medios electrónicos. Universidad Externado de Colombia., Bogotá D.C., Colombia.
- Plazas Estepa, Rodrigo Alberto (2012). Análisis, revisión y estudio de la ley 527 de 1999. ¿Es suficiente el contenido normativo para que Colombia forme parte del mercado mundial? En: La Regulación del Comercio Electrónico Mundial. Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., Colombia.
- Polanía Tello, Nicolás (SF). Consumo en el Nuevo Estatuto del Consumidor. [En línea: http://www.legis.com.co/informacion/colombia/aplegis/archivos/Relacion_Consumo_nuevoestatutoconsumidor_NicolasPolania.pdf] [Recuperado el 15 de noviembre de 2014]
- Real Academia de la Lengua Española (Sf). Diccionario de la lengua española, vigésima segunda edición. [En línea: <http://lema.rae.es/drae/?val=competencia>] [Recuperado el 1 de septiembre de 2014]
- Real Academia de la Lengua Española (Sf). Diccionario de la lengua española, vigésima segunda edición. [En línea: <http://lema.rae.es/drae/?val=consumo>] [Recuperado el 17 de septiembre de 2014]
- Rengifo García, Ernesto (2002). Comercio electrónico. Documento electrónico y seguridad jurídica. En: Comercio Electrónico. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.
- Rincón Cárdenas, Erick (2006). Manual de derecho de comercio electrónico y de internet. Editorial de la Universidad del Rosario. Bogotá D.C., Colombia.

Rodríguez Manzanera, Luis (2012). *Victimología*. Editorial Purrrúa. México D.F., México.

Summarg. Banners publicitarios para utilizar de base. [En línea: http://www.summarg.com/wp-content/uploads/2012/10/discount_banners.jpg] [Recuperado el 19 de noviembre de 2014]

Torres Torres, Ana Yasmín (2012). *Principios fundamentales del comercio electrónico*. Universidad de los Andes. Bogotá D.C., Colombia.

Uribe Piedrahita, Carlos Andrés (2010). *Reforma al Régimen de Libre Competencia en Colombia, perspectivas y retos*. Editorial Ibañez & Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C., Colombia.

Vega Vega, José Antonio (2005). *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. Editorial Reus S.A. Madrid, España.

Villalba Cuellar, Juan Carlos (2009). *Aspectos Introductorios al Derecho del Consumo*. Revista Prolegómenos, Derechos y Valores. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá D.C., Colombia.

Villalba Cuellar, Juan Carlos (2009). La noción del consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano. Revista Vniversitas, Edición No 119, Julio-Diciembre 2009, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C., Colombia.

Witker, Jorge (2000). *Derecho de la Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica. México D.F., México.

Zubieta Uribe, Hermann (2003). El tiempo en los mensajes de datos. En: *El contrato por medios electrónicos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., Colombia.

Zuluaga Giraldo, Marco Aurelio (1998). *La política y el derecho del consumo en Colombia*. En: *Política y Derecho del Consumo*. Bibliotheca Millenio, Navegante Editores. Bogotá D.C., Colombia.

Sentencias

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-240 de 1993. Sala Tercera de Revisión. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Junio 23 de 1993.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355 de 1994. M. P. Antonio Barrera Carbonell: Agosto 11 de 1994. Bogotá D.C., Colombia.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-398 de 1995. M. P. José Gregorio Hernández Galindo: Septiembre 7 de 1995.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-375 de 1997. Sala Tercera de Revisión. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Agosto 14 de 1997.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-535 de 1997. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Octubre 23 de 1997. Bogotá D.C., Colombia.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-624 de 1998. M. P. Alejandro Martínez Caballero: Noviembre 4 de 1998. Bogotá D.C., Colombia.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-157 de 1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero: Marzo 10 de 1999. Bogotá D.C., Colombia.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1262 de 2000. M. P. Carlos Gaviria Díaz: Septiembre 20 de 2000.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-815 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil: Agosto 2 de 2001.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1071 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynett: Diciembre 3 de 2002.

Colombia. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 3 de mayo de 2005, Exp. n.º 50001-3103-001-1999-04421-01, Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete. Bogotá D.C., Colombia.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-592 de 2012. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio: Julio 25 de 2012.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-313 de 2013. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Mayo 23 de 2013.