

Consumo, propiedad intelectual y competencia: tensiones con el derecho comercial

Germán Darío Flórez Acero • Clara Carolina Cardozo-Roa

PRIVADO

14

JUS-Privado es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones de derecho privado, en especial las referidas a propiedad intelectual, derecho agrario, derecho de las obligaciones, negocio jurídico, y sus desarrollos en el plano de la internacionalización.

La colección contribuye a difundir las nuevas lecturas de los institutos jurídicos tradicionales, resultado de los avances en la investigación jurídica y sociojurídica, propiciando el pensamiento crítico y la actualización permanente del conocimiento en la comunidad académica.

OTROS TÍTULOS DE ESTA COLECCIÓN JUS-PRIVADO:

- Estudios colombo-alemanes sobre la autonomía negocial
- Estudios contemporáneos de derecho privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones
- Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho del consumo. Reflexiones desde el moderno derecho privado
- Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización
- El aseguramiento de la responsabilidad civil médica
- El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH
- Aprendizaje colaborativo en el estudio de derecho de sociedades
- El concepto de patrimonio y su aplicación en España
- Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría, equilibrio y abusividad
- Evidencia digital, distribución musical y derecho de consumo

Germán Darío Flórez Acero

Investigador del grupo de Estudio en Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPPI) de la Universidad Católica de Colombia. Profesor de las Universidades Católica de Colombia, Nacional de Colombia y Javeriana de Cali. Director de la Mesa de Derecho de Autor del Centro de Pensamiento de la Universidad Nacional de Colombia. Master of Law in Intellectual Property Queen Mary University of London. Árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Consejero de la firma 1493.

Clara Carolina Cardozo-Roa

Abogada, especialista en derecho administrativo, magíster en derecho y alumna del Doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario y especialista en derecho comercial de la Universidad Externado de Colombia. Profesora de la Universidad Católica de Colombia y de la Universidad del Rosario.

Germán Darío Flórez Acero • Clara Carolina Cardozo-Roa

Consumo, propiedad intelectual
y competencia:
tensiones con el derecho
comercial

PRIVADO 14

Flórez Acero, Germán Darío
Consumo, propiedad intelectual y competencia: tensiones con el derecho comercial /
Germán Darío Flórez Acero y Clara Carolina Cardozo-Roa. – Bogotá : Universidad Católica de
Colombia, 2019

108 páginas. — (Colección Jus Privado ; no 14)

ISBN: 978-958-5456-51-8 (impreso)

ISBN: 978-958-5456-52-5 (digital)

I. Título II. Serie. III. Cardozo-Roa, Clara Carolina

1. Derecho comercial. 2. Propiedad Intelectual 3. Consumo (Derecho)

Dewey 346.07 SCDD ed. 21

Proceso de arbitraje

1.º concepto

Evaluación: 7 de febrero de 2018

2.º concepto

Evaluación: 9 de agosto de 2018

© Universidad Católica de Colombia

© Germán Darío Flórez Acero

© Clara Carolina Cardozo-Roa

Primera edición, Bogotá, D. C.
Enero de 2019

Dirección editorial

Stella Valbuena García

Coordinación editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Viviana Zuluaga Zuluaga

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Mauricio Salamanca

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S. A.

Bogotá, D. C., Colombia

Cómo citar esta obra

En APA:

Flórez Acero, G. D. & Cardozo-Roa, C. C. (2019).
*Consumo, propiedad intelectual y competencia: tensiones
con el derecho comercial*. Bogotá: Editorial Universidad
Católica de Colombia.

En Chicago:

Flórez Acero, Germán Darío y Clara Carolina Cardozo-
Roa, *Consumo, propiedad intelectual y competencia:
tensiones con el derecho comercial*, Bogotá: Editorial
Universidad Católica de Colombia, 2019.

Facultad de Derecho

Calle 47 N.º 13-32

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas Nº 46-72, piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser
reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema
de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún
medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Facultad de Derecho

Grupo de investigación

Grupo de Estudio en Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPPi)

Línea de investigación

Propiedad intelectual

Proyecto de investigación

Constitucionalización del Derecho Privado Nacional, Estudios de Derecho Comparado

Resumen

En los últimos años, el derecho comercial se ha visto modificado por el desarrollo del derecho del consumo, de la propiedad intelectual y de la competencia. Estos tres bloques normativos tienen una incidencia especial en el funcionamiento de los diferentes mercados y su regulación se desprende directamente de la Constitución Política. Este texto abarca los profundos cambios que el derecho del consumo, el derecho de la competencia y la propiedad intelectual han tenido sobre el derecho mercantil. Es palmario que la fisonomía del derecho comercial con su teoría clásica del acto accesorio y mixto de comercio ha cambiado y se ha visto limitada por el derecho del consumo. Este derecho del consumo también tiene unas interacciones muy relevantes para la propiedad intelectual, en especial el derecho de autor y el derecho marcario, ya que las llamadas industrias creativas o industrias del entretenimiento, que son la base de la economía naranja, traen como consecuencia el desarrollo de mercados gigantes de consumo de productos y servicios relacionados con estas industrias, y en consecuencia las normas de propiedad intelectual deben ir enmarcadas en los principios del derecho del consumo. Por último, este libro de investigación abarca el análisis del derecho de la competencia frente a los derechos subjetivos que son garantizados en el ordenamiento jurídico, ya sea en favor de sujetos individuales o colectivos y que pueden exigirse frente al Estado o frente a otros particulares.

Palabras clave:

Derecho comercial, propiedad intelectual, derecho del consumo, derecho de la competencia, derecho de autor.

Abstract

In recent years, commercial law has been modified by the development of consumer, intellectual property, and competition laws. These three normative blocks have a special impact on the functioning of different markets, and their regulation is directly derived from the Political Constitution. This study covers the profound changes caused by consumer, intellectual property, and competition laws in commercial law. It is clear that commercial law with its classical theory of accessory and mixed commercial act has been significantly shaped and limited by consumer law. This consumer law also has relevant interactions with intellectual property, especially with copyright and trademark law, since the so-called creative or entertainment industries—which are the basis for the orange economy—bring as a consequence the development of giant markets for the consumption of products and services related to these industries, and consequently intellectual property norms must be framed within the principles of consumer law. Finally, this research book covers the analysis of competition law against subjective rights that are guaranteed in the legal system, either in favor of individual or collective subjects, and that can be demanded from the State or from other individuals.

Keywords:

Commercial law, intellectual property, consumer law, competition law, copyright

CONTENIDO

Introducción	9
Capítulo 1. El derecho del consumo y la mercantilidad en Colombia	11
Introducción.....	12
De la noción de derecho comercial y de su aplicación al acto mixto de comercio ..	13
El derecho del consumo.....	20
Efectos del derecho del consumo en la mercantilidad.....	28
Actos absolutamente comerciales.....	29
Actos relativamente de consumo.....	32
Actos accesorios de consumo.....	33
Actos mixtos de comercio.....	34
Conclusiones.....	35
Bibliografía.....	36
Capítulo 2. Relación entre el derecho del consumo y el derecho de autor en el marco de las industrias creativas	41
Introducción.....	42
El derecho de autor y la propiedad intelectual.....	43
Derechos morales.....	45
Derechos patrimoniales.....	46
Formas de transferencia de los derechos.....	47
Aspectos generales de la transferencia de los derechos patrimoniales de autor.....	48
El contrato de cesión de derechos patrimoniales de autor.....	50

Principio de protección de la obra independientemente de su mérito y balance con el derecho del consumo	53
Las industrias creativas y la economía naranja.....	55
Aspectos generales del derecho del consumo en Colombia y el derecho de autor	56
El concepto de consumidor en Colombia	57
Conclusiones	67
Bibliografía.....	68
Capítulo 3. El derecho de la competencia desde el punto de vista de los derechos subjetivos que protege	71
Introducción.....	72
El derecho de la competencia y sus ramas.....	73
Derechos subjetivos protegidos por el derecho de la competencia, su límite y sus limitaciones.....	78
Los derechos subjetivos.....	78
Límite y limitaciones de los derechos subjetivos	85
Conductas que protegen los derechos subjetivos.....	91
Prácticas comerciales restrictivas	91
Competencia desleal	97
Conclusiones.....	101
Bibliografía	102

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el derecho comercial se ha visto modificado por el desarrollo del derecho del consumo, de la propiedad intelectual y de la competencia. Estos tres bloques normativos tienen una incidencia especial en el funcionamiento de los mercados y su regulación se desprende directamente de la Constitución Política de Colombia, tal y como se evidencia en sus artículos 61, 78 y 333.

En este orden de ideas, el presente trabajo tiene como propósito analizar algunas de las interacciones que surgen entre las tres ramas del derecho citadas y el derecho comercial. Las tres investigaciones que integran este texto versan acerca de las tensiones entre estos bloques normativos, a partir de la metodología de revisión documental y bibliográfica de fuentes tanto primarias (normas jurídicas) como secundarias (libros y artículos de doctrina).

Los capítulos del libro son el resultado de la investigación que llevó a cabo el Grupo de Estudio en Derecho Privado y Propiedad Intelectual, dentro de la línea de investigación en propiedad intelectual de la Universidad Católica de Colombia.

El primer capítulo “El derecho del consumo y la mercantilidad en Colombia” trata la forma en que el derecho del consumo afecta el ámbito de aplicación del derecho comercial en Colombia. Para ello, la autora primero delimita el ámbito de aplicación tradicional del derecho comercial, luego aborda el surgimiento del derecho del consumo como un conjunto de normas que pretende proteger al usuario final de los bienes y servicios, para finalmente proponer una clasificación

de los actos de consumo, contrastando el Código de Comercio con el Estatuto del Consumidor.

El segundo capítulo “Relación entre el derecho del consumo y el derecho de autor en el marco de las industrias creativas” busca evidenciar la gran conexión que existe hoy en día entre estas dos ramas del derecho, especialmente con el crecimiento de las llamadas industrias del entretenimiento, cuya expansión en los últimos años es bastante significativa. Esto ha traído como consecuencia que el número de consumidores de los productos que generan estas industrias también haya aumentado de manera exponencial. El capítulo entonces muestra cuáles son las características que estos productos fruto de la creación de los autores deben tener en el marco de lo que establece el Estatuto del Consumidor y cómo a veces se presentan algunas tensiones entre derecho de autor y derecho del consumidor.

El tercer capítulo “El derecho de la competencia desde el punto de vista de los derechos subjetivos que protege” analiza el derecho de la competencia en sus dos vertientes principales (prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal), no solo en función de su carácter de normas imperativas a través de las cuales se procura proteger intereses públicos y privados, sino que los correlaciona con derechos subjetivos que son garantizados en el ordenamiento jurídico, para a continuación, correlacionar las normas de la competencia con los derechos subjetivos que se plantean en el capítulo.

EL DERECHO DEL CONSUMO Y LA MERCANTILIDAD EN COLOMBIA

Clara Carolina Cardozo-Roa*

Resumen

Este capítulo analiza el concepto de derecho comercial y las actividades que tradicionalmente se consideran mercantiles frente al derecho del consumidor. Se examina el concepto de derecho comercial desde su nacimiento en la Edad Media, a continuación se describe la constitucionalización del derecho privado para demostrar que de ella surgió el derecho del consumo. Por último, se propone la clasificación de los actos de consumo.

Palabras clave: derecho mercantil, oferta y demanda, mercado, protección del consumidor.

* Abogada, especialista en Derecho Administrativo y magíster en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario y especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante del doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario. Docente de tiempo completo del área de Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y temporal en la Universidad del Rosario. Correos: ccarocroa@hotmail.com y ccardozo@urosario.edu.co

Abstract

This chapter analyzes the concept of trade law and the activities that have traditionally been considered commercial facing to the consumer's law. The concept of trade law is examined since its birth in the Middle Ages, then the constitutionalization of private law is described to demonstrate that from this has emerged the consumer's law. Finally, the classification of consumption acts is proposed.

Key words: commercial law, supply and demand, market, consumer protection.

Introducción

Este capítulo tiene como propósito cardinal exponer la pugna que ha surgido durante los últimos años entre el derecho comercial y el derecho del consumo como consecuencia del fortalecimiento de las normas que buscan proteger a la parte débil en los contratos. Así, la pregunta fundamental que se pretende resolver es: ¿cómo se ha incorporado el derecho del consumo en la comprensión de la mercantilidad y en la clasificación de los actos de comercio?

Para satisfacer este propósito se hará una sucinta presentación de los conceptos de derecho comercial y derecho del consumo y se analizarán las repercusiones del Estatuto del Consumidor en los artículos 20, 21 y 22 del Código de Comercio colombiano, a partir de los cuales la doctrina clasifica los actos de comercio. Se propondrá una clasificación de los actos de consumo.

Se concluirá que el derecho del consumo, atendiendo los principios constitucionales en que se funda, ha generado una notoria modificación en la noción de mercantilidad y, por ende, ha transformado la manera en que los actos de comercio se clasifican. A fin de resolver el problema de investigación, se aplicó una metodología de revisión bibliográfica, que se basa en las normas jurídicas como fuente primaria y en la literatura jurídica mercantil nacional e internacional como fuente secundaria. No se acude al análisis jurisprudencial porque la finalidad principal de este capítulo es describir la tensión que el Estatuto del Consumidor ha generado con el Código de Comercio en cuanto a validez y vigencia

de las normas enfrentadas, sin entrar a hacer un análisis de la eficacia entre los operadores jurídicos.

De la noción de derecho comercial y de su aplicación al acto mixto de comercio

La pregunta que todo estudiante de una rama del derecho se formula en la primera clase es en qué consiste el área que está por abordar. En la mayoría de los casos, esta respuesta es simple, porque con el nombre lo puede deducir fácilmente. Por ejemplo, en derecho laboral se sabe que se van a estudiar las relaciones jurídicas que se derivan del trabajo humano y que implican “derecho al trabajo, derecho al producto íntegro del trabajo y derecho a la existencia”¹.

En cuanto al derecho comercial, además de ser una rama del derecho privado es, como lo afirma Medina Vergara², un derecho de formación consuetudinaria, con tendencia a la internacionalización, de carácter profesional, especial frente al derecho civil y una fuerte influencia social, pero a la hora de determinar su contenido presenta dificultades de definición. Así, el comercio, que pareciera ser el objeto de esta rama, no resulta fácil de definir. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua registra las siguientes acepciones:

Del lat. *commercium*.

1. m. Compraventa o intercambio de bienes o servicios.
2. m. Conjunto de actividades económicas centradas en el comercio.
3. m. Tienda, almacén o establecimiento de comercio.
4. m. Conjunto o clase de los comerciantes.
5. m. En algunas poblaciones, lugar en que, por abundar las tiendas, suele ser grande la concurrencia de gentes.
6. m. Juego de naipes que presenta distintas variedades.
7. m. Relación sexual entre dos personas. Comercio carnal.
8. m. p. us. Comunicación y trato entre personas³.

¹ Guillermo González Charry, *Derecho laboral colombiano. Relaciones individuales* (Bogotá: Legis, 2004), 6.

² Jairo Medina Vergara, *Derecho comercial* (Bogotá: Temis, 2008), 75-7.

³ “Real Academia Española”, *Diccionario de la lengua española*, acceso el 20 de noviembre de 2015, <http://dle.rae.es/?id=9vYPFME>

De las anteriores acepciones se descartan las contenidas en los numerales 6 y 7. De las restantes, se observa que la palabra comercio puede referirse a un tipo contractual, un bien, una actividad o a una clase de sujeto o sujetos que establecen relaciones entre sí. En esta línea argumental, Garrigues indica que

[...] sobre el concepto de comercio no hay plena concordancia: desde una idea amplísima que comprende todo acto de cambio, incluso directo, hasta la idea más estrecha de mediación rigurosamente profesional, las definiciones varían tanto como los autores. En una síntesis arbitraria podemos conducir las definiciones de comercio a uno de estos dos grupos: o el de aquellas que, tomando la parte por el todo, el acto típico por la actividad, atienden a los actos en que primordialmente se manifiesta el comercio, o el de aquellas otras definiciones que atienden a la finalidad de la función comercial, independientemente de los actos que pueden servir a esa finalidad⁴.

Así, a la pregunta ¿qué es el derecho comercial? Se puede responder que es el derecho de ciertos negocios jurídicos, el derecho de unos bienes, el derecho de una actividad o el derecho que regula a algunos sujetos. Esta respuesta ha sido formulada a lo largo de la historia del derecho comercial con el título de mercantilidad, es decir, la forma en que se definen los casos en que se da aplicación al derecho comercial. De lo cual emergen cuatro criterios: el subjetivo, el objetivo, la teoría de los actos en masa y la teoría de la empresa⁵.

Ahora bien, además de las dificultades semánticas del vocablo comercio, estudiarlo implica comprender nociones de carácter económico, toda vez que las actividades, actos o sujetos a quienes se aplica el derecho comercial tienen en común que se encuentran o se someten a la existencia de un mercado. Este término hace referencia a que el mercado es un “proceso en el que se mueven y adaptan las acciones individuales a las exigencias de cooperación mutua. [Así], el mercado es el punto en que convergen los individuos para satisfacer sus necesidades”⁶.

En este escenario entran en juego la demanda y la oferta. La demanda apunta a “la cantidad de determinado bien o servicio que será comprado a diversos precios

⁴ Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil* (Bogotá: Temis, 1987), 8.

⁵ Manuel Broseta Pont, *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil* (Madrid: Tecnos, 1965), 38-92.

⁶ Mario Jaramillo Contreras, *Vademécum de economía política* (Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994), 31.

posibles. Se requiere, pues, que exista la necesidad de los bienes o servicios y medios o poder de compra para adquirirlos a precios determinados⁷⁷, en tanto que la oferta alude a la cantidad de bienes o servicios que productores y distribuidores estarán dispuestos a producir o vender en un mercado, a un precio determinado. Para establecer esa cantidad, se deben tener en cuenta los costos de producción y el precio de venta⁸.

La demanda y la oferta se rigen por las leyes de Henderson. La ley de la demanda expresa que si el precio disminuye la demanda aumenta⁹, mientras que la ley de la oferta indica que la cantidad ofrecida de una mercancía es directamente proporcional a su precio¹⁰, suponiendo que todos los demás factores permanezcan estables.

Estas reglas son de especial aplicación en los mercados de competencia perfecta, donde hay un gran número de oferentes y demandantes, de manera tal que uno o pocos de estos, no pueden alterar por sí mismos el precio sin que los restantes puedan hacerles contrapeso; se presenta homogeneidad en el bien o servicio ofrecido y demandado; los intervinientes en el mercado conocen las particularidades de las mercancías y las condiciones de venta y, finalmente, al interior del mercado no hay discriminación ni controles externos¹¹. Los mercados de competencia perfecta corresponden a una estructura ideal que solo se da como modelo de trabajo¹². Aquellos mercados que no reúnen estas características serán de competencia imperfecta y requieren de una mayor regulación por parte del Estado.

Según esta perspectiva, el derecho comercial podría asimilarse al derecho de los mercados perfectos e imperfectos. Sin embargo, tal asimilación no es posible por dos razones, una de índole económica, en la medida en que en los mercados

.....
⁷ Jaramillo, *Vademécum*, 79.

⁸ Jaramillo, *Vademécum*, 80.

⁹ Michael Parkin y Eduardo Loria, *Microeconomía, versión para América Latina*. 9ª ed. (Ciudad de México: Pearson Educación, 2010), 59.

¹⁰ Milton Spencer, *Economía contemporánea*. 3ª ed. (Barcelona: Reverté, 1993), 44.

¹¹ Ramón Abel Castaño Tamayo y Humberto González González, *Ideas económicas mínimas*. 22ª ed. (Bogotá: Ecoe Ediciones, 2011), 115.

¹² Pinkas Flint, *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del DL 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia* (Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002), 156.

de competencia imperfecta no solo se requieren normas que regulen la actividad de los particulares (derecho privado), sino normas en que el Estado directamente intervenga en los mercados (derecho público); y la otra, porque el concepto de mercado se aplica a realidades que no se consideran jurídicamente mercantiles. Así, el ordenamiento jurídico colombiano distingue las ventas civiles de las ventas mercantiles. Las últimas se definen por la voluntad o intención del comprador de revender lo que ha adquirido¹³ y las ventas civiles por no existir en ellas ese ánimo o que se da en los mercados excluidos de la aplicación del derecho comercial, como sucede en el mercado de las profesiones liberales que expresamente están excluidas de la regulación del derecho comercial en virtud del artículo 23, numeral 5 del Código de Comercio colombiano¹⁴.

Además de la relación directa que existe entre el derecho comercial y la economía, esta rama del derecho se forma y se transforma de acuerdo con las necesidades que manifiestan los comerciantes. No resulta posible determinar de modo permanente aquello que tiene la rúbrica mercantil, porque no es algo que permanezca en el tiempo, sino que varía constantemente según lo que hacen y dejan de hacer los comerciantes. En palabras de Díaz Ramírez: “El derecho comercial no corresponde a categorías ontológicas; no difiere sustancialmente del derecho civil. La elaboración del derecho comercial ha obedecido a procesos históricos o a los métodos utilizados por los comerciantes para realizar su actividad”¹⁵.

El derecho comercial cambia en la medida en que los comerciantes lo requieren para lograr sus finalidades y las de sus empresas. Este es un derecho que se transforma día tras día. Así, desde la Edad Media, concretamente el siglo XIII, el ámbito de aplicación del derecho comercial ha mutado. En un principio surge porque “el derecho común no atendía las necesidades del tráfico que se tenían en aquella época y esa es la razón para que surja un derecho especial, encaminado

¹³ Gerardo Santini, *El comercio: ensayo de economía del derecho* (Barcelona: Ariel, 1988), 181.

¹⁴ Decreto 410 de 1971, “por el cual se expide el Código de Comercio”. *Diario Oficial*, 16 de junio de 1971.

¹⁵ Enrique Díaz Ramírez, “La comercialidad en el Código de Comercio colombiano”, en *Derecho civil y comercial. Ensayos jurídicos Liber Amicorum en homenaje al Doctor Carlos Holguín Holguín* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1999), 113.

a solucionar las trabas y problemas que a tales necesidades imponía un derecho amoldado para una estructura económica de carácter no especulativo”¹⁶.

En este entorno, el derecho comercial se administraba a los comerciantes. Pero, aparece la pregunta por la normativa que resulta aplicable a lo que se denomina acto mixto de comercio, esto es, aquellos casos en los que los comerciantes celebran contratos con no comerciantes, la solución que se dio hasta antes del nacimiento del derecho del consumo era aplicarle tanto al comerciante como al no comerciante las normas mercantiles. Comenzó aquí el fenómeno de objetivación del derecho comercial, es decir, que se administra a los actos de comercio y no a los comerciantes, “porque para poder hacer esta extensión se recurre a presumir la calidad de comerciante en quien realiza un acto de comercio, aunque no esté inscrito en la corporación y aunque no sea en realidad una persona dedicada profesionalmente al ejercicio comercial”¹⁷.

La objetivación encontró su máxima expresión en el Código de Comercio francés de 1807. El cual, tras la supresión de las corporaciones en virtud de la ley *Le Chapelier* de 1791, recogió las ideas de la Revolución francesa y aunque inicia mencionando al comerciante, con posterioridad enlista los actos de comercio, dentro de los que cita los actos aislados y las actividades organizadas¹⁸.

Pero el acto de comercio no permitió definir correctamente los límites de la mercantilidad, por lo que se desarrollaron dos teorías: la de los actos en masa y la de la empresa. La de los actos en masa la formuló Heck, quien consideraba que en el nuevo orden económico y de producción en serie se requería un ordenamiento jurídico especial que lo regulara¹⁹. Por su parte, la teoría de la empresa, según Narváez García, se fundamenta en: “a) La masiva producción y distribución de bienes y la prestación de servicios determina la conclusión de negocios jurídicos en serie; b) El tráfico en masa es una realidad cuantitativa que exige reglas e instituciones especiales, y c) La repetición seriada de negocios jurídicos presupone

¹⁶ Jaime Alberto Arrubla, *Contratos mercantiles. Vol. I. Teoría general del negocio mercantil*. 12ª ed. (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2008), 26.

¹⁷ Gerardo Ravassa Moreno, *Historia del comercio y del derecho mercantil* (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 1990), 190.

¹⁸ Roberto Goldschmidt, *Curso de derecho mercantil* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, 2008), 37.

¹⁹ Arrubla, *Contratos mercantiles*, 34.

la existencia de un empresario, una actividad económica organizada y uno o más establecimientos”²⁰.

La empresa es “una categoría económica organizada para el intercambio o asignación de recursos, cuyo objeto principal es combinar los factores de la producción para minimizar los costos y maximizar las utilidades”²¹. Ahora bien, para definir la empresa desde el punto de vista jurídico se han trazado diversas teorías, como por ejemplo: la de la persona jurídica, la del patrimonio separado, la de la universalidad, la de la actividad y la de organización²²; pero ninguna de ellas ha conseguido describir completamente su realidad, pues no puede encasillarse en las categorías jurídico-privadas tradicionales: la empresa no es una persona, pero debe tener un sujeto que la cree; no es un bien, pero demanda al menos uno de ellos para existir; no es una obligación, pero cuando se crea se adquiere en virtud de ella; no es un contrato, pero este es sin duda necesario para lograr sus fines.

Lo anterior conduce a que la empresa no es (ni puede ser) regulada por una sola rama del derecho. Autores como Galgano indican que el derecho de la empresa es “un derecho regulador de las relaciones entre el empresario y los inversionistas o propietarios del capital, con los trabajadores, así como entre empresarios y consumidores, y de las que se establecen entre los empresarios”²³. De donde se infiere que la empresa es regulada, cuando menos, por el derecho comercial, el derecho laboral y el derecho del consumo; de modo que la noción de empresa es hoy en día transversal.

La empresa vista desde el derecho comercial cuenta con tres elementos esenciales para su existencia, que son: elemento objetivo o actividad económicamente organizada, elemento subjetivo o empresario-mercantil y elemento funcional o instrumental que es el establecimiento de comercio²⁴.

²⁰ José Ignacio Narváez García, *Derecho mercantil colombiano. Parte general*. 8ª ed. (Bogotá: Legis, 1997), 64.

²¹ Julio Enrique Bonilla Reyes, “La empresa y el empresario”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 3 (1998), 105.

²² Ignacio Arteaga, “En busca del concepto jurídico de empresa”. *Revista Chilena de Derecho* 3, n.º 29 (2002), 605-10.

²³ Citado por: José Narváez García, Jorge Eduardo Narváez Bonnet y Olga Stella Narváez Bonnet, *Derecho de la empresa* (Bogotá: Legis, 2008), 11.

²⁴ Marcela Castro de Cifuentes, *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios* (Bogotá: Temis, Universidad de los Andes, 2009), 42-4.

Se evidencia entonces que el derecho comercial y en particular las relaciones que reglamenta se transforman por el paso del tiempo y por el desarrollo de las relaciones económicas entre los intervinientes en el mercado.

En ese orden de ideas, al no poderse definir de manera estática y permanente el objeto de esta rama del derecho, aparecen situaciones que dificultan la decisión acerca de si a una determinada relación jurídica le es aplicable o no el derecho comercial. Para evitar estos conflictos normativos, los códigos de comercio suelen contener artículos como el 20, el 21 y el 22 del colombiano²⁵, en los cuales se contemplan los actos de comercio, los accesorios de comercio y los actos mixtos de comercio.

Los de comercio son aquellos actos que por su naturaleza son mercantiles y, en consecuencia, sin lugar a duda se les aplica el derecho comercial. Los actos accesorios de comercio no son mercantiles por su naturaleza, sino que lo son por su vínculo con una actividad empresarial o con un contrato de naturaleza mercantil. Respecto a los que acceden a la actividad empresarial, Narváez García²⁶ afirma que son mercantiles porque guardan nexo con otros actos de comercio a los que acceden. En cuanto a los que acceden a un contrato, se sostiene que son aquellos que son comerciales en tanto que sirven para garantizar el cumplimiento del contrato comercial principal²⁷. Esta categoría de actos de comercio amplía notoriamente el espectro de aplicación del derecho comercial en el sentido de que contratos que en principio no son mercantiles, como por ejemplo la hipoteca de un bien inmueble destinado a la vivienda, terminarían regulados por el derecho comercial porque el contrato principal (ya sea mutuo bancario o apertura de crédito) fuera mercantil.

En lo que atañe a los actos mixtos, como ya se explicó, son aquellos que no son mercantiles para una de las partes, pero que sí lo son para la otra. Esta categoría se presenta como “residuo del corporativismo gremial medieval”²⁸, ya

²⁵ Decreto 410 de 1971.

²⁶ Narváez, *Derecho mercantil*, 138.

²⁷ María Susana Dávalos, *Manual de introducción al derecho mercantil* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010), 58.

²⁸ Juan Manuel Murillas Escudero, “Unas notas sobre el concepto de la ‘mercantilidad’”. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 0 (2002), 104, <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redu/numero0/murillas.pdf>

que era la forma en que se extendía la aplicación del derecho comercial que en principio era aplicable solo a aquellos que estaban registrados como comerciantes, a aquellas personas que no lo eran. Para Pinzón, estos contratos son relativamente mercantiles, porque al serlo para una de las partes y no para la otra en todo caso se les aplica la norma comercial²⁹. Los actos mixtos se presentarían sobre todo en casos en que la norma comercial excluye su aplicación para una parte, pero simultáneamente la incluye para otra.

Se considera que esto ocurre en especial en el caso de algunas de las actividades a que hace alusión el artículo 23 del Código de Comercio colombiano³⁰. Se pueden presentar en los contratos: de consumo, de derechos de autor celebrados por el autor, agrícolas celebrados por el agricultor y los que se ofician en el ejercicio de las profesiones liberales. De esta forma, el contrato de mandato entre un abogado y un empresario comercial, necesario para atender un proceso en que se encuentra vinculada la empresa, será un contrato mercantil.

Con base en lo precedente, se observa cómo los negocios mercantiles no quedan completamente regulados con la enumeración que de estos haga un código, sino que debe prestarse particular atención a la forma en que el comerciante desarrolla sus negocios, ya que a través de esta vía y de las instituciones de los actos mixtos y accesorios de comercio se amplía el espectro de aplicación. Si a lo anterior se agrega la constante transformación de los mercados, deberá afirmarse con el autor de principios del siglo XX, Antonio José Uribe, que esta rama del derecho es expansiva y “no se detiene aquí su evolución, sino que en la materia de los contratos, es notorio que todo el círculo del derecho mercantil se ensancha [...]”³¹.

El derecho del consumo

Díaz Ramírez afirma que: “Hay estrecha relación entre economía y derecho comercial, como lo puso en evidencia el método de atenta observación de la realidad. El derecho mercantil es el medio, la herramienta que permite el desarrollo del sistema económico establecido en la Constitución de un país. Las instituciones

²⁹ Gabino Pinzón, *Introducción al derecho comercial*. 3ª ed. (Bogotá: Temis, 1985), 146-7.

³⁰ Decreto 410 de 1971.

³¹ Antonio José Uribe, *Derecho mercantil colombiano* (Berlín: R.v. Decker's Verlag, 1906), 13.

de derecho mercantil y, particularmente, el criterio con que se establezca la mercantilidad, están en función del sistema económico adoptado y del grado de desarrollo económico del país de que se trate, en un momento dado”³².

Esta manifestación es optimista no solo frente a la visión del papel del derecho comercial en la economía, sino también al considerar que puede haber una relación pacífica entre el derecho comercial y el constitucional.

En cuanto a lo primero, esta aserción parece acorde con una perspectiva clásica del Estado de derecho y liberal que se caracteriza por: el liberalismo económico, el Estado gendarme y la separación Estado-sociedad y derecho privado-derecho público, en donde las libertades y la propiedad privada son derechos garantizados y el Estado permite que el mercado se regule por la mano invisible de Smith³³. Además, los contratos se fundaban en la autonomía de la voluntad con sus dos elementos: la soberanía, que indica que una persona no puede ser forzada a contratar y que su voluntad basta para obligarla, y la fuerza obligatoria que implica que una vez manifestada la voluntad, lo pactado es obligatorio para las partes³⁴.

Los elementos en mención repercuten en las libertades de las personas en la medida en que garantizan la libertad contractual, que incluye entre otras las libertades de: escoger con quién se contrata, seleccionar el tipo o atipo contractual, celebrar el contrato por sí mismo, de hacerse representar o de actuar por interpuesta persona y forma de expresión de la voluntad, salvo en los casos en que la ley imponga solemnidades³⁵.

En ese sentido, la relación entre el derecho comercial y la Constitución hoy, no es pacífica, debido al proceso de constitucionalización del derecho comercial que, en general, hace referencia a un proceso en virtud del cual todo el ordenamiento jurídico resulta impregnado por las disposiciones constitucionales y que para tal efecto tiene como condiciones que la Constitución sea rígida, garantizada por la jurisdicción, vinculante u obligatoria, sobreinterpretada, de aplicación directa, que inflencie las relaciones políticas y que las leyes deban interpretarse

³² Díaz, “La comercialidad”, 102.

³³ Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 63.

³⁴ Christian Larroumet, *Teoría general del contrato* (Bogotá: Temis, 1999), 85-7.

³⁵ Fernando Hinestroza, “Función, límites y cargas de la autonomía privada”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 26 (2014), 9-11.

conforme con esta³⁶. Frente al derecho comercial, se presenta el fenómeno de la constitucionalización cuando se observa “que el predominio de un agente privado tiene fuerza suficiente para aniquilar las alternativas de acción de otro particular”³⁷.

Ahora bien, el fenómeno de la constitucionalización se da principalmente en el marco del Estado social de derecho, en el que resaltan las siguientes características:

Estado y sociedad ya no van a ser realidades separadas ni opuestas, de modo que aquél no podía ni debía modificar el orden social natural y espontáneo, dotado de racionalidad, cuyo equilibrio se sostenía con el sólo reconocimiento de la libertad y la igualdad. Por el contrario, el Estado Social parte de que la sociedad, dejada a sus mecanismos autorreguladores, conduce a la pura irracionalidad y de que sólo la acción del Estado puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado [...].

El Estado Social no pretende negar los *valores y fines* del Estado Liberal (la libertad y la igualdad del individuo); al contrario, los asume y trata de hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material; así, se entiende que no cabe realizar la *libertad si su reconocimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real*. En efecto mientras que en los siglos XVIII y XIX se creía que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, hoy se piensa que la dignidad humana es condición previa para el ejercicio de la libertad [...].

El Estado Social es un Estado que se responsabiliza de que los ciudadanos cuenten con “mínimos vitales” a partir de los cuales poder ejercer su libertad. [...] el Estado Social quiere establecer las bases económicas y sociales para que el individuo, desde unos mínimos garantizados por aquél, pueda desenvolverse [...].

Porque el Estado Social no combate los postulados económicos del Estado Liberal, sino solamente sus efectos distorsionadores sobre los que está obligado a actuar [...], el Estado Social no es *per se* planificador ni dirigista; podrá serlo en función de las particulares condiciones sociales y económicas con las que haya de contar, pero no por su propia naturaleza. Lo que sí le es propio es su carácter de redistribuidor de

³⁶ Riccardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2009), 50-8.

³⁷ Juan Jacobo Calderón, *La constitucionalización del derecho privado* (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Temis, Universidad de los Andes, 2011), 22.

las rentas que, con el auxilio del sistema tributario, le permite atender la urgente demanda de servicios sociales³⁸.

Así, autores como Correa Henao estiman que el principio medular del Estado social de derecho es la igualdad real o material, de modo tal que el Estado “sólo se despliega cuando es necesario alterar por alguna causa justificable sus reglas, vale decir, cuando las condiciones reales determinen admitir y, más que eso, proteger un trato diferencial”³⁹.

En este marco, “El manejo democrático de la economía se debe basar en un aumento del gasto público para generar empleo y la igualdad se debe configurar por medio de la provisión de servicios sociales tales como programas de trabajo, políticas de familia, de vivienda, de salud y de asistencia social. En conclusión, para el liberalismo moderno, todos los agentes del Estado deben intervenir para lograr que se cumplan las promesas de libertad, igualdad y justicia del sistema liberal”⁴⁰.

De lo dicho se desprende que el Estado no puede actuar como un simple observador ante los fenómenos económicos, sino que debe ser un agente dentro del mercado. Según Castaño Tamayo y González González, el Estado actúa en el mercado como ente político, empresario y benefactor⁴¹.

Una de las formas en que el Estado interviene es mediante la expedición de normas de orden público económico. El orden público económico, en palabras de Cea Egaña, es el “conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”⁴².

Tomando como base el citado contexto, se puede observar que el derecho del consumo existe en función del consumidor que al celebrar el contrato está en una posición de desventaja frente al productor o expendedor, que como parte

³⁸ Remedio Sánchez Ferriz, *Introducción al Estado constitucional* (Barcelona: Ariel, 1993), 144-7.

³⁹ Magdalena Correa, *Libertad de empresa en el Estado social de derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 110.

⁴⁰ Helena Alviar, “La búsqueda del progreso en la interpretación de la Constitución de 1991: el caso de la intervención de la Corte en la economía”, en *Hacia un nuevo derecho constitucional*, editado por Daniel Bonilla y Manuel A. Iturralde (Bogotá: Universidad de los Andes, 2005), 157.

⁴¹ Castaño y González, *Ideas económicas*, 294.

⁴² Citado por Jorge Varela del Solar, “Subsidiariedad, orden público económico y seguridad nacional en la Constitución de 1980”. *Revista Chilena de Derecho* 16, n.º 2 (1989), 386.

avanzada puede utilizar la contratación para fines personales desequilibrando la igualdad que debe existir en el contrato⁴³. En donde, “[e]n suma, el consumidor en el Derecho Nacional como en el Derecho comparado se entiende como aquel sujeto sea tanto persona natural o persona jurídica en los ordenamientos que lo permiten, que adquiere un producto en el mercado para su satisfacción personal y que no se encuentra destinado a su actividad comercial o a la obtención de un lucro a través de su adquisición”⁴⁴.

La posición de desventaja del consumidor proviene de la asimetría de la información que se presenta porque el oferente descubre que hay vacíos en el demandante respecto del conocimiento de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, lo que en términos jurídicos genera una situación de desigualdad entre los contratantes, que podría motivar al oferente a tomar ventaja de esta situación y a crear un desequilibrio en el mercado⁴⁵. Como bien lo resalta Harford, la asimetría de la información es un problema medular en el mercado, pues tiene la potencialidad de evitar la celebración de negocios jurídicos y, por esto, de frenar el desarrollo del mercado⁴⁶.

En este sentido, se evidencia que en el Estatuto del Consumidor se busca combatir la desigualdad entre el oferente conocedor de los productos que produce o expende y el demandante que es usuario final de los mismos, a partir de una presunción derivada del uso del producto: si una persona utiliza un producto para producir otro, conoce el bien adquirido, por ende, no habría asimetría entre el oferente y el demandante. En tanto que, si una persona es usuaria final de un producto, se presume que no lo conoce.

Obsérvese cómo se pueden distinguir dos clases de demandantes: el demandante no consumidor y el demandante consumidor. Esta clasificación tendría como consecuencia exigencias de conducta diferentes frente al conocimiento del bien adquirido. Mientras que al demandante no consumidor se le pide actuar con

⁴³ Karen Isabel Cabrera, “El derecho de consumo: desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos”. *Revista de Derecho*, n.º 35 (2001), 76.

⁴⁴ José Guillermo Castro y Nattaly Calonje, *Derecho de obligaciones: aproximación a la praxis y a la constitucionalización* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 263.

⁴⁵ Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, *Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia* (Nueva York, Ginebra: Organización de las Naciones Unidas, 2004), 20.

⁴⁶ Tim Harford, *El economista camuflado* (Madrid: Planeta, 2013), 182-7.

diligencia y verificar la información suministrada por el oferente en cuanto a la calidad, idoneidad y demás características de los productos; al consumidor no se le hace esta exigencia, luego será protegido aun en los eventos en que se quede solo con los datos suministrados por el productor o expendedor.

Ahora bien, los contratos de consumo por lo general son de adhesión, es decir, aquellos en que “una de las partes [...] anteladamente establece el contenido del contrato en forma unilateral, de tal manera que la otra parte, el adherente, solo puede tomarlo o dejarlo”⁴⁷.

La conjunción de asimetría de la información con el uso de los contratos de adhesión conduce a que quien redactó las estipulaciones esté en una posición dominante contractual en la cual el oferente puede abusar de sus derechos, ya sea actuando para causar daño al consumidor, ejerciéndolo en contradicción a la finalidad o usándolo de manera anormal o excesiva⁴⁸.

La motivación que el oferente necesita para tomar la decisión de abusar de sus derechos proviene de sus intereses, en la medida en que él busca maximizar su utilidad y cobrar más por sus productos, de forma que la diferencia entre el costo y el valor de venta sea el mayor posible; mientras que el demandante procura maximizar su ingreso tratando de pagar lo menos por los productos para satisfacer la mayor parte de sus necesidades. Luego, el oferente (donde normalmente se encuentra la empresa) tiene un interés contrapuesto al demandante (donde se encuentra el consumidor)⁴⁹.

En estas circunstancias la asimetría de la información determina que el consumidor se halle en una situación de desigualdad económica frente al productor, que lo hace merecedor de protección jurídica, que parte de la Constitución Política.

Con base en lo anterior, a partir de la Sentencia C-1141 de 2000 la Corte Constitucional empezó a constitucionalizar los contratos de consumo al extender la responsabilidad por el producto defectuoso al productor, es decir, más allá del principio de relatividad del contrato según el cual, el contrato solo debe producir

⁴⁷ Jaime Alberto Arrubla, “La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 370.

⁴⁸ Ernesto Rengifo García, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. 2ª ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 193-8.

⁴⁹ Mauricio Velandia, *Derecho de la competencia y el consumo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008), 330-1.

efectos entre las partes que lo celebran⁵⁰. Así en Colombia comenzó a desprenderse la verdadera rama del derecho objetivo denominada del consumidor, que se explica,

[...] como parte del gran Derecho de la competencia o Derecho del mercado, se estructura a partir de la idea de desigualdad de las partes y en ese tanto, como sistema normativo de protección del sujeto débil de la relación jurídica que se traza en el proceso de adquisición de bienes y servicios para la atención de las necesidades humanas, familiares o de subsistencia.

Siguiendo esta línea, se trata comúnmente de un régimen jurídico estatutario de carácter personal, que trasciende por la mera expectativa de serlo, la ley de los comerciantes, para aplicarse tras los actos de consumo, cuando se salvaguarda el derecho colectivo del consumidor, o cuando se trata de los daños por productos defectuosos a terceros. En todo caso, dirigido a proteger no el acuerdo de voluntades o la seguridad jurídica y económica de quien ejerce el comercio, sino al destinatario final o a la persona que adquiere o debe adquirir bienes o servicios para atender los requerimientos humanos o domésticos, básicos o no, que tenga como individuo, familia y organización⁵¹.

En cuanto al alcance de la protección del consumidor, este ordenamiento le reconoce derechos subjetivos, esto es “poderes (o facultades) de goce cuyo ejercicio (o gobierno) se deja a iniciativa de su titular (o de su representante legal cuando se trata de incapaces) y que se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico frente a las violaciones provenientes de la conducta de los obligados a respetarlos”⁵².

Respecto de estos derechos, en la Sentencia C-1141 de 2000 la Corte Constitucional dijo que tenían el carácter de un derecho poliédrico: que comprende aspectos sustanciales relacionados con la calidad de los bienes y servicios y de la información; procesales, que tienen que ver con la exigibilidad judicial de

⁵⁰ Ernesto Rengifo García, “Principales transformaciones del derecho mercantil en sus últimos cuarenta años”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* n.º 348 (2001), 126.

⁵¹ Magdalena Correa, “El Estatuto del consumidor: aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 82-3.

⁵² Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil. Vol. I. Parte general y personas*. 16ª ed. (Bogotá: Temis, 2010), 271.

las garantías y la indemnización de los perjuicios; y participativos frente a la administración pública y otros órganos reguladores⁵³.

Además de los derechos individuales mencionados, hay un derecho colectivo que tiene por titular a un conjunto de individuos con fines e intereses comunes y en consecuencia, pueden ejercerse de manera grupal o por el Estado en interés de la agrupación de individuos⁵⁴; porque “los intereses de los consumidores, amenazados o afectados, habitualmente revisten naturaleza supraindividual (productos defectuosos, publicidades engañosas, cláusulas abusivas, etc.) [...] Por ello, el derecho del consumidor elimina, a través de la legitimación colectiva, la exigencia de un interés personal para accionar, instrumentando modos colectivos de protección, acciones grupales, etc.”⁵⁵. El reconocimiento de este derecho es de índole constitucional (art. 78, Constitución Política de Colombia), como lo resalta Chamie:

La lista de los derechos del consumidor no se agota con aquellos inherentes a la tutela individual, comprende también los derechos colectivos de los consumidores en cuanto asociados; de ahí la legitimación para actuar de las asociaciones de consumidores. Como resulta obvio, los derechos enunciados por el Estatuto deben interpretarse a la luz del texto constitucional, que ya los reconoce en su ámbito superior o *ex constitutione*.

Estos derechos se comprenden como posiciones subjetivas inviolables, pero también como posiciones subjetivas que, no obstante su heterogeneidad formal, constituyen el estatus jurídico del consumidor y por lo mismo son particularmente relevantes. Deben entenderse como ‘derechos esenciales’ del consumidor, o bien como el núcleo de los derechos del consumidor⁵⁶.

El derecho y los derechos del consumidor son aplicables en la relación de consumo que se caracteriza por los sujetos (consumidor o usuario y el productor,

⁵³ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1141 de 2000.

⁵⁴ Para Jáuregui Bereciartu los derechos de los consumidores no encuadran en la categoría de colectivos en sentido estricto, sino que son un derecho específico de un grupo: el interés no es común sino individual. Gurutz Jáuregui Bereciartu, “Derechos individuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible”, en *Una discusión sobre derechos colectivos*, editado por Francisco Javier Ansuátegui (Madrid: Dykinson, 2001), 57.

⁵⁵ Gabriel Stiglitz, “Contratos, cláusulas abusivas y defensa del consumidor”, en *Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, editado por Aída Kemelmajer de Carlucci (Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2005), 521.

⁵⁶ José Félix Chamie, “Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 24 (2013), 129.

proveedor o expendedor), el objeto sobre el que recaen (bien o servicio para satisfacer una necesidad que no esté ligada a la actividad económica), las transacciones de adquisición, disfrute o uso del producto y el rol del mercado, en donde el consumidor es el destinatario final y el productor, proveedor o expendedor, debe ser profesional⁵⁷.

De esta descripción se infiere que la relación de consumo, en los términos del Código de Comercio, forma parte de la categoría del acto mixto de comercio⁵⁸. Lo que tiene como efecto limitar el espectro de aplicación del derecho comercial en tanto que a la relación de consumo se le aplican las normas del Estatuto del Consumidor, que son normas de orden público, lo cual determina que son de carácter imperativo: no son derogables por convenio entre los particulares, aunque esto no puede ser óbice para que en caso de disputa, el consumidor y el productor o proveedor puedan llegar a un acuerdo económico respecto al tema en controversia⁵⁹. Por otra parte, estas normas deben interpretarse en favor del consumidor, aun en caso de duda (*in dubio pro consumatore*).

Como normas supletivas a este ordenamiento, se le aplican las disposiciones del Código de Comercio y luego las del Código Civil. Pero, teniendo en cuenta que primero se deben intentar integrar las normas del derecho del consumo a través de las analogías *legis* y *juris* (art. 4, Ley 1480 de 2011⁶⁰).

Efectos del derecho del consumo en la mercantilidad

A continuación, se analizarán los actos de comercio enumerados en los artículos 20, 21 y 22 del Código de Comercio colombiano⁶¹ según la perspectiva del derecho del consumo. Esto es, si estos negocios jurídicos pueden devenir en actos de

⁵⁷ Alejandro Giraldo, Carlos Caycedo y Ramón Madriñán, *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor: Ley 1480 de 2011* (Bogotá: Legis, 2012), 6-9.

⁵⁸ Juan Pablo Cárdenas, "Derecho comercial en el siglo XXI. Presente y futuro", en *Derecho comercial, cuestiones fundamentales*, editado por Juan Pablo Cárdenas, Juan Jacobo Calderón y Yira López (Bogotá: Universidad del Rosario, Legis, 2016), 8.

⁵⁹ Carlos Caycedo, "Principios e instituciones del derecho", en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 212-3.

⁶⁰ Ley 1480 de 2011, "por la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones". *Diario Oficial*, (2011), 2.

⁶¹ Decreto 410 de 1971.

consumo y, por ende, huir de la aplicación principal del derecho comercial a la aplicación del derecho del consumo.

Para tal fin, los actos de comercio mencionados en el Código de Comercio se clasificarán en función del derecho del consumo: los actos absolutamente comerciales, los relativamente de consumo, los accesorios de consumo y los actos mixtos de comercio. Esta clasificación obedece a la combinación de los actos de comercio con la noción de la relación de consumo.

Actos absolutamente comerciales

En la primera categoría se clasifican los actos cuya mercantilidad no puede ser desvirtuada por las relaciones de consumo, es decir, los actos que enseguida se examinan siempre se considerarán mercantiles, en la medida en que falta uno de los elementos subjetivos de la relación de consumo. En cada uno de estos casos falta, o bien el consumidor o bien el productor.

Dentro de los actos de comercio que no pueden ser de consumo porque carecen de consumidor se encuentran los contemplados en los numerales 4, 5 y 6 del artículo 20 del Código de Comercio⁶², y en los que les falta el productor, están los numerales 1, 2 y 3 de la misma norma, tal y como en seguida se demuestra.

Actos que no pueden ser desarrollados por un consumidor

Estos actos no pueden ser de consumo, ya que ninguna de las partes actúa en calidad de destinataria final de los productos o servicios a los que se hace referencia.

En cuanto al numeral 4, regula “la adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos”⁶³.

El establecimiento de comercio es un bien mercantil que define el artículo 515 del Código de Comercio⁶⁴ y cuenta con los elementos consignados en el artículo 516 del mismo estatuto. Se trata de un conjunto de bienes que se caracteriza por “su organización para realizar los fines de la empresa; de ahí que se

.....
⁶² Decreto 410 de 1971.

⁶³ Decreto 410 de 1971.

⁶⁴ Decreto 410 de 1971.

considere como una unidad económica resultante de la organización y adaptación de esos elementos a una utilización conjunta y coordinada”⁶⁵. De la definición de establecimiento se desprende que cualquier acto que se realice sobre este no puede ser de consumo, puesto que ninguna de las partes de estos negocios podrá ser tenida como destinataria final del bien, sino que una de las partes hará uso del bien para explotarlo económicamente y la otra recibirá una contraprestación por el negocio jurídico celebrado. En dicho caso, el adquirente es un empresario que debe tener conocimiento de la actividad económica que se va a desarrollar y acreditar que actuó con diligencia a la hora de adquirirlo. Así se constata en el artículo 529 del Código de Comercio cuando se hace responsable al adquirente de las obligaciones que no consten en libros, si no prueba que actuó con buena fe exenta de culpa⁶⁶.

El numeral 5 por su parte, determina que son mercantiles “la intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones”.

Las sociedades, y en particular las comerciales, en la actualidad se explican desde la teoría de la institución, y como persona jurídica⁶⁷ se caracterizan⁶⁸ por el ánimo de lucro que se divide en dos: el lucro de la sociedad, que se refiere a que la sociedad es comercial porque su objeto es realizar actos de comercio, y el lucro de los socios, que consiste en que ellos esperan obtener un beneficio económico y repartirse las utilidades sociales⁶⁹. Se colige de ello que la persona que celebra un negocio jurídico oneroso para formar parte de una sociedad comercial, no lo hace como destinataria final o para satisfacer una necesidad personal o familiar, sino para obtener una remuneración o contraprestación por su participación. Ese

⁶⁵ Luis Baena, *Lecciones de derecho mercantil* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 85.

⁶⁶ Decreto 410 de 1971.

⁶⁷ Jorge Hernán Gil Echeverri, *Derecho societario contemporáneo: estudios de derecho comparado* (Bogotá: Legis, 2004), 1.

⁶⁸ Además del ánimo de lucro, los elementos de la esencia de las sociedades son: la pluralidad de socios (excepto en la sociedad por acciones simplificadas); el aporte que puede ser en dinero, en especie, en otros derechos apreciables en dinero y en industria; y el ánimo de asociarse. María Constanza Cascante Chaves y María Victoria Duque de Herrera, *Sociedades mercantiles* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 35-66.

⁶⁹ Narváez, *Derecho mercantil*, 145.

ánimo especulativo le impone la carga de tener que informarse por el estado de la sociedad en que va a invertir.

En el numeral 6 se contempla que “el giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos” son mercantiles.

Los títulos valores son bienes muebles mercantiles que cuentan con una particular regulación debido a las especiales características que ostentan, las cuales define el artículo 619 del Código de Comercio. Los títulos valores incorporan derechos subjetivos y, en consecuencia, su tenedor legal está legitimado para ejercer los derechos; adicionalmente, contienen declaraciones univoluntarias autónomas entre sí⁷⁰. Se excluye la presencia de un consumidor en los títulos valores porque el tenedor del título valor no actúa como un destinatario final del mismo y porque las declaraciones de voluntad son univoluntarias, lo que excluye el concepto de contrato y conduce a que no se pueda evidenciar la relación de consumo.

Actos que carecen de productor, proveedor o expendedor

Los actos que carecen de productor, proveedor o expendedor se registran en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 20 del Código de Comercio que se refieren a “la adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos”; “la adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos”; y “el recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés”, respectivamente.

Se afirma que carecen de productor, proveedor o expendedor porque quien vende, arrienda o subarrienda, o da en mutuo, no debe dedicarse de manera habitual a esta actividad para que el acto sea calificado como comercial y, todo lo contrario, si en su actividad se profesionaliza la mercantilidad, no se incluiría en virtud de la aplicación de los numerales en cita, sino de otros numerales que se

⁷⁰ Bernardo Trujillo Calle, *De los títulos valores. Vol. I. Parte general*. 11ª ed. (Bogotá: Grupo Editorial Leyer, 2000), 55-7.

analizarán a continuación. En este caso, a pesar de que la relación sea calificada como mercantil por el Código de Comercio, se está describiendo la relación entre dos personas no comerciantes, en donde el oferente no tiene la carga de conocer el producto como si fuera su productor o distribuidor.

Un ejemplo de esta situación se presenta cuando un estudiante universitario para solventar algunos de sus gastos va al supermercado y compra una bolsa de dulces para revenderlos entre sus compañeros de estudio. La compra y la venta son mercantiles según el Código de Comercio, pero el oferente al no ser comerciante no tiene la carga de conocimiento que tiene el productor o el distribuidor.

Actos relativamente de consumo

Aquí se incorporan las empresas mercantiles, ya que estas actúan como oferentes dentro del mercado y puede haber demandantes que pueden o no ser consumidores.

Así las cosas, habrá actos de consumo cuando quiera que el demandante de los productos o servicios sea un consumidor, mientras que será un acto de comercio cuando el negocio jurídico sea celebrado entre el oferente y un no consumidor.

En esta categoría se encuentran los negocios a que aluden los numerales 7-18 del artículo 20 del Código de Comercio⁷¹:

[...] 7) Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos;

8) El corretaje, las agencias de negocios y la representación de firmas nacionales o extranjeras;

9) La explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes, vías y campos de aterrizaje;

10) Las empresas de seguros y la actividad aseguradora;

11) Las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados;

12) Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes;

13) Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes;

14) Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios;

.....
⁷¹ Decreto 410 de 1971.

15) Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones;

16) Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza⁷²;

17) Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes;

18) Las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios.

En los anteriores numerales se evidencia cómo en cada uno de ellos la persona que celebra contratos con el empresario mercantil puede ser o no otro empresario. Se resaltan los actos mencionados en el numeral 8, toda vez que apunta a las actividades que desarrollan los auxiliares del comercio, esto es, comerciantes que se dedican a realizar actos en favor de otros comerciantes⁷³. En otras palabras, los principales demandantes de los servicios de los auxiliares del comercio son otros comerciantes, luego pareciera que en este numeral se regulan actividades que tendrían en ambos extremos a empresarios que no son destinatarios finales. No obstante, se ubicó este numeral en esta categoría porque los auxiliares del comercio pueden entrar en contacto con consumidores, como ocurre en el caso de las agencias inmobiliarias, las agencias de viajes, entre otras; lo que conduciría a que sea posible la relación de consumo entre un auxiliar de comercio y un consumidor.

Actos accesorios de consumo

Esta categoría de actos surge como una necesidad de desarrollo del artículo 21 del Código de Comercio⁷⁴, toda vez que es menester determinar qué ordenamiento jurídico debe administrarse a los actos que garantizan actos de consumo. En este

⁷² Este numeral del artículo 20 del Código de Comercio resulta una novedad en el derecho colombiano. En la enumeración de actos de comercio que se hacía en el estatuto anterior, ubicada casualmente en el artículo 20, se constata que no se contemplaban actividades de extracción de recursos de la naturaleza. Asimismo, durante el primer periodo de vigencia de este código, la Corte Suprema de Justicia solo consideró como mercantil la extracción de esmeraldas. Clara Carolina Cardozo-Roa, *La jurisprudencia mercantil de la Corte Suprema de Justicia entre 1887 y 1916* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2018), 14-5, 35.

⁷³ Ramón E. Madriñán de la Torre, *Principios de derecho comercial*. 8ª ed. (Bogotá: Temis, 2000), 67.

⁷⁴ Decreto 410 de 1971.

caso, se estima que debe aplicarse el principio según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Si el contrato principal (compraventa, arrendamiento, prestación de servicios, etc.) es de consumo, el contrato accesorio (prenda, hipoteca, fianza, seguro, etc.) también lo será.

Así, si un consumidor financiero celebra un contrato de hipoteca para garantizar un contrato de mutuo bancario, la hipoteca deberá seguir la suerte del contrato principal, y si es de consumo, la hipoteca también deberá serlo.

Actos mixtos de comercio

La categoría del acto mixto de comercio se considera que debe subsistir y que pertenecen a ella aquellos actos en los que una de las partes es autor, agricultor o ganadero, o prestador de un servicio inherente a una profesión liberal, al tenor de los numerales 2, 4 y 5 del artículo 23 del Código de Comercio⁷⁵, que indican que no son mercantiles:

[...] 2) La adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de éstas por su autor;

[...]

4) Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa, y

5) La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales.

En estos casos, si para la contraparte del autor, agricultor, ganadero o prestador de un servicio inherente a una profesión liberal el acto es mercantil, entonces, se podrá aplicar esta figura y, en consecuencia, el derecho aplicable será el derecho comercial.

Ahora bien, si el autor, agricultor, ganadero o prestador de un servicio inherente a una profesión liberal celebra un contrato con un consumidor final, el negocio deberá clasificarse como un acto relativo de consumo, en los términos descritos previamente. Es un acto relativo de consumo porque este carácter se

.....
⁷⁵ Decreto 410 de 1971.

determina en función del carácter de consumidor o no de un contratante. Asimismo, si el cocontratante no es un consumidor, ni a la relación se le aplica el derecho comercial, el acto será regulado por la ley civil.

No se incluye el numeral 3 del artículo 23 porque en él se excluye la mercantilidad de los contratos estatales y, en este caso, si se celebra un contrato entre un funcionario público en ejercicio de sus funciones y un comerciante, prevalecerá la norma de derecho administrativo sobre la mercantil.

Conclusiones

Con fundamento en los argumentos presentados, se concluye que:

La fisonomía clásica del derecho comercial como una rama del derecho que expandía su ámbito de aplicación en virtud de figuras como el acto accesorio de comercio y el acto mixto de comercio ha cambiado, y se ha visto limitada por el surgimiento y desarrollo del derecho del consumo.

El cambio que sufrió el derecho comercial es resultado de la constitucionalización del derecho, que a través del proceso de impregnación del resto del ordenamiento jurídico permite el surgimiento de regímenes tuitivos, con los que se busca proteger a quienes son débiles en una relación jurídica.

La debilidad del consumidor surge de la asimetría de la información, lo que favorece una posición dominante del productor, expendedor o proveedor de la cual puede abusar empleando, entre otros, los contratos de adhesión. Para proteger al consumidor se ha desarrollado una nueva rama del derecho por medio de la cual se le garantizan derechos individuales y colectivos.

A partir de las normas que regulan los derechos del consumidor se propone una nueva clasificación de los negocios jurídicos de consumo en cuatro categorías:

- Los actos absolutos de comercio, que son aquellos que no sufrieron una modificación por las normas de consumo y que siguen siendo mercantiles.
- Los actos relativos de consumo, que pueden ser comerciales o de consumo, dependiendo de si en el negocio jurídico interviene o no un consumidor.
- Los actos accesorios de consumo, que serían las garantías de las obligaciones que contrae el consumidor.
- Los actos mixtos de comercio, los cuales se configuran cuando quiera que un autor, agricultor o ganadero, o un prestador de servicios, inherentes a

las profesiones liberales, celebra un contrato con una persona para la cual el negocio jurídico es mercantil, de manera tal que a esta categoría se le excluirían los actos de consumo.

Bibliografía

- Alviar, Helena. “La búsqueda del progreso en la interpretación de la Constitución de 1991: el caso de la intervención de la Corte en la economía”, en *Hacia un nuevo derecho constitucional*, editado por Daniel Bonilla y Manuel A. Iturralde, 153-180. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005.
- Ariño, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Arrubla, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2008.
- Arrubla, Jaime Alberto. “La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas, 355-387. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Arteaga, Ignacio. “En busca del concepto jurídico de empresa”. *Revista Chilena de Derecho* 29, n.º 3 (2002): 603-20.
- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*, n.º 116 (1991).
- Baena, Luis Gonzalo. *Lecciones de derecho mercantil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Bonilla, Julio Enrique. “La empresa y el empresario”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 3 (1998): 105-26.
- Broseta, Manuel. *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 1965.
- Cabrera, Karen Isabel. “El derecho de consumo: desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos”. *Revista de Derecho*, n.º 35 (2001): 55-95.
- Calderón, Juan Jacobo. *La constitucionalización del derecho privado*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Temis, Universidad de los Andes, 2011.
- Cárdenas, Juan Pablo. “Derecho comercial en el siglo XXI. Presente y futuro”, en *Derecho comercial, cuestiones fundamentales*, editado por Juan Pablo Cárdenas, Juan Jacobo Calderón y Yira López, 5-27. Bogotá: Universidad del Rosario, Legis, 2016.
- Cardozo-Roa, Clara Carolina. *La jurisprudencia mercantil de la Corte Suprema de Justicia entre 1887 y 1916*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2018.

- Cascante, María Constanza y María Victoria Duque de Herrera. *Sociedades mercantiles*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.
- Castaño Tamayo, Ramón Abel y Humberto González González. *Ideas económicas mínimas*. 22ª ed. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2011.
- Castro, José Guillermo y Nattaly Calonje. *Derecho de obligaciones: aproximación a la praxis y a la constitucionalización*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.
- Castro, Marcela. *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*. Bogotá: Temis, Universidad de los Andes, 2009.
- Caycedo, Carlos Germán. “Principios e instituciones del derecho de protección del consumidor en Colombia”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas, 159-225. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Chamie, José Félix. “Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 24 (2013): 115-32.
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo. *Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia*. Nueva York, Ginebra: Organización de las Naciones Unidas, 2004.
- Correa, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Correa, Magdalena. “El Estatuto del Consumidor: aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas, 77-158. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-1141 de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Dávalos, María Susana. *Manual de introducción al derecho mercantil*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3259/5.pdf>
- Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. *Diario Oficial*, 16 de junio de 1971.
- Díaz, Enrique. “La comercialidad en el Código de Comercio colombiano”, en *Derecho civil y comercial. Ensayos jurídicos Liber Amicorum en homenaje al Doctor Carlos Holguín Holguín*, 100-150. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1999.
- Flint, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del DL 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- Garrigues, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Bogotá: Temis, 1987.

- Gil, Jorge Hernán. *Derecho societario contemporáneo: estudios de derecho comparado*. Bogotá: Legis, 2004.
- Giraldo, Alejandro, Carlos Germán Caycedo Espinel y Ramón Eduardo Madriñán Rivera. *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor: Ley 1480 de 2011*. Bogotá: Legis, 2012.
- Goldschmidt, Roberto. *Curso de derecho mercantil*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, 2008.
- González, Guillermo. *Derecho laboral colombiano. Relaciones individuales*. 10ª ed. Bogotá: Legis, 2004.
- Guastini, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell, 49-73. Madrid: Trotta, 2009.
- Harford, Tim. *El economista camuflado*. Madrid: Planeta, 2013.
- Hinestrosa, Fernando. “Función, límites y cargas de la autonomía privada”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 26 (2014): 5-39.
- Jaramillo, Mario. *Vademécum de economía política*. Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994.
- Jáuregui, Gurutz. “Derechos individuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible”, en *Una discusión sobre derechos colectivos*, editado por Francisco Javier Ansuátegui Roig, 47-66. Madrid: Dykinson, 2001.
- Larroumet, Christian. *Teoría general del contrato*. Bogotá: Temis, 1999.
- Ley 1480 de 2011. Por la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 12 de octubre.
- Madriñán, Ramón E. *Principios de derecho comercial*. 8ª ed. Bogotá: Temis, 2000.
- Medina, Jairo. *Derecho comercial*. 4ª ed. Bogotá: Temis, 2008.
- Murillas, Juan Manuel. “Unas notas sobre el concepto de la ‘mercantilidad’”. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 0 (2002): 101-8, <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redu/numero0/murillas.pdf>
- Narváez, José Ignacio. *Derecho mercantil colombiano. Parte general*. 8ª ed. Bogotá: Legis, 1997.
- Narváez, José Ignacio. *Derecho mercantil colombiano, teoría general de las sociedades*. 8ª ed. Bogotá: Legis, 1998.
- Narváez, José Ignacio, Jorge Eduardo Narváez Bonnet y Olga Stella Narváez Bonnet. *Derecho de la empresa*. Bogotá: Legis, 2008.
- Parkin, Michael y Eduardo Loria. *Microeconomía, versión para América Latina*. 9ª ed. Ciudad de México: Pearson Educación, 2010.
- Pinzón, Gabino. *Introducción al derecho comercial*. 3ª ed. Bogotá: Temis, 1985.

- Ravassa, Gerardo. *Historia del comercio y del derecho mercantil*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 1990.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española. Comercio*. <http://dle.rae.es/?id=9vYPFME>
- Rengifo, Ernesto. “Principales transformaciones del derecho mercantil en sus últimos cuarenta años”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 348 (2001): 119-37.
- Rengifo, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Sánchez, Remedio. *Introducción al Estado constitucional*. Barcelona: Ariel, 1993.
- Santini, Gerardo. *El comercio: ensayo de economía del derecho*. Barcelona: Ariel, 1988.
- Spencer, Milton H. *Economía contemporánea*. 3ª ed. Barcelona: Reverté, 1993.
- Stiglitz, Gabriel. “Contratos, cláusulas abusivas y defensa del consumidor”, en *Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, editado por Aída Kemelmajer de Carlucci, 517-532. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2005.
- Trujillo, Bernardo. *De los títulos valores*. Bogotá: Grupo Editorial Leyer, 2000.
- Uribe, Antonio José. *Derecho mercantil colombiano*. Berlín: R.v. Decker's Verlag, 1906.
- Valencia, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil*. Bogotá: Temis, 2010.
- Varela, Jorge. “Subsidiariedad, orden público económico y seguridad nacional en la Constitución de 1980”. *Revista Chilena de Derecho* 16, n.º 2 (1989): 379-90.
- Velandia, Mauricio. *Derecho de la competencia y el consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DEL CONSUMO Y EL DERECHO DE AUTOR EN EL MARCO DE LAS INDUSTRIAS CREATIVAS

Germán Darío Flórez-Acero*

Resumen

El presente capítulo busca reflexionar acerca de la profunda relación que tiene hoy en día el derecho de autor y el derecho del consumo. Para ello, parte de las nociones básicas del derecho de autor, para luego hacer un vínculo con el derecho del consumo, especialmente en lo que tiene que ver con los elementos principales del contrato de consumo y el concepto de consumidor. Además, trata la importancia de las industrias creativas en esta relación.

Palabras clave: derecho de autor, propiedad intelectual, derecho del consumo, derecho privado.

* Investigador del Grupo en Derecho Privado y Propiedad Intelectual de la Universidad Católica de Colombia. Abogado y profesor de la Universidad Católica de Colombia, Universidad Nacional de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana (sede Cali). Director de la Mesa de Derecho de Autor del Centro de Pensamiento de la Universidad Nacional de Colombia. Master of law in Intellectual Property Queen Mary University of London. Árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Consejero de la firma 1493.

Abstract

This chapter seeks to reflect on the deep relation that copyright law and consumer law have today. In order to do so, he takes advantage of the basic notions of copyright, and then makes a relationship with consumer law, especially in relation to the main elements of the consumer contract and the notion of the consumer. There is also an allusion to the importance of the creative industries in this relation.

Key words: copyright, intellectual property, consumer law, private law.

Introducción

El presente capítulo es producto de la investigación del Grupo en Derecho Privado y Propiedad Intelectual de la Universidad Católica de Colombia. A partir de la expedición de la Ley 1480 de 2011 indiscutiblemente se marcó una nueva etapa en la protección de los consumidores en el contexto colombiano, ya que se instituyeron nuevas garantías y claridades para los consumidores en el marco de un país que en los últimos veinte años ha venido creciendo económicamente a un ritmo vertiginoso.

De hecho, Colombia se ha convertido en uno de los países que más ha crecido en el continente, a tal punto que ya es miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). En este proceso de pertenecer a la OCDE la Superintendencia de Industria y Comercio desempeñó un rol significativo y en especial su Delegatura para la Protección del Consumidor.

En las siguientes líneas se desarrollarán algunos aspectos sobre la protección del consumidor en Colombia, tomando en consideración los avances que han surgido desde la expedición de la Ley de Protección al Consumidor.

Por otro lado, la propiedad intelectual gana cada vez más espacio en la economía nacional, y específicamente el derecho de autor ha dado pie al nacimiento de las llamadas industrias creativas o del entretenimiento. Estos bienes de los cuales disfrutan cada vez un mayor número de consumidores, en definitiva deben aplicar las normas de consumo que cumplan con los estándares de calidad, idoneidad y seguridad para los usuarios.

El derecho de autor y la propiedad intelectual

La propiedad intelectual consiste en el reconocimiento de derechos que se les otorgan a los creadores de los diferentes tipos de obras amparadas por el derecho de autor y las prestaciones protegidas por los derechos conexos; y a las creaciones protegidas por la propiedad industrial. Algunas legislaciones, como la colombiana, incluyen en esta última categoría las variedades vegetales.

El derecho de autor es la rama de la ciencia jurídica que se encarga de regular todo lo referente a las obras científicas, literarias y artísticas, que comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, tales como: los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas o las que se expresan por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado y litografía; las obras fotográficas o las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía u otro medio conocido o por conocerse.

El derecho de autor protege todas las obras literarias y artísticas que se puedan reproducir por cualquier medio o forma conocida o por conocerse, se incluyen aquí las obras expresadas por escrito, las conferencias, sermones, composiciones musicales con o sin letra, obras dramático-musicales, obras coreográficas, obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento; obras de bellas artes, pinturas, esculturas, obras arquitectónicas, obras fotográficas, obras de arte aplicado, ilustraciones, mapas, croquis, programas de ordenador, antologías de composiciones diversas, bases de datos que puedan constituirse como una creación, etc. “Esto significa que pueden existir otras obras

protegidas, a pesar de no estar mencionadas en la ley, siempre y cuando cumplan los requisitos exigidos para ser obras, según su definición⁷⁶.

El derecho de autor protege las obras en sí mismas, es decir, el fruto del trabajo creativo del autor de una obra artística, científica o literaria susceptible de ser percibida. El derecho de autor *no* protege las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos⁷⁷.

El derecho de autor *no protege las ideas*. La protección del derecho de autor *recae* sobre las obras en sí mismas, esto es, el fruto del trabajo creativo del autor de una obra artística, científica o literaria susceptible de ser percibida por cualquier medio conocido o por conocer.

La protección de obras artísticas o literarias se realiza a través del derecho de autor, independiente de su mérito artístico o literario. De la misma manera el derecho de autor protege la obra sin importar cuál es su destinación. Esto significa que no importa qué tan valiosa o qué tan buena crítica reciba la obra. Esta se protege por el simple hecho de ser creada y de cumplir con el requisito de originalidad.

La originalidad consiste en que la obra no sea una copia de otra obra pre-existente y que en algunos casos tenga un mínimo de creatividad. Por ejemplo, un directorio telefónico, puede que no sea copia de otro, pero para el derecho de autor no goza de protección, ya que le falta el carácter de originalidad⁷⁸.

Las obras protegidas por el derecho de autor se salvaguardan desde el momento mismo de su creación⁷⁹: el derecho les otorga una protección automática sin tener en cuenta ningún tipo de formalidad, como el registro de la obra.

Para el derecho de autor, el autor es el titular primigenio de los derechos tanto morales como patrimoniales. Posteriormente los derechos patrimoniales pueden cederse, razón por la que el cesionario adquiere la calidad de titular derivado⁸⁰. A continuación se explicará el contenido de ambos derechos.

⁷⁶ "Dirección Nacional de Derecho de Autor", *Preguntas frecuentes*, acceso el 11 de julio de 2017, <http://www.derechodeautor.gov.co/html/preguntas.htm>

⁷⁷ ADPIC, artículo 9, Decisión Andina 351 de 1993, artículo 7 y Toda artículo 2.

⁷⁸ Adam Sterling, *World copyright law* (Londres: Sweet & Maxwell, 2009), 354.

⁷⁹ Uma Suthersanen, *Copyright law in cyberspace* (Londres: Edward Elgar, 2010), 98.

⁸⁰ Woolcott Olenka y Germán Flórez, *El derecho de autor y los TLC* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 123.

Derechos morales

Los derechos morales son aquellos que no tienen un contenido económico (derechos personales), los cuales repercuten en la obra y su relación de carácter intrínseco con el autor. En virtud de estos derechos se reconoce la autoría de la obra, dado que por ser el producto y resultado del ingenio y la creatividad de su autor no se pueden desconocer, debido principalmente a que existe un vínculo inequívoco e inalienable entre los dos. El autor no puede existir sin su obra ni la obra sin su autor. Además, por ser la obra producto y creación de su autor, los derechos morales son intransferibles, inembargables e irrenunciables y no tienen limitación en el tiempo⁸¹. Estos derechos están contemplados en la normativa⁸² y son:

Derecho del inédito. Facultad del autor de decidir si publica, divulga o no su obra, tenerla en su ambiente privado o comunicarla al público y en qué forma lo hará.

Derecho de paternidad. Derecho que tiene el autor para que se le reconozca la autoría de su obra en todo momento, es decir, se reivindique la autoría de la obra en todo acto en el que se utilice. El autor puede ser nombrado a través de su nombre o de su seudónimo⁸³.

Derecho de integridad. Es la facultad de impedir cualquier deformación de la obra que pueda perjudicar el honor y reputación del autor. Puede presentarse el caso en que un *software* encargado por una compañía para el registro sea modificado y utilizado para espiar a los trabajadores, lo cual puede eventualmente lesionar la reputación de su autor.

Derecho de arrepentimiento. Es la potestad que tiene el autor para retractarse de la publicación de su obra, permitiéndole en cualquier momento removerla de los espacios de circulación. El autor debe indemnizar a las personas que resultaren afectadas con esta actuación⁸⁴.

⁸¹ Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos* (Buenos Aires: Cerlalc, 1993).

⁸² Artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993 y artículo 30 de la Ley 23 de 1982.

⁸³ Jorge Olarte y Miguel Rojas, *Manual de derecho de autor para alcaldías y gobernaciones* (Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2011), 2-3.

⁸⁴ Artículo 30, parágrafo 4 de la Ley 23 de 1982.

Derecho de modificación. Es el derecho que tiene el autor de ejecutar cambios y reformas a su obra. Este derecho lo puede ejercer el autor tanto antes como después de la publicación de la obra. Al igual que en el derecho de arrepentimiento, el autor debe indemnizar a los terceros afectados con dicha determinación.

Derechos patrimoniales

Los derechos patrimoniales o “de explotación” representan el derecho del autor de beneficiarse económicamente de su producción intelectual. Estos derechos, al contrario de los morales, pueden ser transferidos, ya sea mediante venta, donación, contrato u otras formas que se verán más adelante, además de estar limitados, incluso temporalmente. En resumen, estos derechos permiten al autor la autorización y prohibición de las obras respecto de cualquier tipo de utilización que estas puedan llegar a tener. Son los siguientes⁸⁵:

Derecho a reproducir la obra. Una obra puede ser reproducida una vez está fijada en algún soporte, de no ser así se infringe el derecho de reproducción. La obra se reproduce cuando se realizan copias de ella, ya sea de manera total o parcial y por cualquier medio. Algunos ejemplos de infracciones o desconocimiento del derecho de reproducción son: hacer una copia de un programa de ordenador sin la debida autorización del titular y sin estar amparado por la excepción de la copia de seguridad. Igualmente, cuando se alojan copias en el disco duro de un computador producto de la descarga de *software* en un sitio web, en principio, se está haciendo un acto de reproducción de la obra.

Derecho a la distribución. Es el derecho que tiene el autor de autorizar o prohibir la venta, el alquiler o el arrendamiento de la obra⁸⁶. En el caso del *software*, se encuentra que los titulares del derecho autorizan a ciertas cadenas comerciales para la distribución legal de los programas de ordenador. Asimismo, existe un gran número de páginas de Internet que se ocupa de distribuir distintos tipos de *software* (como la página de la compañía Apple). Por otro lado, hay lugares donde se comercializa el *software* de forma física sin autorización de sus titulares, infringiendo las normas de derecho de autor.

⁸⁵ Artículo 13 de la Decisión Andina 351 de 1993 y artículos 3 y 12 de la Ley 23 de 1982.

⁸⁶ El alquiler de la obra y la importación de copias autorizadas o no, incluyendo los medios electrónicos, son también actos de distribución y potestades del titular de derechos patrimoniales en virtud del artículo 5 de la Ley 1520 de 2012.

Derecho a la comunicación pública. El *software* puede ser comunicado⁸⁷ o difundido al público por cualquier medio o procedimiento (alámbrico o inalámbrico)⁸⁸; en este sentido, el derecho de comunicación pública abarca todos los actos por los que una cantidad indeterminada de personas accede a la obra sin que esta haya sido previamente distribuida.

Derecho de puesta a disposición. Este derecho es una forma de comunicación pública por medio de la cual las personas en general tienen acceso a la obra desde el lugar y el momento que cada una elija. Este derecho ha sido incorporado en la legislación colombiana a través de la expedición de la Ley 1520 de 2012. Un claro ejemplo de lo anterior son las páginas de Internet que ponen a disposición de sus usuarios programas de ordenador para que estos puedan bajarlos. Es necesario contar siempre con la autorización de los titulares del derecho.

Derecho a la transformación de la obra. Una obra se puede transformar, adaptar, traducir o arreglar⁸⁹. El titular puede autorizar estos actos o ceder el derecho, a cambio de una remuneración equitativa. Las traducciones son actos de transformación de la obra, una adaptación de obras preexistentes en la medida en que cambian su idioma o lenguaje original a otro; como el trabajo del traductor autorizado es también creativo –y en cierta medida original– se protege la traducción hecha con la obligación de citar siempre al autor y el título de la obra traducida.

Formas de transferencia de los derechos

La utilización de obras ofrece dificultades para lograr una equilibrada composición de los intereses en juego: autor, público y usuario. Los autores crean las obras y consecuentemente reivindican derechos sobre ellas; el público está siempre deseoso de poder disfrutarlas sin trabas, y el usuario (editor, productor, etc.), vínculo indispensable entre el autor y el público, pretende conducir su empresa en las mejores condiciones posibles⁹⁰.

⁸⁷ Artículo 12 literal c, Ley 23 de 1982.

⁸⁸ Artículo 12 literal b, Ley 1520 de 2012, por medio del cual se modificó el artículo 5 de la Ley 23 de 1982.

⁸⁹ Artículo 12 literal b, Ley 23 de 1982.

⁹⁰ Lipszyc, *Derecho de autor*, 269.

Dentro de esta amalgama de intereses, los autores generalmente son puestos en una situación desventajosa respecto al usuario, pues terminan imponiéndose formas contractuales de “adhesión”, sin discusión libre de las obligaciones ni contraprestaciones de cada tipo contractual. Por ello, el intervencionismo estatal frente a estos negocios jurídicos se hace necesario para salvaguardar a la parte con menos fuerza económica que, por lo común, son los autores. El carácter tuitivo de la reglamentación, de acuerdo con Lipszyc⁹¹, conduce a descartar la aplicación irrestricta del principio de la autonomía de la voluntad, el cual se ve restringido por la naturaleza imperativa de las normas.

En este escenario, el presente escrito pretende señalar algunas pautas de la transferencia de derechos patrimoniales de autor, partiendo de las generalidades, para luego llegar a la transferencia de dichos derechos en el ámbito universitario a la luz del marco normativo colombiano. A continuación se expondrán: (i) algunos aspectos generales de la transferencia de los derechos patrimoniales de autor; (ii) el contrato de cesión de derechos patrimoniales; (iii) la titularidad derivada en la legislación colombiana, en particular, frente al contrato de obra por encargo, el contrato laboral y el contrato laboral de funcionario público; y (iv) comentarios finales sobre los tipos de transferencia de derechos en el ámbito universitario.

Aspectos generales de la transferencia de los derechos patrimoniales de autor

Como se venía diciendo, las formas convencionales *inter vivos* de transferencia de los derechos de autor padecen múltiples limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad, pues se reconoce al autor como parte vulnerable de la relación negocial, sujeto merecedor de la protección del ordenamiento jurídico. Dichas limitaciones se dan mediante el carácter imperativo y de orden público de las normas que rigen la materia.

De igual modo, se entiende que esta categoría de negocios jurídicos debe constar por escrito. Así lo señala el capítulo XIII de la Ley 23 de 1982, en particular el artículo 183, modificado por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, según el cual “Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez. Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite

.....
⁹¹ Lipszyc, *Derecho de autor*, 274.

el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros”.

Por otro lado, tanto el ordenamiento jurídico como la doctrina reconocen que un elemento de suma importancia en la regulación de este tipo de transferencias es el objeto contractual pactado⁹², frente al cual deben tenerse en cuenta algunas directrices o principios que, siguiendo el análisis propuesto por Lipszyc⁹³, permiten regular estas transferencias en favor de la parte débil de la relación contractual, por regla general el autor, así pueden señalarse las siguientes:

- a. Propender por las licencias o autorizaciones de uso, en lugar de cesiones totales de los derechos patrimoniales en el contrato.
- b. Tener en cuenta los principios de la interpretación restrictiva de los contratos de explotación de las obras y de la independencia de los derechos patrimoniales, así la autorización de uso se limita a aquel o aquellos expresamente mencionados en el contrato y a las modalidades previstas en este.
- c. La transmisión global de derechos sobre obras futuras resulta inadmisibles.
- d. Se consideran nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro.
- e. El contrato no puede extenderse a modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de celebración de aquel.
- f. La validez del contrato también debe quedar subordinada a la condición de que en él se delimite el ámbito de vigencia espacial y temporal de los derechos autorizados, así como su destino.
- g. Aunque en un solo contrato se incluyan varias obras, debe entenderse que existen tantos contratos como obras independientes.
- h. El usuario está obligado a poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate.

⁹² Diego Monje, *El contrato de compraventa consensual. Vicisitudes de la fisionomía* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017).

⁹³ Monje, *El contrato*, 275.

- i. De conformidad con el principio de la interdependencia entre el derecho de autor y la propiedad del objeto material, la adquisición de este último no implica la cesión de alguno de los derechos reconocidos por la ley.
- j. Es necesario que el usuario esté legitimado para accionar por sí mismo contra los infractores de los derechos exclusivos que ha recibido del autor.
- k. Carácter *intuitu personae* de la contratación.

Esta serie de directrices pone de manifiesto la orientación proteccionista del sistema de derecho de autor, en favor de los titulares originarios o creadores de las obras. En consonancia con ello, se entiende incluida una obligación de respetar los derechos morales de autor en todo acto de disposición de los derechos patrimoniales de la obra, así como el autor tiene la obligación de responder ante el usuario por la autoría y originalidad de la obra.

Finalmente, se entiende que la contraprestación propia para el autor en esta categoría de contratos será la remuneración, que puede presentar variedades, así por ejemplo, proporcional a las ganancias por la explotación de la obra o por una suma global, más conocida como “remuneración a tanto alzado”, dependiendo del modelo de comercialización en cada negocio concreto.

El contrato de cesión de derechos patrimoniales de autor

Partiendo del marco general delineado previamente, a renglón seguido se abordará el contrato de cesión de derechos, como arquetipo de las formas de transferencia de derechos de autor. Para ello se tendrá en cuenta la legislación colombiana, en específico, la Ley 23 de 1982.

Una primera noción de este tipo contractual es la siguiente: es un acuerdo de voluntades en virtud del cual el autor o el titular transfiere uno o varios derechos patrimoniales de autor a otra persona (natural o jurídica) con unas condiciones, por un tiempo y en un lugar determinado o determinable⁹⁴. De aquí se identifican claramente dos partes: (i) el autor o el titular del derecho, conocido como “cedente”; y (ii) el tercero que percibe los derechos, conocido como “cesionario”

⁹⁴ María Constanza González, *Las letras al derecho: para conocer y negociar sus derechos como autor* (Bogotá: Cerlalc, s. f.).

y quien, una vez recibe la transferencia de estos, es considerado como titular derivado. En el contrato de cesión se deben definir cinco aspectos fundamentales:

- a. Los derechos objeto de cesión y su modalidad: existen tantos derechos como formas de explotación. Al momento de celebrar un contrato de esta naturaleza es esencial que el autor o el titular del derecho identifique claramente cuáles derechos desea ceder.
- b. El tiempo durante el cual se cederán o se otorgarán esos derechos: la cesión de los derechos se concede por un tiempo, al cabo del cual dichos derechos vuelven al autor o al titular.
- c. El espacio donde se podrán explotar los derechos cedidos: atendiendo a las necesidades de las partes y a la explotación que se hará de la obra. Al momento de suscribir el contrato, el autor deberá determinar el espacio en el que se podrán explotar los derechos concedidos.
- d. Si la cesión es exclusiva o no: dependiendo del acuerdo al que hayan llegado las partes sus efectos son diferentes: (a) si se pacta cesión exclusiva el cesionario es el único con la facultad para explotar la obra de conformidad con los derechos concedidos a través del contrato y durante el tiempo pactado. Esta exclusividad impide a todas las demás personas, incluso al cedente-autor, explotar la obra, aun siendo este último su creador, y (b) si se pacta cesión no exclusiva el cedente-autor puede realizar otros contratos de cesión –incluso sobre los mismos derechos objeto del contrato que firmó– y explotarlos por su propia cuenta.
- e. Remuneración: es común que en los contratos de cesión se fije un valor, una suma de dinero a cambio de la cesión de los derechos. En concordancia con el Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (Cerlalc) algunas legislaciones establecen la presunción de onerosidad de la cesión, ello significa que siempre que se celebre un contrato de este tipo el cedente deberá recibir un pago, salvo que la ley o las partes dispongan otra cosa.

Ahora bien, el marco normativo colombiano traza algunos parámetros que deben tenerse en cuenta frente a este tipo contractual, así el artículo 182 de la Ley 23 de 1982 determina que “los titulares de los derechos de autor y de los derechos

conexos podrán transmitirlo a terceros en todo o en parte, a título universal o singular”.

Asimismo, el precitado artículo 183 *ejusdem*, modificado por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011 dispone que “Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente. La falta de mención del tiempo limita la transferencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia. [...] Será inexistente toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir”.

Una vez el contrato de cesión de derechos se ha perfeccionado, las partes deben cumplir las correlativas obligaciones pactadas. El cesionario (persona natural, empresario, editor, productor) deberá: (i) pagar la suma de dinero pactada en la forma y en el lugar convenido en el contrato, (ii) utilizar la obra en las condiciones de tiempo, modo y lugar establecidas, (iii) respetar los derechos morales del autor y (iv) cumplir las demás obligaciones estipuladas en el contrato en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, siempre dentro de los límites de las normas de orden público como los precitados artículos de la Ley 23 de 1982. Y el cedente (autor, herederos o titulares derivados) deberá, por lo menos, garantizar la originalidad de la obra y responder reclamaciones que otras personas puedan hacer al respecto, así como permitir que el cesionario disfrute de los derechos cedidos pacíficamente.

En este punto, las reclamaciones que terceros puedan hacer sobre las obras, no deben entenderse solo acerca de la titularidad de la obra, sino también ante una eventual reclamación de un usuario por una violación del derecho del consumo. En el derecho del consumo responden tanto el productor –que en este caso sería el autor– como el distribuidor de un producto.

Así las cosas, estos contratos cada vez deben incluir más los principios y derechos que registra el Estatuto del Consumidor. Por ejemplo, la forma de publicar las obras como libros, películas, videojuegos, etc. Igualmente, los estándares de seguridad para los usuarios que las obras pueden propiciar. En este punto se ahondará más adelante.

Principio de protección de la obra independientemente de su mérito y balance con el derecho del consumo

Es importante resaltar que las obras protegidas por el derecho de autor se protegen independientemente de su mérito. Su protección se da en virtud de su originalidad y no se tiene en cuenta la calidad para su reconocimiento jurídico. La originalidad no se debe confundir con la novedad, ya que esta se refiere al sello personal que el autor le imprime a su obra y que la hace única⁹⁵. Esto quiere decir que independientemente de que la obra sea un Premio Nobel de Literatura o un ensayo universitario, para el derecho de autor esta tiene la misma protección.

Estas conclusiones se desprenden del mismo Convenio de Berna, el cual señala que la protección se efectúa independiente del modo o forma de expresión. Así, el artículo 2.1 del Convenio apunta textualmente que la obra se protege, “cualquiera que sea el modo o forma de expresión”, razón por la que la protección que realiza el derecho de autor no considera el mérito o el destino de la obra⁹⁶. Recuérdese que Colombia es parte del Convenio de Berna desde la promulgación de la Ley 33 de 1987. Sin embargo el país, unos años atrás (con la publicación de la Ley 23 de 1982) ya había ratificado de manera implícita el Convenio y, por ende, este principio de protección⁹⁷. Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina argumentó que

El objeto específico y exclusivo de protección no son directamente las ideas del autor, sino la forma a través de la cual tales ideas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a la obra literaria, artística o científica. A los efectos de su tutela, la obra, susceptible de reproducción o divulgación, debe ser una creación original. Por tanto, la protección no depende del mérito de la obra o de su destino, ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos para producirla, sino de que ella posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor, diferencia que deberá examinarse y valorarse como una cuestión de hecho en cada caso⁹⁸.

⁹⁵ Andrés Varela, *Concepto 1-2018-2570* (Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2018), 3.

⁹⁶ Vivian Alvarado, *El derecho de autor en los tratados administrados por la OMPI y el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. (Acuerdos sobre los ADPIC)* (Bogotá: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y Comunidad Andina de Naciones, 2002), 5.

⁹⁷ Germán Flórez y Woolcott Olenka, *Protección al derecho de autor. Implicaciones del TLC entre Estados Unidos y Colombia* (Bogotá, Buenos Aires: Universidad Católica de Colombia, Astrea, 2015), 113.

⁹⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación prejudicial 165-2004 del 6 de abril de 2005.

Por ende, es claro que las obras protegidas por el derecho de autor se realizan independientemente de las calidades que puedan tener, siempre y cuando sean originales. Sin embargo, y en relación con el objeto de estudio del presente capítulo, esto no quiere decir que las obras artísticas o literarias que se comercializan a través de los diferentes mercados ya sean análogos o digitales no tengan unas obligaciones de tipo legal, respecto a los derechos que tienen los consumidores⁹⁹.

Es que se tiene que considerar que, en las últimas décadas al hablar de obras protegidas por el derecho de autor, se alude necesariamente al concepto de industrias creativas o del entretenimiento¹⁰⁰. Las obras literarias o artísticas están destinadas a contribuir con el desarrollo de la humanidad a través de estas formas de expresión que son divulgadas por diferentes medios. Precisamente, los tratados internacionales de derecho de autor que tienen su génesis en el Convenio de Berna han buscado la protección internacional¹⁰¹ de las obras en el marco de un mercado global y una explotación económica de las mismas¹⁰². A pesar de la existencia de sistemas dualistas de derecho de autor y *copyright*, aun cuando se habla de derechos morales, siempre hay un contenido patrimonial que se expresa mediante las compensaciones o indemnizaciones de perjuicios por las infracciones a estos derechos, a tal punto que estas consecuencias patrimoniales pueden ser inclusive transigibles o arbitrables¹⁰³.

Esto lleva a analizar la relación entre derecho de autor y derecho del consumo desde una perspectiva económica, en la cual se debe lograr un balance entre los derechos que tienen los autores en virtud de su trabajo creativo y los que tienen los consumidores, en el entendido de que la explotación de estas obras forma parte del mercado y de la economía, y ante dos derechos que son de extrema relevancia para el desarrollo de la cultura y de la sociedad, es trascendental estatuir un diálogo armónico entre ambos derechos, que satisfaga a unos y otros en

⁹⁹ Joseph P. Liu, "Copyright law's theory of the consumer". *Boston College Law Review*, n.º 24 (2003), 424.

¹⁰⁰ Xavier Greffe, *Gestión de las industrias creativas* (París: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2006), 9.

¹⁰¹ Alberto Cerda, "Evolución histórica del derecho de autor en América Latina". *Revista Ius et Praxis*, n.º 1 (2016), 28.

¹⁰² Christian Schmitz Vaccaro, "Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual". *La propiedad inmaterial*, n.º 17 (2013), 63-92.

¹⁰³ Naima Parela, *Arbitrabilidad objetiva de los derechos de autor y los derechos conexos* (Kluwer Arbitration, 2014), 74-88.

el marco de las actuales dinámicas de los mercados, especialmente con la rápida distribución de obras protegidas por el derecho de autor en los medios digitales.

Las industrias creativas y la economía naranja

Para la Unesco las industrias culturales y creativas son: “Aquellos sectores de actividad organizada que tienen como objeto principal la producción o la reproducción, la promoción, la difusión y/o la comercialización de bienes, servicios y actividades de contenido cultural, artístico o patrimonial”¹⁰⁴.

En consecuencia, los retos inéditos que la economía digital está trayendo en el mundo y principalmente en las economías emergentes como las latinoamericanas, entre las que se encuentra Colombia, conllevan la generación de nuevas dinámicas y nuevos enfoques tendientes a la creación de políticas públicas que aprovechen el comportamiento de los mercados, en particular los intangibles, en torno a la explotación de las obras protegidas por el derecho de autor¹⁰⁵. No obstante, estas políticas no deberían pasar por alto los vínculos que pueden tener el derecho de autor y derechos conexos con otras ramas del derecho, como es el derecho de los consumidores.

Solo a manera de contextualización, según cifras de la primera década del presente siglo, las industrias creativas aportan alrededor de un 7 % del producto interno bruto del mundo¹⁰⁶. Tal como lo indica el Banco Interamericano de Desarrollo en sus estudios sobre economía naranja¹⁰⁷.

John Howkins fue quien introdujo el término de “economía creativa”, que comprende los sectores en los que el valor de sus bienes y servicios se fundamenta en la propiedad intelectual: “arquitectura, artes visuales y escénicas, artesanías, cine, diseño, editorial, investigación y desarrollo, juegos y juguetes, moda, música, publicidad, *software*, TV y radio, y videojuegos”¹⁰⁸. Según cálculos de Howkins,

¹⁰⁴ Unesco, *Industrias creativas* (París: Unesco, 2013), s. p.

¹⁰⁵ Alonso Cano, *Políticas para la creatividad. Guía para el desarrollo de las industrias culturales y creativas* (París: Unesco, 2010), 11.

¹⁰⁶ Cano, *Políticas*, 11.

¹⁰⁷ Iván Duque y Felipe Buitrago, *La economía naranja. Una oportunidad infinita* (Bogotá: Banco Interamericano de Desarrollo, 2013), 15.

¹⁰⁸ John Howkins, *The creative economy* (Londres: Allen Lane, Penguin Press, 2007), 86.

estos sectores representaron el 6,1 % de la economía global¹⁰⁹. De acuerdo con datos posteriores del Banco Mundial, la “economía naranja, para 2011, alcanzó 4,3 billones de dólares. Esta cifra se acerca al 120% de la economía de Alemania, pero también equivale a 2,5 veces los gastos militares del mundo”¹¹⁰.

Puntualmente, para 2012 el estudio “Impacto económico de las industrias creativas en las Américas”, comisionado por la Organización de los Estados Americanos y el Banco Interamericano de Desarrollo, mostró que las exportaciones de esta economía alcanzaron la cifra representativa de 646 mil millones de dólares¹¹¹.

Estas cifras muestran la importancia de establecer una conexión entre el derecho de autor y el derecho del consumo, ya que se advierte cómo el tamaño de la explotación de estos derechos está creciendo de manera exponencial en el mundo entero. Se reitera que esto no quiere decir que las obras se protejan por su mérito o su destino, lo cual es claro en la normatividad y en la teoría del derecho de autor. Con todo, este al igual que cuando se hizo en el Convenio de Berna en 1886, busca soluciones a las necesidades de los autores en el marco de la evolución del derecho de autor, lo que comprende el relacionamiento de este con la economía y necesariamente con el derecho del consumo.

Aspectos generales del derecho del consumo en Colombia y el derecho de autor

Se parte de la premisa establecida por el connotado doctrinante Luis Díez-Picazo que señala que las operaciones de consumo¹¹² están dadas por contratos entre profesionales y consumidores, y que por esto es legítimo hablar de contratos de consumo¹¹³. Para el autor, uno de los principales debates contemporáneos es la relación entre el derecho del consumo y el derecho civil y el derecho privado. Así, Díez-Picazo concluye en el marco del derecho español que:

¹⁰⁹ Howkins, *The creative*, 86.

¹¹⁰ Juan Sebastián Rojas, “¿Qué es la economía naranja?”. *Revista Portafolio*, 4 de mayo de 2015, <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/economia-naranja-36832>

¹¹¹ Rojas, “Qué es la economía”, s. p.

¹¹² Sandra Dazza y Salvador Morales, *El concepto de patrimonio y su aplicación en España* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017).

¹¹³ Luis Díez-Picazo. *Estudios monográficos. El contrato de consumo* (Madrid: Agencia Estatal, Boletín Oficial de Estado, 2006), 11.

La naturaleza contractual de las operaciones de consumo y su necesaria inserción en el campo del derecho privado y en el derecho de contratos. Los contratos de consumo y su caracterización como genuinos contratos. Las relaciones del derecho de consumo y el derecho civil, y la opción entre leyes especiales e integración de las normas sobre contratos de consumo en el Código Civil, en la experiencia europea. La posibilidad y aún la necesidad de generalizar determinadas normas o principios que han nacido o que se encuentran ubicadas en el campo del derecho de consumo, a toda la materia de obligaciones y contratos¹¹⁴.

Esto reafirma la relevancia del vínculo entre el derecho del consumo y el derecho de autor, ya que el derecho de autor colombiano se enmarca en el Código Civil, tal como lo predica su artículo 671: “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regulará por leyes especiales”¹¹⁵.

A pesar de lo anterior, algunos doctrinantes como la destacada profesora Marcela Castro argumentan cómo en el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de las llamadas industrias creativas, se está ante verdaderos actos de comercio, los que se derivan de la explotación de las obras en el marco de estas industrias¹¹⁶. Con ellos concuerda el autor del presente capítulo.

El concepto de consumidor en Colombia

La legislación en Colombia determina que el consumidor es una persona natural o jurídica que adquiere un producto o servicio y que cumple con las siguientes dos condiciones: (i) ser el destinatario final del producto o servicio y (ii) que el producto o servicio se use en exclusiva para la satisfacción de una necesidad propia, privada o doméstica o inclusive empresarial, siempre y cuando esta necesidad no esté intrínsecamente ligada a su actividad económica.

Analizando la primera condición, se tiene que el consumidor sea efectivamente quien use el producto o servicio y no se esté frente a un caso en que haya una compra para la reventa, porque entonces en esa hipótesis se estaría ante un acto de comercio de acuerdo con lo que dicta el artículo 20 del Estatuto Comercial

.....
¹¹⁴ Díez-Picazo, *Estudios*, 11

¹¹⁵ Artículo 671, Código Civil colombiano.

¹¹⁶ Castro, *Derecho comercial*, 57.

nacional y lo que la doctrina reitera constantemente¹¹⁷. El mismo Código de Comercio en su artículo 23 excluye de los actos de comercio las relaciones de consumo y si se tiene en cuenta que el Código se expidió en los años setenta, entonces es claro¹¹⁸ que desde ese entonces se abogaba por una legislación que regulara este tipo de contratos¹¹⁹.

Ahora bien, la legislación civil que regía la materia en exclusión de la comercial era insuficiente para determinar el alcance de los derechos de los consumidores, que para entonces no eran totalmente claros; solo lo son hasta la expedición de la Ley 1480 de 2011 que reemplazó al desactualizado Decreto 3466 de 1982, que por la época en que fue expedido no tenía obviamente regulación sobre comercio electrónico, pero tampoco regulaba derechos de los consumidores como el de la garantía, cuando el producto o servicio era defectuoso¹²⁰. En este sentido la actual legislación en materia de consumo es mucho más precisa.

En lo que se refiere a la segunda condición, esta hace énfasis en que el producto sea utilizado para la necesidad propia o doméstica del consumidor. Así pues, el producto o servicio adquirido deberá necesariamente ser de índole personal. Sin embargo, cabe preguntarse qué pasaría si lo que se adquiere es un automotor que en principio es para uso personal, pero que la persona que lo adquirió solo lo utiliza para ir al trabajo. Acá se estaría ante la hipótesis de un bien obtenido para fines profesionales y no personales¹²¹.

Igualmente, este acápite de la Ley 1480 de 2011 hace mención de los bienes que tienen un fin empresarial pero que no están ligados intrínsecamente a la actividad económica del consumidor. Este literal alude a los bienes que son adquiridos típicamente por personas jurídicas y que también pueden considerarse consumidores en el contexto del derecho del consumo en Colombia¹²².

Esta especificación tiene su antecedente en un trascendental caso en derecho del consumo en Colombia, que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia

¹¹⁷ Castro, *Manual de derecho*, 54.

¹¹⁸ Castro, *Manual de derecho*, 54.

¹¹⁹ José Ignacio Narváez, *Introducción al derecho mercantil* (Bogotá: Legis, 2016), 104.

¹²⁰ "Abogado Colombia", *Un resumen útil del nuevo Estatuto del Consumidor. Ley 1480 de 2011*, <https://abogado-colombia.wordpress.com/2012/06/05/un-resumen-util-del-nuevo-estatuto-del-consumidor-ley-1480-de-2011/>

¹²¹ Julia Horne, *Cyberspace law. Consumer law in the XXI century* (Londres: Edward Elgar, 2010), 188.

¹²² Giraldo, Caycedo y Madriñán, *Comentarios*, 87.

en sentencia del 25 de mayo del 2005 en un litigio en el que la compañía de transporte aéreo Servicio Aéreo del Vaupés Limitada alegaba ser un consumidor y, por ende, aplicársele la normatividad que para ese entonces regía en materia de consumo. La Corte para decidir dicho caso aplicó las condiciones que debían tener los consumidores para estar en una relación de consumo y que más adelante se verán reflejados en la Ley 1480 de 2011. Estos requisitos señalados por la Corte Suprema consistían en que el consumidor tuviera: (i) la posición de destinatario o consumidor final del bien o servicio; y (ii) la adquisición o utilización de bienes o servicios con una finalidad ubicada por fuera del ámbito profesional o empresarial¹²³.

En este caso la compañía demandante alegaba tener una posición de debilidad contractual respecto a la demandada empresa aérea Kiev Aviant, razón por la cual esta situación la convertía en consumidora. Sin embargo, la Corte fue enfática al decir que:

[...] el hecho de que la relación entre las empresas demandante y demandada se haya presentado en el marco de su actividad profesional o empresarial, determina, en principio, que no haya lugar a presumir o entender que la sociedad actora se encontraba en una posición de debilidad económica, informativa, técnica o de cualquier otro orden; en todo caso, aun si se presentara cualquier asimetría o desequilibrio en una relación entre profesionales —que suele ocurrir—, ello no convertiría *per se* a la parte débil en consumidor, ni habilitaría la aplicación del régimen propio de ellos, toda vez que cualquier situación abusiva que pudiera darse o cualquier responsabilidad en la que pudiera incurrirse, como la derivada de productos defectuosos que aquí se ha invocado, no quedaría desamparada, sino que simplemente estaría sometida a las normas generales, que no a aquellas destinadas a los consumidores¹²⁴.

En este sentido, queda claro que ser la parte débil en una relación contractual no es sinónimo de ser consumidor. Para esto es obvio que los consumidores deben ser aquellos que cumplen con las dos condiciones arriba expuestas y que estos bienes o servicios son adquiridos para el uso propio, sin que tales bienes o servicios vuelvan a salir al mercado o sean utilizados de tal modo que formen

¹²³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, 3 de mayo de 2005. M. P. César Julio Valencia Copete.

¹²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, 3 de mayo de 2005. M. P. César Julio Valencia Copete.

parte de la realidad económica de un empresario¹²⁵. Así las sociedades¹²⁶ también pueden ser consumidoras.

Ahora que se tiene claro quién es un consumidor se determinarán a continuación algunos principios que también son derechos en el marco del Estatuto del Consumidor de Colombia.

Derecho de información

Este principio declara que el consumidor tiene derecho a recibir todo tipo de información acerca del producto o servicio que está adquiriendo, de tal manera que no sea llevado al error sobre la calidad de los bienes o servicios que obtiene. A este respecto la información debe ser totalmente fidedigna y debe acercarse lo más posible que se pueda a la realidad, de modo que el consumidor tenga un criterio objetivo para que pueda adquirir los bienes o servicios que realmente está pensando que va a obtener¹²⁷.

Tal principio –que también es un derecho de los consumidores– alcanza mayor relevancia cuando se habla de los medios electrónicos, ya que las páginas web y aplicaciones por medio de las cuales se realiza el comercio electrónico deben ser lo más precisas posibles para determinar las características del producto, pues el consumidor en dichos casos no tiene un contacto directo con el mismo, haciéndose más fácil la posibilidad de que se presente una publicidad engañosa, la cual es entendida como aquella que no es acorde con la realidad, se informan características del producto que no son ciertas o que no pueden ser comprobadas¹²⁸.

De hecho, en lo que tiene que ver con el comercio electrónico, el Estatuto del Consumidor declara que los proveedores de servicios de Internet deben “Suministrar en todo momento información cierta, fidedigna, suficiente, clara y actualizada respecto de los productos que ofrezcan. En especial, deberán indicar

¹²⁵ Mosset Iturraspe y Ricardo Lorenzetti, *Defensa del consumidor* (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1993), 58.

¹²⁶ Duque, *Aprendizaje colaborativo en el estudio del derecho de sociedades* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017), 112.

¹²⁷ Fernando Pico-Zúñiga, “El alcance de los principios generales del Estatuto del Consumidor colombiano”. *Vniversitas*, n.º 134 (2017), 291-326, <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj134.apge>

¹²⁸ José Miguel de la Calle, “Publicidad engañosa”, *Ámbito Jurídico*, 12 de mayo del 2012, <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/noti-120515-08-publicidad-enganosa.cshhtml>

sus características y propiedades tales como el tamaño, el peso, la medida, el material del que está fabricado, su naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad, la cantidad, o cualquier otro factor pertinente, independientemente que se acompañen de imágenes, de tal forma que el consumidor pueda hacerse una representación lo más aproximada a la realidad del producto” (art. 50, Ley 1480 de 2011).

En ese sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio ha proferido en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales varios casos trascendentales en diferentes sectores de la economía por la causal de publicidad engañosa, por ejemplo, el Caldo Doña Gallina¹²⁹, las cremas rejuvenecedoras Revertrex¹³⁰, los medicamentos para bajar de peso Redu Fat Fast¹³¹, la Cruz de Gólgota¹³² (de supuestos poderes mágicos) y la página de Internet www.lostiquetemasbaratos.com¹³³.

Estos son solo algunos casos en los que las autoridades han defendido los derechos de los consumidores y que precisamente se dan por información que no es fidedigna. De este principio se observa una primera aproximación a la relación con los derechos de autor, en los cuales muchas veces los usuarios no son informados sobre las verdaderas características de los productos o los espectáculos a los cuales asisten, haciéndolos caer en error, o peor aún en aquellos casos de plagio, haciéndolos caer en el total engaño, como los famosos casos de los años ochenta con las agrupaciones musicales Milli Vanilli y New Kids on the Block.

El tema del derecho a la información en el marco de los derechos de autor cobra tanta relevancia que en la actualidad la reforma a la Ley 23 de 1982, que fue aprobada por el Congreso de la República, trae una disposición que obliga a los titulares de derechos de autor que utilicen medidas tecnológicas de protección en sus obras a informar de ellas a los usuarios. A continuación se transcribe dicha norma:

¹²⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 81944 de 2015.

¹³⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 5985 de 2012.

¹³¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 2708 de 2016.

¹³² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 43142 de 2012.

¹³³ Superintendencia de Industria y Comercio. Auto 47131 de 2015.

“Obligación de informar. Quien incorpore una medida tecnológica para controlar el acceso o los usos no autorizados de las obras, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas o emisiones de los organismos de radiodifusión está obligado a informar sobre su existencia y alcance. El alcance de esta información, así como la responsabilidad de los titulares de derechos estará enmarcada dentro de los parámetros establecidos en la Ley 1480 de 2011 ‘por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones’ así como aquellas normas que la modifiquen o sustituyan”¹³⁴.

Inclusive el Estado debe informar a los consumidores de manera fidedigna a través de la articulación de los sistemas de información con la estrategia de Gobierno en Línea¹³⁵.

Principio y derecho de protección de los consumidores frente a riesgos contra su salud y seguridad

Este es un elemento de los contratos de consumo y que proviene de la misma Constitución Política de Colombia, que en su artículo 78 indica que serán responsables aquellos que produzcan o comercialicen bienes que atenten contra la salud y la seguridad de los consumidores. Por su parte, el numeral 1 del artículo 1 de la Ley 1480 de 2011, también conocida como Estatuto del Consumidor¹³⁶, anota que uno de los objetivos de la regulación en materia de protección al consumidor es “la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad”.

Este principio lleva a la protección especial que tiene el consumidor al adquirir bienes o servicios que no atenten contra su seguridad o no afecten su salud de manera que incluso puedan ocasionarle la muerte¹³⁷.

La doctrina estima la responsabilidad tanto del productor como del proveedor respecto de este principio, que se considera una “obligación de seguridad

¹³⁴ Artículo 15, Proyecto de Ley 2016 de 2018, aprobado en la Comisión Primera del Senado en abril de 2018, el cual se convirtió en el artículo 15 de la Ley 1915 de 2018.

¹³⁵ Paula Pérez, “Alineación de los sistemas de información con la estrategia de Gobierno en Línea”. *Revista Novum Ius* 11, n.º 1 (2017).

¹³⁶ Diana Mariño, *Protección al consumidor. Una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio* (Bogotá: SIC, 2017), 78, [http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017\(1\).pdf](http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017(1).pdf)

¹³⁷ Javier Tamayo, *Responsabilidad por productos defectuosos* (Bogotá: Legis, 2016), 76.

de resultado, puesta a cargo del productor y el proveedor directamente por la Constitución y la ley, siendo indiferente la existencia de un vínculo contractual previo para que se estructure este supuesto de responsabilidad, que además puede calificarse como objetivo o sin culpa”¹³⁸.

Así, los productos o servicios nunca pueden en el marco del derecho del consumo tener la capacidad de ocasionar algún daño a los consumidores, porque aun cuando no se haya generado un contrato entre el productor o proveedor con los consumidores, la sola puesta a disposición de los productos que tengan la capacidad de producir ese riesgo, hace que las autoridades, que para el caso colombiano lideran la Delegatura de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, deban actuar de oficio en aras de proteger al consumidor.

Algunos ejemplos de estas actuaciones por parte de la autoridad encargada de la vigilancia de los derechos de los consumidores se observan en los casos de prohibición de venta de luces de bengala para niños, las velas de cumpleaños con pólvora, los juguetes con sistemas de pilas susceptibles de ser ingeridas o maniobradas por menores, las camionetas cuyo sistema de frenos en un serial falló, los dulces de yogur en forma cilíndrica y las bolas de hule que se usan en las piscinas, entre otros.

Esto muestra cómo el deber de seguridad de productos y servicios desempeña un papel preponderante en los contratos de consumo. Acá se encuentra de nuevo una relación directa con la propiedad intelectual, ya que precisamente algunos de los bienes intangibles son susceptibles de protección por el derecho de autor¹³⁹.

Este es quizá uno de los elementos más potentes en derecho del consumo, pues la comercialización de bienes o servicios ante todo busca preservar la salud y la seguridad de los consumidores. Es así como, tratándose de derecho de autor y derechos conexos, las obras comercializadas y distribuidas deben como primera medida tener en cuenta que se cumpla con este requisito de los contratos de consumo. Es por ello por lo que en algunas industrias como la de los videojuegos o la

¹³⁸ Brenda Espinosa, “La responsabilidad por producto defectuoso en la Ley 1480 de 2011. Explicación a partir de una obligación de seguridad de origen legal y constitucional”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 28 (2015), 367-99, DOI: 10.18601/01234366.n28.11

¹³⁹ Germán Flórez y Carolina Rojas Orjuela, *El derecho del consumidor en el comercio electrónico* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 65.

audiovisual existen unas categorías para el acceso a todo público, por edades y los recomendados para solo adultos por altos contenidos de violencia o pornografía.

Cada país tiene diferentes clasificaciones¹⁴⁰. Esto es un ejemplo de cómo contenidos del derecho de autor podrían poner en peligro la seguridad de los consumidores, y es importante considerar que el derecho del consumo establece una responsabilidad solidaria entre productor y comercializador¹⁴¹, razón por la cual el propio autor podría verse afectado por las infracciones a los derechos de los consumidores en cuanto a su salud o seguridad.

Así lo corroboró la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de abril de 2009, al decir que “recae una obligación de seguridad a favor de los consumidores, esto es, que el conjunto de prestaciones a su cargo no se agota con el deber de poner en circulación cosas con la calidad e idoneidad requeridas, sino que incorpora, también, la garantía de que el consumidor no sufrirá en su persona o sus bienes ningún daño por causa de estas”¹⁴².

Derecho a obtener productos y servicios de calidad e idoneidad

La Ley 1480 de 2011 consciente de las falencias en los productos y servicios que estaban ingresando al país, principalmente de naciones asiáticas como China, determinó que todos los productos que se ofrecieran en el mercado doméstico debían cumplir con unos estándares mínimos de calidad, propios de una economía ascendente como la colombiana¹⁴³.

Dicha ley define calidad como la “Condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él”¹⁴⁴. Esto quiere decir que las características deben ser concordantes con

¹⁴⁰ Diana Forero, Andrés Chavarro y Pedro Adrián Zuluaga, *Sistemas de clasificación de salas de cine* (Bogotá: Ministerio de Cultura, 2009), 68.

¹⁴¹ Espinosa, “La responsabilidad”, 367-99.

¹⁴² Espinosa, “La responsabilidad”, 367-99.

¹⁴³ Daniel Ossa Gómez, *La responsabilidad en el Estatuto del Consumidor. Las garantías de calidad, idoneidad y seguridad de los productos* (Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2013), 14, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi0hsD36MPXAhUE7CYKHeypDGUQFggkMAA&url=https%3A%2F%2Faprendeenlinea.udea.edu.co%2Frevistas%2Findex.php%2Fred%2Farticle%2Fdownload%2F20040%2F16934&usg=AOvVaw02FyVC7Ps216Wyp3tikuTJ>

¹⁴⁴ Artículo 5, Ley 1480 de 2011.

la información que se le brinda al consumidor. De ahí la relevancia de dicho precepto en el Estatuto.

En lo que atañe al derecho de autor aplicado a estos derechos tiene bastante alcance, porque muchas veces se puede ver cómo obras editoriales tienen comentarios muy positivos de periódicos, que casualmente son de la misma casa editorial del libro, y al final, este libro no resulta ser tan bueno como se pensaba. Valdría la pena revisar este tipo de conductas que afectan al consumidor.

Precisamente, el principio de protección de la obra independientemente de su mérito o calidad, tal como ya se explicó, hace que de nuevo deban aclararse las dos categorías jurídicas ante las que se está en estos casos. Se reitera, una cosa es la protección al derecho de autor y otra la protección a los derechos de los consumidores.

En consecuencia, puede que una obra no tenga la calidad adecuada en el mercado, sin embargo, su protección por parte del derecho de autor permanecerá intacta. No obstante, y tal como se señaló con el elemento de idoneidad, hay una relación muy cercana acá con el fenómeno de la publicidad engañosa y también con la garantía, que consiste en la “Obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas. La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto”¹⁴⁵. Así, si por ejemplo un servicio de *streaming* de música o películas no funciona para un consumidor, será el distribuidor o el productor en su defecto quien tendrá que responderle por las fallas del servicio y ofrecerle una garantía. Entonces, el consumidor de contenidos digitales tiene una protección por parte del derecho del consumo¹⁴⁶.

Es el elemento en los contratos de consumo. El Estatuto lo define en el artículo 5 como la aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado. Esto es, el derecho que tiene el consumidor de adquirir bienes o servicios que se complementen con sus expectativas respecto del producto. Para la doctrina la idoneidad se refiere a “que un bien sirva para lo que está hecho: un radio debe recibir señal de emisoras y oírse

¹⁴⁵ Artículo 5, Ley 1480 de 2011.

¹⁴⁶ Sergio Cámara, *La nueva protección del consumidor de contenidos digitales* (Logroño: Universidad de la Rioja, 2014), 81, http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2014_Camara_contenidos_digitales.pdf

adecuadamente, un camión debe soportar cargas para transportar o una lavadora debe dejar la ropa limpia y sin deterioros”¹⁴⁷.

En su relación con el derecho de autor es claro que los consumidores tienen unas expectativas respecto al bien que adquieren, que es una obra protegida por el derecho de autor. Por ejemplo, si un estudiante de física compra un libro especializado en física cuántica, que es protegido como una obra literaria, y el libro no trata el tema en ninguno de sus capítulos, se está ante un caso de un producto que no es idóneo, a pesar de que está protegido por el derecho de autor, pero va en contra de las normas de consumo. Por ende, en este ejemplo, el autor y el editor tienen la protección del derecho de autor, pero infringen las normas de consumo y tendrán que responder por la calidad del producto por falta de idoneidad.

Otra de las conductas relacionadas con la idoneidad es la publicidad engañosa. El Estatuto la define en su artículo 5 como “Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”. En cuanto al derecho de autor, es posible que el mismo título de la obra o sus canales de publicidad para su comercialización lleven al consumidor a cometer un error o a ser engañado con respecto al contenido de la obra. Piénsese por ejemplo en un filme que se promociona como la verdad sobre secretos ocultos de la iglesia y que, una vez vista la película, corresponda a situaciones que ya hayan sido publicadas por periodistas o en libros.

En este ejemplo como en el anterior, se está ante una obra protegida por el derecho de autor, pero que viola los derechos del consumidor. Valdría la pena preguntarse si no debiera el derecho de autor tener especiales provisiones para este tipo de situaciones, en las que se lograra un equilibrio entre derechos de los autores y derechos de los consumidores¹⁴⁸. Algo similar a lo que sucede en el derecho marcario con la causal de irregistrabilidad marcaría cuando el signo a registrar viola los derechos de autor, contenidos en la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones.

Así las cosas y retornando a la relación derecho de autor, se observa cómo los vínculos entre los profesionales que serían los autores y los distintos miembros de

¹⁴⁷ Alejandro Giraldo, “Los conceptos de calidad, idoneidad y seguridad en el Estatuto del Consumidor”. *Revista Contexto* (2014), 57.

¹⁴⁸ Severine Dusollier, *The relations between copyright law and consumers' rights from a European perspective* (Bruselas: Parlamento Europeo, 2010), 1-39.

las cadenas de valor en cada una de las industrias: musical, editorial, del *software*, audiovisual, etc., y los consumidores confluyen en los contratos de consumo emanados de la ley.

En Colombia el derecho del consumo adquirió una gran preponderancia a partir de la Ley 1480 de 2011, que sentó los principios, derechos y deberes del consumidor. El estatuto nacional es el “reflejo de una concepción objetiva de la materia, en el sentido de que las disposiciones orgánicamente introducidas se refieren a un acto económico, el consumo, alrededor del cual se encuentran las relaciones jurídicas entre personas en su rol de consumidores y empresarios, o en la forma de asociaciones”¹⁴⁹.

Estos elementos muestran el fuerte nexo entre el derecho de autor y el derecho del consumo, y cómo a medida que van creciendo las industrias creativas, es necesario lograr una comunicación fluida entre estas dos ramas del derecho tan valiosas para la sociedad.

Conclusiones

El derecho de autor y el derecho del consumo tienen una relación cada vez más cercana en el contexto nacional. Los nuevos desarrollos en lo que tiene que ver con las industrias del entretenimiento y las normas que protegen al consumidor, hacen que estas dos áreas del derecho tengan que comunicarse constantemente, de tal manera que productos o servicios nacidos de las obras de derecho de autor cumplan con los elementos esenciales del contrato de consumo: calidad, idoneidad y seguridad.

De igual forma, los avances tecnológicos y la cada vez mayor influencia de redes sociales en el comercio electrónico hacen que la comercialización de obras protegidas por el derecho de autor sea más común cada día, e industrias como la musical, de los videojuegos o la audiovisual tienen un mayor número de consumidores con el paso del tiempo. Estos consumidores al gozar de las prerrogativas que establece el Estatuto del Consumidor deben contar con las garantías cuando adquieren bienes o servicios que parten del derecho de autor.

Este es un tema que hasta el momento ha sido poco explorado por el derecho, pero que sin duda dará de qué hablar en los próximos años.

.....
¹⁴⁹ Chamie, “Principios”, 1-12.

Bibliografía

- Alvarado, Vivian. *El derecho de autor en los tratados administrados por la OMPI y el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. (Acuerdos sobre los ADPIC)*. Bogotá: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2002.
- Cámara, Sergio. *La nueva protección del consumidor de contenidos digitales*. Logroño: Universidad de la Rioja, 2014, http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2014_Camara_contenidos_digitales.pdf
- Cano, Alonso. *Políticas para la creatividad*. París: Unesco, 2010, http://www.lacult.unesco.org/docc/prueba_06_largo.pdf
- Castro, Marcela. *Derecho comercial. Actos de comercio, empresas comerciales y empresarios*. Bogotá: Universidad de los Andes, Temis, 2016.
- Cerda, Alberto. “Evolución histórica del derecho de autor en América Latina”. *Revista Ius et Praxis* 22, n.º 1 (2016): 28.
- Chaime, José Félix. “Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 24 (2013): 1-12, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3481/3467>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 3 de mayo de 2005. M. P. César Julio Valencia Copete.
- Dazza, Sandra y Salvador Morales. *El concepto de patrimonio y su aplicación en España*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017.
- De la Calle, José Miguel. “Publicidad engañosa”. *Ámbito Jurídico*, 29 de febrero de 2012, <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/noti-120515-08-publicidad-enganosa.cshtml>
- Díez-Picazo, Luis. *Estudios monográficos. El contrato de consumo*. Madrid: Agencia Estatal, Boletín Oficial de Estado, 2006, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-10001100028_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Contratos_de_consumo_y_derecho_de_contratos
- Duque, Iván y Felipe Buitrago. *La economía naranja. Una oportunidad infinita*. Bogotá: Banco Interamericano de Desarrollo, 2013, <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/3659/La%20economia%20naranja%3A%20Una%20oportunidad%20infinita.pdf?sequence=4>
- Duque, María Victoria. *Aprendizaje colaborativo en el estudio del derecho de sociedades*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017.
- Dusollier, Severine. *The relations between copyright law and consumers' rights from a European perspective*. Bruselas: Parlamento Europeo, 2010, <https://christianengstrom.files>.

wordpress.com/2010/12/consumers-rights-and-copyright-by-prof-s-dusollier-namur_en_november-2010.pdf

- Espinosa, Brenda. “La responsabilidad por producto defectuoso en la Ley 1480 de 2011. Explicación a partir de una obligación de seguridad de origen legal y constitucional”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 28 (2015): 367-99.
- Flórez, Germán y Carolina Rojas Orjuela. *El derecho del consumidor en el comercio electrónico*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.
- Flórez, Germán y Olenka Woolcott. *Protección al derecho de autor. Implicaciones del TLC entre Estados Unidos y Colombia*. Bogotá, Buenos Aires: Universidad Católica de Colombia, Astrea, 2015.
- Forero, Diana, Andrés Chavarro y Pedro Adrián Zuluaga. *Sistemas de clasificación de salas de cine*. Bogotá: Ministerio de Cultura de Colombia, 2009.
- Giraldo, Alejandro. “Los conceptos de calidad, idoneidad y seguridad en el Estatuto del Consumidor”. *Revista Contexto* (2014): 57.
- Giraldo, Alejandro, Carlos Germán Caycedo Espinel y Ramón Eduardo Madriñán Rivera. *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor: Ley 1480 de 2011*. Bogotá: Legis, 2012.
- González, María Constanza. *Las letras al derecho: para conocer y negociar sus derechos como autor*. Bogotá: Cerlalc, s. f.
- Greffe, Xavier. *Gestión de las industrias creativas*. París: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2006.
- Horne, Julia. *Cyberspace law. Consumer law in the XXI century*. Londres: Edward Elgar, 2010.
- Howkins, John. *The creative economy*. Londres: Allen Lane, Penguin Press, 2007, http://200.91.225.128/Intrane1/desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2018-2570.pdf
- Iturraspe, Mosset y Ricardo Lorenzetti. *Defensa del consumidor*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1993.
- Lipszyc, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. París: Unesco, 1993.
- Liu, Joseph P. “Copyright law’s theory of the consumer”. *Boston College Law Review*, n.º 24 (2003): 424.
- Mariño, Diana. *Protección al consumidor: Una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 2017, [http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017\(1\).pdf](http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017(1).pdf)
- Monje, Diego. *El contrato de compraventa consensual. Vicisitudes de la fisonomía*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017.
- Narváez, José Ignacio. *Introducción al derecho mercantil*. Bogotá: Legis, 2016.

- Olarte, Jorge Mario y Miguel Rojas. *Manual de derecho de autor para alcaldías y gobernaciones*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2011.
- Ossa, Daniel. *La responsabilidad en el Estatuto del Consumidor. Las garantías de calidad, idoneidad y seguridad de los productos*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2013, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi0hsD36MPXAhUE7CYKHeypDGUQFggkMAA&url=https%3A%2F%2Faprendeenlinea.udea.edu.co%2Frevistas%2Findex.php%2Fred%2Farticle%2Fdownload%2F20040%2F16934&usg=AOvVaw02FyVC7Ps216WyP3tikuTJ>
- Parela, Naima. *Arbitrabilidad objetiva de los derechos de autor y los derechos conexos*. Kluwer Arbitration, 2014.
- Pérez, Paula. “Alineación de los sistemas de información con la estrategia de Gobierno en Línea”. *Revista Novum Ius* 11, n.º 1 (2017).
- Pico-Zúñiga, Fernando Andrés. “El alcance de los principios generales del Estatuto del Consumidor colombiano”. *Vniversitas*, n.º 134 (2017): 291-326, <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj134.apge>
- Rojas, Juan Sebastián. ¿Qué es la economía naranja? *Revista Portafolio*, 4 de mayo de 2015, <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/economia-naranja-36832>
- Schmitz, Christian. “Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual”. *La propiedad inmaterial*, n.º 17 (2013): 63-92.
- Sterling, Adam. *World copyright law*. Londres, 2009.
- Suthersanen, Uma. *Copyright law in cyberspace*. Londres: Edward Elgar, 2010.
- Tamayo, Javier. *Responsabilidad por productos defectuosos*. Bogotá: Legis, 2016.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 165-2004, 6 de abril de 2005.
- Varela, Andrés. *Concepto 1-2018-2570*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2018.
- Woolcott, Olenka y Germán Flórez. *El derecho de autor y los TLC*. Bogotá, Buenos Aires: Universidad Católica de Colombia, Astrea, 2015.

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS QUE PROTEGE

Clara Carolina Cardozo-Roa*

Resumen

Este capítulo analiza las conductas que configuran prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal desde el punto de vista de los derechos subjetivos que se pretenden proteger a través de estas. Lo anterior debido a que se suelen examinar estos ordenamientos a partir de una división de los intereses públicos y privados, sin entrar a determinar si no existen derechos que son protegidos por ambos ordenamientos. Para llenar el vacío doctrinal en mención, se presentarán primero los fundamentos jurídicos y económicos del derecho de la competencia y de sus ramas; a continuación, se identificarán los derechos subjetivos en juego y sus limitaciones; para luego relacionar ambos aspectos y concluir que las dos ramas del derecho de la competencia además de defender el mercado protegen prácticamente los mismos derechos.

Palabras clave: derecho mercantil, oferta y demanda.

* Abogada, especialista en Derecho Administrativo y magíster en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario y especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante del doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario. Docente de tiempo completo del área de Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y temporal en la Universidad del Rosario. Correos: ccarocroa@hotmail.com y ccardozo@urosario.edu.co

Abstract

This paper analyzes the conducts that constitute antitrust law violations and unfair competition from the point of view of rights to be protected by them. These systems usually are analyzed from the division of public and private interests, without going to determine if there are rights that are protected by either of them. To fill this doctrinal emptiness, first it is going to be presented the legal and economic foundations of competition law and its divisions; then it is going to be identified the rights and their limitations; after that it is going to be related these two aspects to conclude that the divisions of competition law in addition to defending the market, protect virtually the same rights.

Key words: commercial law, supply and demand.

Introducción

El derecho de la competencia agrupa las normas que buscan que en el mercado haya libertad y lealtad en la competencia. Sin embargo, tales normas se presentan como si fueran establecimientos estancos que solo ocasionalmente se relacionan. Esto debido a que se ha predicado que las prácticas comerciales restrictivas pretenden defender la libertad de competencia que pertenece al interés público, en tanto que la competencia desleal protege el interés privado de los competidores que se ven afectados con el actuar incorrecto de algunos oferentes. No obstante, cuando se revisan los ordenamientos descritos a la luz de la teoría iusprivatista de los derechos subjetivos, surge la pregunta por si las diferencias que se han planteado se mantienen o si por el contrario existen similitudes, en la medida en que ambos ordenamientos tutelan iguales facultades.

Para dar respuesta a lo anterior, la metodología escogida para atender las finalidades de este escrito es la revisión bibliográfica. Toda vez que, con ella, se puede evidenciar la comprensión que ha habido alrededor de los conceptos que se confrontan aquí: derecho de la competencia y derechos subjetivos.

Así, primero se describirá el derecho de la competencia desde sus fundamentos jurídicos y económicos, reseñando sus subramas desde el punto de vista tradicional.

A continuación, en el segundo apartado, de manera sucinta se definirán los derechos subjetivos, sus clases y se identificarán aquellos que se protegen a través de las normas de la competencia: las libertades económicas, los derechos de los consumidores, el derecho a impedir la desviación de la clientela, el derecho a la fama comercial, el derecho a la propiedad industrial y finalmente a la libertad de contratación. A renglón seguido se indicará la diferencia entre límite y limitación de los derechos para mostrar como límite el abuso del derecho y como limitaciones el orden público, las buenas costumbres y la buena fe.

En una tercera sección, se interrelacionarán las conductas que según el derecho colombiano configuran conductas típicas en el derecho de la competencia (prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal) y los derechos subjetivos identificados en el segundo acápite, para concluir que las diferencias que se reconocen cuando se habla de interés público y privado se desvanecen a la luz de los derechos que se protegen mediante el derecho de la competencia.

El derecho de la competencia y sus ramas

El derecho de la competencia pretende defender y proteger el mercado como institución¹⁵⁰, esto es: “hace de los mercados su centro de regulación, y de los agentes económicos los sujetos a regular, sin discriminar entre los sujetos públicos o privados, pudiendo tener tal carácter cualquier persona física o moral que dentro del sistema económico realice funciones de producción, distribución, adquisición o asignación de satisfactores, o que participa en las actividades relativas al qué, cómo y para qué producir”¹⁵¹.

Ahora bien, mercado es una noción económica que alude al “escenario donde compradores intercambian voluntariamente dinero por bienes y servicios con los vendedores, que, a su vez, intercambian voluntariamente los bienes y servicios por dinero”¹⁵². El mercado se rige por las leyes de Henderson (de oferta y demanda) según las cuales “cuando hay mayor cantidad de bienes y servicios ofrecidos –oferta–, sus precios bajan, y [...] cuando hay una mayor solicitud de

¹⁵⁰ José Eugenio Soriano García, *Derecho público de la competencia* (Madrid: Idelco, Marcial Pons, 1998), 18.

¹⁵¹ Jorge Witker y Angélica Varela. *Derecho de la competencia económica en México* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003), 8.

¹⁵² Jaramillo, *Vademécum*, 31.

bienes y servicios –demanda–, sus precios suben”¹⁵³, luego el precio se forma por el juego de las cantidades que los oferentes estén dispuestos a vender y las cantidades que los demandantes estén dispuestos a adquirir.

La cantidad de bienes y servicios ofrecidos y demandados dependerá en buena medida de la cantidad de intervinientes en el mercado. Entre más oferentes y demandantes haya, el precio podrá formarse más libremente. En este marco, aparece la competencia que se define de dos maneras en materia económica. Por una parte, Adam Smith y Alfred Marshall razonaron que era una rivalidad activa, en la cual los oferentes buscaban el desarrollo de ventajas competitivas, lo que motivaba la generación de nuevos productos, procesos y formas de organización y, por otra, la visión de Cournot, que parte de la consideración de que a medida que aumenta el número de empresas, el poder que ellas tienen de fijar los precios por encima de los costos se reduce, luego la competencia es un estado de equilibrio que se caracteriza por un conocimiento previo, en donde la empresa no innova, sino que soporta de manera pasiva las situaciones externas¹⁵⁴. El derecho considera la competencia simplemente como “el enfrentamiento de las empresas por la clientela”¹⁵⁵.

De cualquier modo, según la cantidad de intervinientes en los mercados, estos se clasifican en: de competencia perfecta, monopolios y de competencia imperfecta. En los de competencia perfecta, la ley de oferta y demanda funciona y se define por:

[...] a) la amplitud, o sea la presencia de un gran número de participantes, tal que la participación de uno solo o de un pequeño grupo no puede alterar su desarrollo espontáneo. En un mercado amplio los precios están dados por la oferta y la demanda de mercancías, son una emanación del mercado, y cada participante, individualmente, carece de poder para alterarlos con su sola actuación; b) la homogeneidad de la mercancía, puesto que el análisis del mercado se concreta al influjo recíproco entre las cantidades (ofrecidas o demandadas) y los precios, es evidente que los precios de dos mercancías de distinta calidad no son comparables [...] c) la transparencia, en virtud de la cual todas las propuestas deben ser conocidas [...]; y d) la autonomía, o

.....
¹⁵³ Jaramillo, *Vademécum*, 76.

¹⁵⁴ J. Stan Metcalfe, Verónica Robert y Gabriel Yoguel, “Dancing in the dark: la disputa sobre el concepto de la competencia”. *Desarrollo Económico*, n.º 197 (2010), 60.

¹⁵⁵ Velandia, *Derecho de la competencia*, 43.

sea la ausencia de toda discriminación en el interior del mercado y de todo control desde el exterior¹⁵⁶.

Esta es una estructura ideal que solo se expone como modelo de trabajo¹⁵⁷. Cuando el mercado no es amplio o no hay homogeneidad, se presentarán mercados con estructura monopólica o de competencia imperfecta, si falta transparencia se darán asimetrías y si falla la autonomía, se podrán identificar externalidades¹⁵⁸.

Los monopolios son opuestos a la competencia perfecta y asoman cuando hay un solo oferente en el mercado para enfrentar toda la demanda, por ende, tienen el poder para decidir la cantidad de bienes que producir y para determinar el precio. Hay monopolios naturales cuando en el mercado no existen condiciones favorables para el ingreso al mismo y, legales, cuando el Estado le atribuye a una empresa un mercado. Entre la competencia perfecta y el monopolio se encuentran los modelos de competencia imperfecta: el oligopolio en el cual hay un número reducido de competidores; el cartel en el cual los oferentes, a pesar de ser varios, coordinan sus decisiones para actuar monopolísticamente; el duopolio que se da cuando solo hay dos oferentes que compiten entre sí, el monopsonio que surge cuando en un mercado hay un solo demandante¹⁵⁹ y finalmente, el oligopsonio en donde hay pocos demandantes¹⁶⁰.

En relación con el requisito de transparencia, se parte del ideal de que todos los agentes del mercado tienen pleno acceso al conocimiento de las circunstancias que pueden llegar a afectarlos. Si lo anterior no se presenta y uno de los agentes descubre que hay vacíos en ese conocimiento, se generaría una asimetría, en palabras jurídicas, una situación de desigualdad frente al conocimiento, que podría motivarlo a tomar ventaja de esta coyuntura y ocasionar un desequilibrio en el

¹⁵⁶ Castaño y González, *Ideas económicas*, 115.

¹⁵⁷ Flint, *Tratado de defensa*, 156.

¹⁵⁸ Al analizar este tema desde la perspectiva del Estado regulador, Vallejo Almeida juzga como fallas del mercado aquellas que impiden que alcance su máxima eficiencia y estima como causas de tales: la inestabilidad de los ciclos económicos, la existencia de bienes públicos, las externalidades, la competencia imperfecta, la distribución desigual de la renta y los sesgos cognitivos. Germán Vallejo Almeida, "La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado", en *Derecho público en el siglo XXI* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016), 22-33.

¹⁵⁹ Velandía, *Derecho de la competencia*, 29.

¹⁶⁰ Carlos Encinas-Ferrer, "Oligopsonio - Oligopolio: la perfecta competencia imperfecta". *Revista Electrónica Nova Scientia* 6, n.º 11 (2013), 353, <http://novascientia.delasalle.edu.mx/ojs/index.php/Nova/article/view/87/42>

mercado¹⁶¹. En tanto que las externalidades surgen “cuando algunos individuos soportan costes u obtienen ingresos derivados de acciones realizadas por otros individuos que no tienen incentivo económico para tener en cuenta esos efectos cuando toman sus decisiones”¹⁶².

En este panorama, el Estado busca regular la competencia con la finalidad de corregir los problemas del mercado y con ello, proteger los intereses públicos y privados que se pueden ver afectados a través del derecho de la competencia, que es un conjunto de normas que procura reducir las distorsiones que impiden el desarrollo de la libre competencia entre los oferentes en un mercado, y precaver los daños que se puedan llegar a causar a la empresa con ocasión de conductas realizadas por los competidores en el desarrollo de su actividad económica¹⁶³. Luego, más que alcanzar el ideal de la competencia perfecta, esta rama del derecho aspira a que haya una competencia efectiva que se caracteriza por “la independencia en las decisiones, la posibilidad de entrada y salida de competidores, la libertad de elección para los agentes económicos que operan en el mercado y la existencia de una estructura de mercado que posibilite la efectiva independencia de los operadores”¹⁶⁴.

Ahora bien, de la definición precedente se colige que en el derecho de la competencia se protegen intereses de diferentes sujetos. Díez Estella citando a Costas Comesaña habla de una triada: “los intereses individuales de los competidores, los intereses colectivos de los consumidores, y los intereses generales del mercado”¹⁶⁵, estos últimos serían del Estado.

Tradicionalmente, de lo anterior se ha inferido que el derecho de la competencia económica comprende dos subramas: la defensa de la competencia (*anti-trust* o prácticas comerciales restrictivas) y la competencia desleal, en donde los consumidores son protegidos de manera transversal por ambos ordenamientos,

¹⁶¹ Conferencia de las Naciones Unidas, 19-20.

¹⁶² Paul R. Krugman, *Microeconomía: introducción a la economía* (Barcelona: Reverté, 2007), 455.

¹⁶³ Velandia, *Derecho de la competencia*, 39.

¹⁶⁴ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia. Vol. I* (Buenos Aires: Heliasta, 2005), 81.

¹⁶⁵ Fernando Díez Estella, “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal”. *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, n.º 213 (2001), 6, [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/relaciones_idc_lcd_\(2001\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/relaciones_idc_lcd_(2001).pdf)

en la medida en que, si se incrementa la oferta, “el consumidor puede escoger las prestaciones que responden a su elección. Este se beneficia igualmente de una mejora (calidad, cantidad, diversidad) en la oferta disponible: esta mejora resulta de la presión que es ejercida por la rivalidad sobre los agentes económicos”¹⁶⁶.

Mientras tanto, la defensa de la competencia

[...] es básicamente derecho público económico y se orienta a que las condiciones básicas que permiten la competencia entre los diferentes agentes económicos existan y funcionen lo menos distorsionadamente posible mediante distintos medios, a saber: 1) reprimiendo una serie de comportamientos que de acuerdo con la experiencia tienden a exterminar injustificadamente la competencia o explotar abusivamente el mercado; 2) previniendo que algunas situaciones adversas a la competencia derivadas de las grandes integraciones empresariales se materialicen afectando el mercado; y 3) tendiendo a crear un medio amigable a la competencia mediante el ejercicio de la abogacía de la competencia, para que la cultura de la competencia penetre en el tejido social y también que la regulación económica no afecte injustificadamente la libre competencia¹⁶⁷.

En tanto que el derecho de la competencia desleal hace referencia a las conductas en que el competidor “comienza a ‘apoyarse’ en su o en sus competidores, en sus esfuerzos, o en sus productos o servicios”¹⁶⁸, con la finalidad de obtener o ganar clientela.

Estos dos bloques normativos, con todo y la diversidad de su definición, tienen un propósito común, que es asegurar que los mercados funcionen, justamente gracias a que se fundan en el derecho a la libre actividad económica, protegen la competencia y cumplen la función de organizar y controlar el derecho a la libertad económica¹⁶⁹. Esta circunstancia comenzó a ser reconocida en el ordenamiento jurídico colombiano en virtud de la Ley 446 de 1998¹⁷⁰, cuando en sus artículos 143 y 144 dispuso que la Superintendencia de Industria y Comercio

¹⁶⁶ Paul Nihoul, *Introducción al derecho de la competencia: posición de las autoridades, de los consumidores y de las empresas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 61.

¹⁶⁷ Javier Cortázar Mora, *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Temis, 2011), 1.

¹⁶⁸ Jorge Otamendi, “La competencia desleal”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 3, n.º 2 (1998), 1, https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-October1998/032Juridica01.pdf

¹⁶⁹ Díez, “Las complicadas”, 6.

¹⁷⁰ Ley 446 de 1998.

tuviera las mismas competencias administrativas que en materia de prácticas comerciales restrictivas. Además, cada día se escuchan más voces que persiguen el reconocimiento de los derechos subjetivos lesionados por las prácticas comerciales restrictivas mediante el pago de indemnizaciones de perjuicios.

Aun así, para terminar de delimitar el ámbito de aplicación del derecho de la competencia resta indicar que el análisis de las prácticas comerciales restrictivas y de la competencia desleal apunta al mercado interno, porque en el panorama internacional existen otras conductas que distorsionan el mercado que se denominan *dumping* y subvenciones. El *dumping* consiste en importar bienes a un país por debajo de su precio normal y se sanciona si causa un daño en el mercado nacional receptor. Las subvenciones hacen referencia a un beneficio que concede un gobierno para fortalecer la posición de sus nacionales en los mercados internacionales¹⁷¹. Sin embargo, estas conductas superan el alcance del presente capítulo.

En conclusión, el derecho de la competencia puede definirse como aquel que procura preservar los mercados garantizando que estos no sean alterados por conductas que afecten el juego de la oferta y la demanda, ya sea porque buscan la supresión de competidores o porque implican un aprovechamiento de ventajas ajenas.

Derechos subjetivos protegidos por el derecho de la competencia, su límite y sus limitaciones

Los derechos subjetivos

El derecho a la competencia a través de sus dos ramas procura la protección de unos derechos subjetivos propios de los intervinientes en los mercados. Esto quiere decir que salvaguarda los “poderes (o facultades) de goce cuyo ejercicio (o gobierno) se deja a iniciativa de su titular (o de su representante legal cuando se trata de incapaces) y que se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico frente a las violaciones provenientes de la conducta de los obligados a respetarlos”¹⁷².

¹⁷¹ Witker y Varela, *Derecho de la competencia*, 195.

¹⁷² Valencia y Ortiz, *Derecho civil*, 271.

Tales poderes o facultades en el contexto objeto de estudio apuntan a los derechos subjetivos que tienen los agentes económicos que participan en el mercado. Esto es, los derechos subjetivos de los oferentes, subjetivos de los demandantes y de la sociedad en general, representada por el Estado.

Los derechos subjetivos pueden clasificarse en derechos individuales y colectivos. Los individuales tienen un titular único, mientras que los colectivos tienen por titular a un grupo o conjunto de individuos con fines e intereses comunes y, en consecuencia, solo pueden ejercerse de manera grupal¹⁷³. También se catalogan en públicos y privados, en donde los primeros protegen el interés de la comunidad¹⁷⁴ y, además, establecen “una relación jurídica entre los particulares y el Estado”¹⁷⁵ y los segundos defienden el interés individual o particular y constituyen relaciones entre particulares.

Dentro de los públicos se encuentran en cabeza de los oferentes las libertades económicas¹⁷⁶ (consagradas en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia) y en cabeza de los demandantes los derechos del consumidor (artículo 78 de la Carta Política). En cuanto a los derechos subjetivos privados, los oferentes tienen los derechos a evitar la desviación de la clientela, a la protección de la fama comercial, a la propiedad industrial y a la libertad de contratación. De este último derecho son también titulares los demandantes.

Las libertades económicas son la libertad de iniciativa económica, la libertad de competencia y la libertad de empresa. La libre iniciativa económica es: “la facultad que tienen las personas de desarrollar actividades lucrativas de su preferencia, dentro de los límites previstos en la Constitución Política o dentro de los

.....
¹⁷³ Jáuregui, “Derechos individuales”, 57.

¹⁷⁴ Miguel Betancourt Rey, *Derecho privado: categorías básicas* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1996), 113.

¹⁷⁵ Valencia y Ortiz, *Derecho civil*, 278.

¹⁷⁶ De este artículo de la Constitución, Tobar Ordóñez infiere dos reglas que, en su criterio, delimitan el marco hermenéutico del derecho de la competencia en Colombia, y que se corresponden con los derechos subjetivos públicos que se mencionan en este escrito: “La garantía de la libertad de los competidores para que concurran al mercado en busca de clientela [y] la garantía de la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado bienes y servicios en condiciones de competencia”. Jaime Humberto Tobar Ordóñez, “Deberes del comerciante frente a las normas del derecho de la competencia”, en *Derecho comercial, cuestiones fundamentales*, editado por Juan Pablo Cárdenas, Juan Jacobo Calderón y Yira López (Bogotá: Universidad del Rosario, Legis, 2016), 345.

límites que establezcan las leyes cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación”¹⁷⁷.

En cuanto a la libre competencia, comprende tanto la libertad de concurrencia como la libertad de competencia en sí, que se presenta en dos momentos diferentes de participación en el mercado. “La libre concurrencia está referida a la existencia de sectores económicos totalmente abiertos a la participación de los agentes económicos privados o públicos. Se trata de un acceso igualitario de todos los agentes interesados en producir bienes o prestar servicios sin limitación o restricción alguna [...] En cambio, la libre competencia supone la participación de distintos agentes económicos en el interior de un mercado específico, los cuales han superado las barreras de entrada (libre concurrencia) que eventualmente pudieran existir”¹⁷⁸.

Esta libertad en su aspecto colectivo “no es solo entendida como la posibilidad que tienen los productores de competir en un mercado [...] sino [...] como un derecho también de los consumidores, quienes son los más afectados cuando no se garantiza la competencia”¹⁷⁹.

Este derecho se protege no solo proscribiendo las prácticas comerciales restrictivas, sino también salvaguardando las estructuras de mercado para que no surjan monopolios nacidos de la eliminación de competidores¹⁸⁰. Ahora bien, se ha considerado que gracias a que este derecho fue contemplado en la Constitución Política, dejó de ser un derecho exclusivamente colectivo para comenzar a tener una dimensión individual, que faculta a la víctima directa de las prácticas comerciales restrictivas para demandar la indemnización de los perjuicios que se le causen¹⁸¹.

¹⁷⁷ Ileana Marlitt Melo Salcedo, “Los derechos de contenido económico”. *Vniversitas*, n.º 106 (2003), 103.

¹⁷⁸ Witker y Varela, *Derecho de la competencia*, 3-4.

¹⁷⁹ Emilio José Archila Peñalosa. “El papel del consumidor en el derecho de la competencia: aspectos procesales”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 653.

¹⁸⁰ Baldo Kresalja Roselló, “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica”. *Pensamiento Constitucional* 12, n.º 12 (2006), 57, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/2267>

¹⁸¹ Emilio José Archila Peñalosa, “Propuestas para dinamizar la indemnización de perjuicios por prácticas comerciales restrictivas”, en *Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio. Vol. I*, editado por Cámara de Comercio de Bogotá (Bogotá: E-ditorial 531, 2013), 81.

La libre competencia puede verse afectada: “a) por el establecimiento de monopolios de derecho (en la forma prevista por el artículo 336 de la C.P.); b) por el reconocimiento de marcas, patentes y demás derechos de la propiedad industrial; c) por la explotación abusiva de la posición dominante en un mercado; d) por la realización de prácticas restrictivas de la competencia; y e) por la realización de actos de competencia desleal de tipo nacional o internacional (*dumping*)”¹⁸².

La libertad de empresa comprende las facultades que requiere el empresario para poder desarrollar su actividad económica. En palabras de Sabogal Bernal: “se concede a toda persona (sin hacer distinción entre personas naturales o jurídicas), para desarrollar actividades de carácter económico (entendiendo por actividad económica, aquella que tiene por objeto la producción y distribución de bienes, y de forma derivada el consumo y la acumulación), y para mantener o incrementar su patrimonio (conjunto de bienes materiales e inmateriales inherentes a una persona)”¹⁸³.

Este derecho cuenta con un núcleo esencial que está compuesto por las libertades de creación, organización y dirección. La primera de ellas hace alusión a la libertad de emprender actividades económicas y adquirir el estatus de empresario, ya sea por iniciar un nuevo negocio o como consecuencia de un negocio jurídico en virtud del cual se adquiere la capacidad decisoria en una empresa existente. La libertad de organización apunta a la capacidad de tomar decisiones acerca de la vida de la empresa, como su nombre comercial, ubicación y forma jurídica. En tanto que la libertad de dirección comprende la de tomar decisiones sobre la forma en que se va a actuar dentro del mercado, así se incluyen en esta categoría las cuestiones relacionadas con cantidad de producción, política de precios, imagen publicitaria, canales de distribución, contratación, entre otras¹⁸⁴.

Respecto de los derechos de los consumidores, puede afirmarse que tienen una dimensión colectiva y una individual. La colectiva atañe a “los intereses de los consumidores, amenazados o afectados, habitualmente revisten naturaleza

¹⁸² Alfonso Miranda Londoño, “El régimen general de la libre competencia: características principales”. *Revista Con-texto*, n.º 2 (1998), 7.

¹⁸³ Luis Fernando Sabogal Bernal, “Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia”. *Revista e-Mercatoria* 4, n.º 1 (2005), 4.

¹⁸⁴ Ariño, *Principios*, 262-72.

supraindividual (productos defectuosos, publicidades engañosas, cláusulas abusivas, etc.) [...] Por ello, el derecho del consumidor elimina, a través de la legitimación colectiva, la exigencia de un interés personal para accionar, instrumentando modos colectivos de protección, acciones grupales, etc.”¹⁸⁵.

En su dimensión individual es un derecho poliédrico que comprende elementos: sustanciales (calidad de bienes y servicios y de la información), procesales (exigibilidad judicial de las garantías y la indemnización de perjuicios) y participativos (frente a la administración pública y los órganos reguladores)¹⁸⁶.

Dentro de los derechos individuales sustanciales de los consumidores están los de contenido patrimonial que se derivan de las relaciones de consumo, que son vínculos jurídicos y económicos que surgen entre los consumidores y usuarios (demandantes finales de productos y servicios) y los productores y expendedores (oferentes de productos y servicios)¹⁸⁷.

Ahora bien, los derechos subjetivos privados de los oferentes en el contexto objeto de estudio, como ya se dijo, son los derechos a impedir la desviación de la clientela, a la fama comercial, a la propiedad industrial y a la libertad de contratación.

El primero de estos derechos no dice que esté prohibido en un mercado captar los clientes del competidor haciendo uso de medios propios del mercado, como son la calidad, el precio, el servicio y la publicidad, porque esto constituye la esencia de la competencia¹⁸⁸, y tampoco puede asegurarse que exista un derecho a la clientela, porque esta como lo resalta Zunino, no es únicamente el “conjunto de compradores más o menos habituales de un negocio, sino también [la] aptitud o facultad del establecimiento para atraerla o conservarla”¹⁸⁹, luego la clientela está integrada por personas que no son susceptibles de apropiación jurídica¹⁹⁰.

No obstante, cada competidor tiene el derecho a protegerla de “acciones de otros que tengan por objeto o como efecto desviarla mediante conductas contrarias

¹⁸⁵ Gabriel Stiglitz, “Contratos”, 521.

¹⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1141 de 2000.

¹⁸⁷ Giraldo, Caycedo y Madriñán, *Comentarios*, 8.

¹⁸⁸ Otamendi, “La competencia”, 1.

¹⁸⁹ Madriñán, *Principios*, 164.

¹⁹⁰ Medina, *Derecho comercial*, 189-90.

a las sanas prácticas de negocios y la buena fe comercial”¹⁹¹. Por consiguiente, los competidores tienen una obligación de no hacer, esto es, están obligados a abstenerse de realizar conductas a través de las cuales puedan disuadir a la clientela¹⁹² de comprarle a un determinado oferente acudiendo a mecanismos diferentes de aquellos que son permitidos en el mercado.

Acercas de la fama comercial, se puede aseverar que es: “un elemento inasible, que depende de múltiples condiciones y en cuya evaluación se tienen en cuenta dos factores: a) El real u objetivo que hace referencia a diversas ventajas del establecimiento, y b) el subjetivo o personal, que se deriva de la habilidad, capacidad y dinamismo del administrador, de la organización funcional y la eficiencia del factor humano”¹⁹³.

El derecho a la fama comercial pretende proteger que esos factores que ha dispuesto el oferente para el desarrollo de su actividad y que le permiten tener ganancias no se vean afectados por el actuar de otros competidores.

Por su parte, la propiedad industrial es “el conjunto de derechos exclusivos y temporales que el Estado concede para usar o explotar económicamente aquellas invenciones o innovaciones aplicables a la industria y el comercio que sean el producto del ingenio y capacidad intelectual del hombre. Recae sobre cosas imperceptibles e inmateriales, como las creaciones que proceden del ingenio humano susceptibles de beneficio comercial o de utilización industrial, por tanto también hace parte de la propiedad intelectual”¹⁹⁴.

Estos derechos se caracterizan por: (i) tener una vigencia temporal, (ii) requerir del reconocimiento del Estado para su existencia, previo cumplimiento de una serie de requisitos para su obtención y (iii) el titular de estos está obligado a explotarlos¹⁹⁵. Además, recaen sobre bienes inmateriales, son incorporeales y le confieren a su titular un derecho de exclusividad y de monopolio de explotación¹⁹⁶. En cuanto al vínculo entre la propiedad industrial y el derecho de la competencia,

¹⁹¹ Castro, *Derecho comercial*, 50.

¹⁹² Pinzón, *Introducción al derecho*, 177.

¹⁹³ José Ignacio Narváez García, Jorge Eduardo Narváez Bonnet y Olga Stella Narváez Bonnet, *Derecho de la empresa* (Bogotá: Legis, 2008), 153.

¹⁹⁴ Juan Pablo Canaval Palacios, *Manual de propiedad intelectual* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2008), 78.

¹⁹⁵ Juan David Castro García, *La propiedad industrial* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 39-40.

¹⁹⁶ Rodolfo Lizarazu Montoya, *Manual de propiedad industrial* (Bogotá: Legis, 2014), 5.

se ha discutido si existe una relación de complementariedad o de oposición entre los dos ordenamientos, en la medida en que quien es titular de un derecho de propiedad industrial goza de un monopolio de explotación, lo que parece oponerse a la protección de la libre competencia, no obstante a través de las normas de competencia desleal se protegen a los titulares de estos derechos, como se verá en la siguiente sección. Los derechos de la propiedad industrial se clasifican en los derechos sobre los signos distintivos y sobre las nuevas creaciones.

Los signos distintivos son los bienes inmateriales, cuyo propósito es identificar un oferente y sus productos y servicios dentro del mercado¹⁹⁷ en que este compete. El derecho de la competencia los protege en tanto que por una parte “la competencia se funda en la diferenciación o en la distinción”¹⁹⁸ y por otra, los competidores atentan en contra de los signos distintivos con fines competitivos¹⁹⁹.

Las nuevas creaciones corresponden a “invenciones o creaciones formales con aplicación industrial”²⁰⁰. Se protegen con este régimen según la Decisión 486²⁰¹ de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones: las invenciones, los modelos de utilidad, los diseños industriales y los esquemas de trazado de circuitos integrados.

Respecto de la protección de estos derechos por parte del derecho de la competencia se ha debatido sobre si existe una pugna entre los dos ordenamientos, puesto que las patentes conceden un monopolio de explotación a sus titulares porque estos son los únicos que pueden obtener provecho económico de ellas sin que otro oferente pueda hacerlo lícitamente, en tanto que el derecho de la competencia busca eliminar todas las restricciones para el acceso de competidores al

.....
¹⁹⁷ Castro, *La propiedad*, 43-4.

¹⁹⁸ Enrique García-Chamon Cervera, Luis Antonio Soler Pascual y Rafael Fuentes Devesa, *Tratado práctico de propiedad industrial* (Madrid: El Derecho Editores, 2010), 61.

¹⁹⁹ Roberto Goldschmidt, *Curso de derecho mercantil* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001), 176-8.

²⁰⁰ Ricardo Metke Méndez, *Lecciones de propiedad industrial. Tomo 1* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2001), 26.

²⁰¹ Comisión de la Comunidad Andina de Naciones. “Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial”. *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, 19 de septiembre de 2000, 2-48.

mercado, de manera tal que se incrementen las alternativas disponibles para los consumidores²⁰².

La propiedad industrial protege también el *know how* o secreto empresarial: conjunto de conocimientos y procedimientos que se aplican en el desarrollo de la actividad empresarial ya sea en la producción, comercialización o administración del negocio²⁰³ que es objeto de protección jurídica siempre que se mantenga en secreto, tenga valor comercial y el empresario haya tomado las medidas razonables para tenerla reservada²⁰⁴.

Finalmente, se encuentra la libertad contractual, que es el derecho que tienen las partes de celebrar o no el contrato y a determinar su contenido²⁰⁵. Las anteriores prerrogativas incluyen, entre otras, las libertades de: escoger con quién se contrata; seleccionar el tipo o atipo contractual; celebrar el contrato por sí mismo, de hacerse representar o de actuar por interpuesta persona y forma de expresión de la voluntad, salvo en los casos en que la ley imponga solemnidades²⁰⁶.

Límite y limitaciones de los derechos subjetivos

Los anteriores derechos, como cualquier otro, cuentan con límites y limitaciones. Los límites están dados por el contenido mismo del derecho, mientras que las limitaciones son externas y restringen, alteran o modifican su contenido²⁰⁷. El límite y las limitaciones tienen la finalidad específica de aportar a la comprensión de cada uno de los derechos delimitados. Así, para poder dimensionar el contenido y alcance de un derecho no solo debe identificarse lo que se puede exigir, sino que también es necesario verificar hasta dónde puede llegar el titular en su reclamo, conforme con el ordenamiento jurídico. El principal límite de los derechos previamente estudiados es la institución del abuso del derecho, mientras

.....
²⁰² Rafael Arnoldo Gómez Salazar, "La relación de conflicto entre el derecho de competencia y la propiedad intelectual: la negativa a conceder licencia de un derecho de propiedad intelectual en El Salvador". *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers* (2010), 8, <http://escholarship.org/uc/item/0110q2pf>

²⁰³ Lisandro Peña Nossa. *Contratos mercantiles: nacionales e internacionales*. 4ª ed. (Bogotá: Temis, 2012), 440.

²⁰⁴ Castro, *La propiedad*, 429-31.

²⁰⁵ Christian Larroumet, *Teoría general del contrato. Vol. I* (Bogotá: Temis, 1999), 86-7.

²⁰⁶ Hinestrosa, "Función, límites", 9-11.

²⁰⁷ Correa, *Libertad de empresa*, 631.

que las limitaciones que impone el ordenamiento jurídico son el orden público, las buenas costumbres y la buena fe.

El abuso del derecho es un límite, porque como lo explican Lorenzetti y Pedrotti: “todas las ideas de abuso se sustentan en una apreciación relativa al modo en que el titular ejerce el derecho [...] De ellos se sigue que el juicio del abuso es un límite interno del ejercicio de los derechos [que] se basa en el modo en que se usa un derecho”²⁰⁸.

Esta institución comenzó a reconocerse jurisprudencialmente en Francia en el siglo XIX, cuando se afirmó que los derechos tenían como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo²⁰⁹. Posteriormente, la doctrina encabezada por Ripert y por Josserand elaboró el concepto. Ripert manifestó que se abusaba de un derecho cuando quiera que el titular del mismo lo ejercía con el propósito o intención de dañar a otro (*animus nocendi*)²¹⁰ y Josserand indicó que:

En esta teoría los derechos, productos sociales, como el mismo derecho objetivo, derivan su origen de la comunidad y de ella reciben su espíritu y finalidad; cada uno se encamina a un fin, del cual no puede el titular desviarlo; están hechos para la sociedad y no la sociedad para ellos; su finalidad está por fuera y por encima de ellos mismos; son, pues, no absolutos, sino relativos; deben ejercerse en el plano de la institución, con arreglo a su espíritu, o de lo contrario seguirán una dirección falsa, y el titular que de ellos haya, no usado, sino abusado, verá comprometida su responsabilidad para con la víctima de esa desviación culpada.

[...]

Hay armas lícitas que se convierten en armas envenenadas cuando se utilizan de cierta manera, en ciertas condiciones; en todo, son el *móvil* y el *fin* los que deben considerarse²¹¹.

De lo anterior se infiere que los derechos tienen una forma legítima de ser ejercidos, y si se contraría, ya sea actuando con la intención de dañar o contravieniendo su finalidad, su conducta será abusiva. Luego, el ejercicio de los derechos

²⁰⁸ Ricardo Luis Lorenzetti y Daniel F. Pedrotti, “Nuevas fronteras del abuso de derecho: situaciones jurídicas lesivas de libertades, tutela de mercado y amparo”. *Rev. AEU* 80, n.º 1 extr. (1995), 118, <http://documentos.aeu.org.uy/080/080-E1-113-123.pdf>

²⁰⁹ Gustavo Ordoqui Castilla, *Abuso de derecho* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2010), 33.

²¹⁰ Rengifo, *Del abuso*, 47.

²¹¹ Louis Josserand, *Del abuso del derecho y otros ensayos* (Bogotá: Temis, 1999), 4.

subjetivos que se han descrito aquí no debe ser abusivo y, por ende, los intervinientes en el mercado deben exigir tales derechos sin la intención de causar daño y con el propósito para el cual estos han sido consagrados en el ordenamiento jurídico.

En este escenario, los derechos en el mercado tienen que ejercerse conforme con la función social de la empresa (inc. 3, art. 333, Constitución Política). Esta función social tiene dos dimensiones: (i) la positiva, que significa que la empresa, como base de desarrollo, es una herramienta para el logro de objetivos económicos del Estado y, por tanto, es protegida por el ordenamiento jurídico y, (ii) la negativa, que busca armonizar el interés individual y el interés colectivo a través del establecimiento de cargas, obligaciones y prohibiciones para la empresa y el empresario²¹².

Ahora bien, en el derecho de la competencia hay dos manifestaciones concretas del abuso del derecho. Por una parte, está el abuso de la posición dominante que implica un ejercicio abusivo de las libertades económicas (iniciativa privada, competencia y empresa)²¹³ y, por otra, para algunos autores como Ordoqui, siguiendo a Josserand, la competencia desleal es abusiva porque en ella se ejerce injustamente el derecho subjetivo a la libertad de competencia²¹⁴.

Frente a las limitaciones de los derechos, tradicionalmente se ha considerado que el orden público y las buenas costumbres solo restringen el ejercicio de la libertad contractual²¹⁵. Aquí se propone ampliarlos con fundamento en el artículo 6 de la Constitución Política, que hace responsables a los particulares por infringir las leyes y en el derecho privado no todas las normas jurídicas son de obligatorio cumplimiento, sino solo aquellas que tienen carácter imperativo, que según el artículo 16 del Código Civil, son las que involucran el orden público y las buenas costumbres. Así, en virtud del mandato constitucional, estas no solo limitan el ejercicio de la libertad contractual, sino todo el actuar de los particulares en el mercado.

.....
²¹² Correa, *Libertad de empresa*, 759.

²¹³ Rengifo, *Del abuso*, 375.

²¹⁴ Ordoqui, *Abuso de derecho*, 541.

²¹⁵ Hinestrosa, "Función, límites", 14-5.

El orden público es “un conjunto flexible de principios religiosos, morales, políticos y económicos, predominantes en determinado medio social y que se miran como indispensables para la conservación de este, constituye un instrumento adecuado para que el Estado –guardián nato del bien común– pueda cumplir prudentemente su función fundamental por conducto de todos sus órganos de expresión jurídicas, y no exclusivamente del legislador”²¹⁶.

Dentro de la doctrina clásica, el orden público es de carácter político, porque contempla la primacía “del interés social sobre el individual y procura enrumbar la actividad privada del modo que sea más conveniente para la comunidad entera, como se la considere, en el momento y según las circunstancias, más útil socialmente”²¹⁷. Esta noción de orden público comprende, entre otras, las normas sobre seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad públicas²¹⁸.

Pero con el advenimiento del Estado social de derecho que no solo propugna porque principios de libertad e igualdad del individuo (propios del Estado liberal) se hagan realidad, sino que además busca garantizar los mínimos vitales y los derechos sociales²¹⁹, la noción de orden público se amplió a temas económicos, en la medida en que el Estado interviene en ella para “garantizar mejor la libertad individual y reconociendo la desigualdad de condiciones particulares para reducirla”²²⁰ y para corregir las fallas que presentan las leyes económicas del mercado (oferta y demanda). Lo anterior lo hace por medio de normas, como por ejemplo, las que controlan las tasas de interés y los precios en el mercado y su participación como agente económico a través del gasto público²²¹.

El derecho de la competencia contiene disposiciones imperativas tanto de orden público político como económico, porque, si bien procura garantizar el interés público, también pretende corregir los fallos que aparecen en el mercado. Lo dicho se materializa en prohibiciones de obligatorio cumplimiento. De esta

²¹⁶ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 5ª ed. (Bogotá: Temis, 1998), 11.

²¹⁷ Hinestroza, “Función, límites”, 18.

²¹⁸ Libardo Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo: general y colombiano*. 10ª ed. (Bogotá: Temis, 1998), 406-7.

²¹⁹ Sánchez, *Introducción al Estado*, 144-7.

²²⁰ Hinestroza, “Función, límites”, 22.

²²¹ Mauricio Plazas Vega, *El liberalismo y la teoría de los tributos* (Bogotá: Temis, 1995), 59.

forma, las prácticas comerciales restrictivas prohíben los acuerdos y actos anti-competitivos y el abuso de la posición dominante, en tanto que la competencia desleal proscribire los actos realizados en el mercado que son excesivos y abusivos.

De este análisis se evidencia que, en la medida en que el régimen del derecho de la competencia está compuesto por normas de carácter imperativo, sirve de límite de los derechos subjetivos. Para ilustrar esta idea, se formula el siguiente ejemplo: un grupo de comerciantes que quiere impedir el acceso de un nuevo competidor al mercado y para ello celebra un acuerdo de fijación de precios. En este caso, al ejercer su libertad contractual, los comerciantes están violando las normas de prácticas comerciales restrictivas, que como se dijo son normas de orden público.

En cuanto a la noción de buenas costumbres, supone acudir a las normas morales y éticas comunes en una colectividad²²², pero “no se abarca el conjunto de reglas abstractas y eternas que deben regular el comportamiento del hombre frente a su consciencia, sino simplemente aquellas reglas de conducta que la consciencia social de la colectividad expresa de tiempo en tiempo, y según el ambiente, como aquel tanto de moralidad cuya observancia se reputa indispensable para los fines de un ordenado desenvolvimiento de la vida de relación”²²³.

Las buenas costumbres en materia de la competencia se manifiestan en las sanas costumbres mercantiles y en los usos honestos en asuntos comerciales e industriales, que se registran en los artículos 7 y 8 de la Ley 256 de 1996.

En lo que atañe a la buena fe, jurídicamente se identifican dos conceptos: la buena fe subjetiva o creencia, que es la consciencia de haber actuado conforme a derecho y sin dañar a otro así haya ignorancia o error; y la buena fe objetiva o lealtad, que examina la conducta del sujeto para determinar si cumplió con un deber de comportamiento fundado en: (i) la forma en que personas razonables y probas procederían en la situación que se examina y (ii) los usos sociales que rigen una situación determinada. La buena fe subjetiva se analiza en instituciones

.....
²²² Lina Bigliuzzi Geri, Umberto Breccia, Francesco D. Busnelli y Ugo Natoli, *Derecho civil. T. I. Vol. 2. Hechos y actos jurídicos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992), 907.

²²³ Renato Scognamiglio, *Teoría general del contrato* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996), 171.

como la usucapión y la teoría de la apariencia, en tanto que la buena fe objetiva se manifiesta principalmente en el ámbito contractual²²⁴.

Obsérvese que mientras la buena fe subjetiva puede crear derechos, la objetiva los limita. Mientras que la subjetiva protege a la persona que cree actuar bien, la objetiva, al fijar parámetros de comportamiento, simultáneamente está marcando los linderos dentro de los cuales deben ejercerse los derechos, juzga que se actúe “con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia y responsabilidad”²²⁵.

En este segundo sentido es que las normas de competencia (particularmente las de competencia desleal) definen la buena fe. Así se muestra en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996 primer inciso, que reza: “Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial”. Ahora, la buena fe en materia de competencia se vincula también con “la confianza que los terceros depositan en la claridad y objetividad del mercado como lugar de encuentro para la realización de transacciones comerciales, tanto en cuanto sin dicha confianza no es posible lograr la concreción de la finalidad del mercado, ya que sin confianza éste carecería de participantes, y como consecuencia directa, las transacciones en el mercado de que se trate quedarían suspendidas, o incluso, eliminadas”²²⁶.

Con base en lo anterior, se constata que la buena fe comercial hace referencia a una buena fe objetiva, es decir, que establece unas claras exigencias de conducta de parte de los diferentes intervinientes en el mercado, de forma tal que quien pretenda amparar su conducta en aquella no puede exonerarse argumentando simplemente que creyó haber actuado conforme con el derecho, sino que tiene la carga de acreditar la corrección en su actuar, esto es, que obró libre de dolo o de culpa porque fue diligente, prudente y precavido. De este modo, se advierte que la buena fe comercial es una verdadera limitación para la actuación de los

²²⁴ Martha Lucía Neme Villarreal, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 17 (2009), 51-2.

²²⁵ Camilo Andrés Rodríguez Yong, *Una aproximación a las cláusulas abusivas* (Bogotá: Universidad del Rosario, Legis, 2013), 34.

²²⁶ María Fernanda Juppet Ewing, “Una aproximación a la buena fe en el mercado como base fundamental del derecho corporativo”. *Revista Actualidad Jurídica* 11, n.º 22 (2010), 215-35.

distintos agentes en el mercado, puesto que los intervinientes tienen una serie de cargas en torno al ejercicio de sus derechos subjetivos.

Para concluir este aparte, se afirma que los intervinientes en el mercado son titulares de unos derechos subjetivos que son reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, pero que están delimitados por su propio contenido y la teoría del abuso de los derechos y, además, son limitados por el ordenamiento jurídico mediante el orden público, las buenas costumbres y la buena fe.

Conductas que protegen los derechos subjetivos

Prácticas comerciales restrictivas

Las prácticas comerciales restrictivas están reguladas en Colombia por la Ley 155 de 1959, el Decreto 3307 de 1963, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009 y protegen la competencia a través de normas de carácter prohibitivo y preventivo.

Las normas de carácter preventivo aluden al control previo de las integraciones empresariales para evitar que se limite indebidamente la competencia²²⁷ y para “defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general”²²⁸.

Las normas de carácter prohibitivo proscriben en general, “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”²²⁹.

Y en particular las conductas que se encuentran en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, en los cuales se reglamentan tres tipos de conductas: los acuerdos anticompetitivos, los actos anticompetitivos y los abusos de la posición dominante.

.....
²²⁷ Velandía, *Derecho de la competencia*, 216-20.

²²⁸ Narváez, *Derecho mercantil*, 260.

²²⁹ Artículo 1, Ley 155 de 1959, modificado por el Decreto 3307 de 1963.

Los acuerdos anticompetitivos son todas las actuaciones consensuadas entre dos o más oferentes, tienen el objeto o el efecto de afectar la competencia, se presentan de manera horizontal o vertical.

Son acuerdos horizontales los que se celebran entre competidores, reales o potenciales, que buscan soslayar cualquier tipo de competencia, por ello se suelen denominar prácticas absolutas. Mientras que los acuerdos verticales se dan a lo largo de la cadena de distribución limitando la acción de la empresa de manera ascendente (proveedores) o descendente (distribuidores); no siempre son anticompetitivos, por lo que se suelen denominar prácticas relativas, porque exigen que se verifique si se afecta el mercado, si una de ellas tiene posición dominante²³⁰, o si con esta conducta no se está generando un beneficio para los consumidores²³¹.

En el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 hay un listado no taxativo de estos: los acuerdos de fijación directa o indirecta de precios; las condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros; la repartición de mercados entre productores (horizontales) y entre productores y distribuidores (verticales); la asignación de cuotas de producción o de suministro; la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos; la limitación a los desarrollos técnicos; subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio; abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción y la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

En virtud de la Ley 590 de 2000 se adicionó una nueva conducta que consiste en los acuerdos que impidan a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. La consagración de los acuerdos anticompetitivos protege especialmente los derechos subjetivos públicos tanto de los oferentes como de los demandantes y el derecho a la libre contratación.

²³⁰ Carlos Ariel Sánchez Torres y Óscar Ibáñez Parra, "El TLC, el derecho colectivo de la competencia y acciones populares", en *El tratado de libre comercio, la integración comercial y el derecho de los mercados*, editado por Erick Rincón Cárdenas, Erwin Santamaría Ariza y Juan Jacobo Calderón Villegas (Bogotá: Universidad del Rosario, 2007), 369-70.

²³¹ Alfonso Miranda Londoño, "Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercado". *Revista Con-texto*, n.º 3 (1998), 24, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1699/1526>

El derecho a la libre iniciativa económica se garantiza a los competidores potenciales porque al proscribir estos acuerdos se les está permitiendo que escojan la actividad económica que prefieran, teniendo que enfrentar las barreras de entrada estructurales o naturales y no las estratégicas o comportamentales. Por barreras de entrada se entienden aquellos factores que obstaculizan el ingreso al mercado de nuevos competidores, otorgando así ventajas competitivas a quienes ya se encuentran en él. Las barreras son estructurales cuando se vinculan a la actividad económica en sí y son involuntarias. Son barreras estratégicas las que intencionalmente imponen los competidores que ya se encuentran en el mercado²³². Así, por ejemplo, los costos de organización de un establecimiento de comercio son una barrera estructural, mientras que los acuerdos anticompetitivos son una barrera comportamental o estratégica.

Respecto del derecho a la libre competencia se garantiza en la medida en que con el establecimiento de estas conductas se evita que los competidores se asocien con el propósito de no permitir la concurrencia o la competencia en sí. Por otra parte, el derecho a la libertad de empresa se garantiza en tanto se respeta la autonomía del empresario para determinar la producción y distribución de bienes.

El derecho del consumo de los demandantes se ampara tanto en su dimensión colectiva, porque las normas de protección de la competencia buscan el bienestar del consumidor en un sentido general²³³, como individual, porque al haber contienda entre los participantes en el mercado el consumidor puede escoger libremente el producto o servicio y además sacar provecho en materia de precios, calidad y servicio.

Por último, respecto de la libertad de contratación se garantiza que los oferentes puedan determinar autónomamente el clausulado de los contratos, sin someterse a acuerdos ilícitos celebrados con los competidores. En tanto que los consumidores podrán escoger el proponente con el cual celebrar el contrato dependiendo de las condiciones que les ofrezcan, y en todo caso, aceptar o rechazar si se trata de un contrato de adhesión, que se caracteriza por que “una de las

²³² Flint, *Tratado de defensa*, 227.

²³³ Fernando Díez Estella, “Los objetivos del derecho *antitrust*”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 224 (2003), 6, [http://fernandodiezestella.com/Publicaciones/objetivos_antitrust_\(2003\).pdf](http://fernandodiezestella.com/Publicaciones/objetivos_antitrust_(2003).pdf)

partes [...] anteladamente establece el contenido del contrato en forma unilateral, de tal manera que la otra parte, el adherente, solo puede tomarlo o dejarlo”²³⁴.

Los actos anticompetitivos son realizados por un interviniente en el mercado sin una calificación especial²³⁵. El Decreto 2153 de 1992 en su artículo 48 sanciona de manera taxativa tres conductas, a saber: “1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el Estatuto de Protección al Consumidor. 2. 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. 3. 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”.

El primero de estos numerales hace referencia a la publicidad, que es “un mecanismo de promoción de un producto y de su marca, que trata de crear un reclamo para su adquisición o contratación”²³⁶. Con las disposiciones que la regulan se protegen especialmente los derechos del consumidor, y en particular el de recibir información veraz y suficiente en el mercado, porque los consumidores por regla general se encuentran en una posición asimétrica frente al oferente, ya que “no pueden reconocer *a priori* las diferencias cualitativas del producto debido a ‘información privada’ u ‘oculta’ en poder del vendedor”²³⁷, esta circunstancia se minimiza a través del derecho de la competencia al sancionar la violación de normas publicitarias.

Del mismo modo, protege el derecho de los competidores a evitar la desviación de la clientela y a la fama comercial, en el sentido de que engañar a los consumidores mediante la publicidad es un recurso ilegítimo para obtener clientela y también afecta los elementos que se han dispuesto para obtener ganancias. Indirectamente, se protegen también los signos distintivos al impedir que el nombre comercial y las marcas se puedan ver afectados por esa publicidad engañosa.

²³⁴ Arrubla, “La posición dominante”, 370.

²³⁵ Velandia, *Derecho de la competencia*, 149.

²³⁶ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil. El contrato en general, la relación obligatoria. T. I. Vol. II*. 10ª ed. (Madrid: Tecnos, 2012), 67.

²³⁷ Ignacio Perrotini H., “La economía de la información asimétrica: microfundamentos de competencia imperfecta”. *Revista Aportes* 7, n.º 19 (2002), 62, <http://www.redalyc.org/pdf/376/37601903.pdf>

El segundo supuesto salvaguarda la libertad de empresa y de contratación de los oferentes en el mercado, pues se pretende mantener su autonomía frente a los diferentes intervinientes en el mercado respecto de la fijación de precios de los productos y servicios que estos ofrecen.

La tercera conducta limita el derecho a la libertad de empresa en las relaciones de distribución. Cada empresario puede escoger la forma en que sus productos serán distribuidos, sin embargo, no puede abusar de este derecho discriminando a un distribuidor que no acate su política de precios²³⁸.

Por último, corresponde abordar el análisis del abuso de la posición dominante en el mercado. Se aclara que no se sanciona tener esta posición, que según el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 es: “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”, toda vez que esta “es un premio a la eficiencia, pues el eficiente acaba con sus competidores en el supuesto de que estos sean ineficientes”²³⁹; sino que se sanciona el hacer un uso ilegítimo de la misma, es decir cuando “a través de ella se obtienen ventajas que no son compatibles con el mercado o se impide a otros agentes que actúen en el mismo”²⁴⁰.

La prohibición del abuso a la posición dominante se tipifica en el artículo 333 de la Constitución cuando preceptúa: “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”; y en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, en el cual se contemplan como abusivas las conductas de: precios predatorios, discriminación del consumidor o del proveedor, ventas cruzadas, discriminación del comprador y subsidios cruzados.

Las anteriores conductas fueron adicionadas por la Ley 590 de 2000, que contempló como abusiva toda conducta que obstruya o impida a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. De estas conductas se infiere que existen dos concepciones de abuso de la posición dominante: “En una primera concepción se regula el abuso de la posición dominante partiendo

²³⁸ Velandía, *Derecho de la competencia*, 153.

²³⁹ Velandía, *Derecho de la competencia*, 128.

²⁴⁰ Juan Pablo Cárdenas Mejía, “Justicia contractual”, en *Derecho civil y comercial. Ensayos jurídicos Liber Amicorum en homenaje al Doctor Carlos Holguín Holguín* (Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1999), 322.

de la base de que una empresa tiene una posición de dominio en el mercado que utiliza para obtener una determinada ventaja que de otra manera no lograría la cual conduce a disminuir o eliminar la competencia. De este modo el concepto de abuso está ligado legalmente a que se altere la estructura del mercado. En otra óptica, se parte de la base de que una empresa utiliza su poder de dominio para imponer a sus cocontratantes condiciones abusivas²⁴¹.

Dentro de la segunda concepción se encuentran las conductas que tipifican como abusivas las conductas discriminatorias. Con la consagración del abuso de la posición dominante se pretende proteger las libertades económicas y los derechos de los consumidores e indirectamente, el derecho de los competidores de la empresa dominante a impedir la desviación de la clientela. Las libertades económicas de los competidores en la medida en que estos se verán protegidos frente a las actuaciones ilegítimas que puede desarrollar el oferente que tiene el poder suficiente como para sacarlos del mercado, con lo cual se verían coartadas sus libertades de empresa y de competencia. Se protege también a los consumidores, quienes conservarán su derecho a escoger libremente entre el competidor con posición dominante o los restantes oferentes.

Frente al derecho a impedir la desviación de la clientela, se considera que puede defenderse a través de estas conductas en la medida en que si el competidor con posición dominante pudiese actuar con libertad, podría atraer la competencia de los más débiles en el mercado por medio de mecanismos lícitos (baja del precio por debajo de costos o cobrar unos precios menores en donde tenga mayor competencia que en donde no la tenga), pero con una finalidad ilícita, que sería sacar del mercado a sus competidores.

Del anterior análisis se infiere que las prácticas comerciales restrictivas no solo afectan el interés público, sino que pueden llegar a lesionar derechos subjetivos de los intervinientes en el mercado, no únicamente de tipo colectivo, también individual, que puede conducir a que, como lo dijo Emilio Archila²⁴², haya lugar a la indemnización de perjuicios, cuando quiera que estos derechos se vean vulnerados.

²⁴¹ Cárdenas, "Justicia", 322.

²⁴² Archila, "Propuestas", 82.

Competencia desleal

La competencia desleal está regulada en Colombia por la Ley 256 de 1996. En ella se define su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación. El objetivo indica que el acto para ser censurado debe haber ocurrido en el mercado y tener la finalidad concurrencial, lo cual se valora objetivamente a partir de la determinación de si la conducta puede mantener o incrementar la clientela propia o de un tercero. El subjetivo señala que cualquier interviniente en el mercado puede llevar a cabo un acto de competencia desleal, sea o no comerciante²⁴³. En el texto normativo se describen trece conductas que se consideran desleales: (i) la vulneración a la buena fe comercial, (ii) la desviación de la clientela, (iii) los actos de desorganización, (iv) los actos de confusión, (v) los actos de engaño, (vi) los actos de descrédito, (vii) los actos de comparación, (viii) los actos de imitación, (ix) la competencia parasitaria, (x) la violación de secretos, (xi) la inducción a la ruptura contractual, (xii) la violación de normas y (xiii) los pactos desleales de exclusividad.

Las dos primeras, la vulneración de la buena fe comercial y la desviación de la clientela, corresponden a principios generales o cláusulas generales de competencia desleal, que buscan “reprimir las prácticas desleales que surjan andando el tiempo y que no hubiesen sido expresamente tipificadas en la Ley en el momento de su redacción”²⁴⁴.

Las restantes conductas pueden clasificarse según Emmerich y Menéndez citados por García Menéndez²⁴⁵, en aquellas que lesionan los intereses del consumidor, del competidor y el interés público. En la primera categoría se incluyen las que buscan garantizar la libertad de selección por parte del consumidor, en la segunda salvaguardar el lugar que el empresario ha logrado en el mercado y en la tercera las que protegen de manera general la lealtad en el mercado mirando en primer lugar el interés público.

Si se clasifican las conductas presentes en el derecho colombiano en las categorías propuestas, se tendría que: las conductas que protegen al consumidor son

.....
²⁴³ Jorge Jaeckel Kovács, “Apuntes sobre competencia desleal”, en *Colección Seminarios No. 8*, editado por Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998), 36-9.

²⁴⁴ Eva Domínguez Pérez, “Competencia desleal”, en *Derecho de la competencia y propiedad industrial de la Unión Europea*, editado por Alicia Arroyo Aparicio (Cizur Menor: Aranzadi, 2007), 196.

²⁴⁵ Sebastián Alfredo García Menéndez, *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor* (Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2004), 74-6.

los actos de engaño y los actos de comparación; en las que protegen al competidor se registrarían los actos de desorganización, los actos de descrédito, los actos de confusión, la competencia parasitaria, la violación de secretos y la inducción a la ruptura contractual y, por último, en la categoría de protección del interés público estarían la violación de normas y los pactos desleales de exclusividad.

Aunque existen otras clasificaciones, esta es la que más se asemeja a la metodología de identificación de los derechos subjetivos detrás de las normas que protegen la competencia que se ha seguido en este escrito, empero, es necesario aclarar que no puede hacerse una separación tan tajante como la que realiza García Menéndez en los intereses a la hora de identificar los derechos, debido a que hay conductas que protegen más de un derecho, como se verá a continuación:

El derecho a la libre iniciativa privada se protege con la consagración de los actos de imitación y los pactos desleales de exclusividad. Obsérvese que en el artículo 14 de la norma en estudio, se permite la imitación de la iniciativa empresarial, a menos que con esa imitación se genere confusión acerca del origen empresarial, haya un aprovechamiento de la reputación ajena o mediante esa imitación se intente impedir u obstaculizar la participación del competidor en el mercado. En cuanto a los pactos desleales de exclusividad, pueden crear barreras estratégicas de acceso al mercado cuando se está ingresando a él, toda vez que por medio de ellos se puede dificultar el acceso a materias primas, entre otros²⁴⁶.

El derecho a la libertad de competencia se salvaguarda por los actos de imitación, al permitir participar en el mercado imitando las prestaciones de otro, siempre que no se ocasione confusión o explotación de la reputación ajena por los actos de violación de normas, en la medida en que con esta conducta se propone evitar que los competidores se aprovechen del incumplimiento del ordenamiento jurídico para lograr un aumento en la participación en el mercado y por los pactos desleales de exclusividad, ya que con ellos se previene que se celebren acuerdos que en palabras de la Corte Constitucional en Sentencia C-535 de 1997 restrinjan “el acceso de los competidores en el mercado, vale decir, el que es capaz de producir con los criterios anotados un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente”.

.....
²⁴⁶ Flint, *Tratado de defensa*, 227.

La libertad de empresa se protege a través de: los actos de desorganización, violación de secretos, de imitación, la inducción a la ruptura contractual y los pactos desleales de exclusividad, en tanto que con estos se soslayan las actuaciones que atentan en contra del núcleo esencial de este derecho, compuesto, como se dijo anteriormente, por las libertades de creación, organización y dirección de la empresa.

Los derechos del consumidor estarían protegidos por los actos de engaño y de confusión, toda vez que con estos se prohíben las conductas que pretendan inducir a error acerca de la actividad, el origen empresarial, las prestaciones o los establecimientos de los oferentes en el mercado, ya sea porque se genera riesgo de asociación o porque se informa falsamente, inexactamente u omitiendo la verdad al demandante.

El derecho a evitar la desviación de la clientela está protegido por todas las conductas de competencia desleal, puesto que este es el fin concurrencial exigido por la norma como ámbito objetivo de aplicación, sin embargo, está garantizado especialmente por la conducta contenida en el artículo 8 de la Ley 256 de 1996.

El derecho a la fama comercial se protege con la consagración de los actos destinados a evitar la desviación de la clientela, de desorganización, de confusión, de engaño, de descrédito, de comparación, de competencia parasitaria y de violación de secretos, en la medida en que a través de estas conductas el transgresor pretende que el oferente vea afectadas las ventajas que tiene su establecimiento, ya sea para que este disminuya sus ganancias o para que se produzcan ganancias en favor suyo o de un tercero.

En cuanto a la propiedad industrial, aunque cuenta con normas especiales que la protegen²⁴⁷, varios casos que atentan en contra de ella se ventilan acudiendo a procesos de competencia desleal²⁴⁸. Ahora bien, es indispensable diferenciar las conductas que protegen los signos distintivos, las nuevas creaciones y el *know how*.

²⁴⁷ Las primeras normas que regularon las materias comprendidas por la propiedad industrial en Colombia fueron la Ley 35 de 1869 y el Decreto 217 de 1900. La primera fue expedida durante la época del Federalismo en el país y reguló las patentes y privilegios por las invenciones, mejoras y nuevas industrias. Mientras que el segundo reguló las marcas. Clara Carolina Cardozo-Roa, *La jurisprudencia mercantil de la Corte Suprema de Justicia entre 1887 y 1916* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2018), 9, 19.

²⁴⁸ Luisa E. Rodríguez Grillo, "La propiedad industrial y la competencia desleal: especial referencia a las patentes, modelos de utilidad, marcas y diseños industriales". *Revista de Estudios Jurídicos UNESP* 14, n.º 19 (2010), 48-9, <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/220>

Los signos distintivos se protegen mediante los actos de confusión, descrédito, comparación y la competencia parasitaria. Todas estas conductas buscan proteger especialmente el nombre comercial que individualiza al comerciante, su actividad o establecimiento, según lo indica la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina. Se hace notar además que la competencia parasitaria (art. 15, Ley 256 de 1996) considera desleal el uso sin autorización “de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas, aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como ‘modelo’, ‘sistema’, ‘tipo’, ‘clase’, ‘género’, ‘manera’, ‘imitación’, y ‘similares’”.

En ese orden de ideas, las nuevas creaciones son protegidas principalmente a través de los actos de la imitación, puesto que se juzga desleal llevar a cabo una iniciativa que esté amparada por la ley²⁴⁹, y dentro de esta categoría se anotan las patentes y los diseños industriales.

El *know how* se protege mediante la violación de secretos que estima desleal el acceso ilegítimo a secretos, su divulgación, explotación, incumplimiento del deber de reserva, el espionaje u otro procedimiento análogo que afecte la información que el empresario ha decidido mantener en reserva y ha empleado los medios para impedir su divulgación.

Por último, la libertad contractual también es protegida por el derecho de la competencia. La de los oferentes se ampara con la conducta genérica de la vulneración de la buena fe, que es una institución común del derecho de los contratos y de la competencia y, también, la de inducción a la ruptura contractual, toda vez que la libertad contractual garantiza la libertad de elección de las partes que los celebran. En tanto que la de los consumidores se protege por los actos de confusión y engaño, puesto que estos afectan la información con que cuentan los consumidores durante la fase de selección del oferente con quien van a celebrar el negocio jurídico.

Con este análisis se observa que la competencia desleal no solo protege los derechos individuales de los competidores, sino que también salvaguarda derechos de carácter colectivo, como son las libertades económicas y los derechos de consumidores, luego estas conductas involucran un interés que trasciende la

.....
²⁴⁹ Velandia, *Derecho de la competencia*, 309-11.

órbita de lo privado y que en un Estado social de derecho interesan también al Estado.

Conclusiones

Se concluye este trabajo indicando que el derecho de la competencia protege el mercado, de manera tal que este tenga amplitud, homogeneidad, transparencia y autonomía en sus agentes, lo cual se traduce en que a través de las normas de la competencia se buscará que no se presenten monopolios, asimetrías ni externalidades, lo anterior tendiente a que haya una competencia efectiva entre los intervinientes en el mercado. No se pretende la competencia perfecta porque esta corresponde a un ideal que no pertenece al mundo real.

Tradicionalmente, se ha inferido que en el mercado están en juego los intereses públicos –vinculados al bienestar de los consumidores y a la libertad de competencia en general– y los intereses privados de los competidores. Lo precedente, condujo a que se establecieran dos ramas del derecho de la competencia separadas entre sí, la primera, las prácticas comerciales restrictivas, integradas por normas preventivas de los monopolios y prohibitivas de los acuerdos anti-competitivos, los actos anticompetitivos y el abuso de la posición dominante; y la segunda, la competencia desleal, que pretende fijar unos límites al actuar de los competidores en los entornos de mercado. Ahora bien, estos dos bloques normativos jurídicamente siguen interconectados en la medida en que protegen la competencia económica y procuran organizar la libertad económica.

En cuanto a los derechos subjetivos, se concluye que son facultades que están protegidas por el ordenamiento jurídico, ya sea en favor de sujetos individuales o colectivos y que pueden exigirse frente al Estado o frente a otros particulares.

Son derechos subjetivos públicos las libertades económicas que son la libre iniciativa económica, la libre competencia, la libre empresa y los derechos de los consumidores. Son derechos subjetivos privados los derechos a evitar la desviación de la clientela, a la protección de la fama comercial, a la propiedad industrial y a la libertad de contratación.

Los anteriores derechos tienen un límite interno, que es la prohibición del abuso del derecho, que hace referencia a que los derechos tienen que ser ejercidos conforme con la finalidad con que fueron establecidos en el ordenamiento jurídico

y sin el ánimo de dañar a los demás oferentes o demandantes en el mercado, dentro de estos límites se destaca la función social de la empresa, el abuso de la posición dominante en el mercado y la competencia desleal.

En virtud del artículo 6 de la Constitución Política, son limitaciones a la actuación de los particulares en el mercado: el orden público, las buenas costumbres y la buena fe en sentido objetivo. Cada una de estas tiene sus repercusiones en el ámbito concurrencial, pues las actuaciones en el mercado se ven limitadas por normas imperativas, los usos honestos en el mercado y la buena fe comercial.

Ahora bien, las conductas que configuran prácticas comerciales restrictivas protegen principalmente las libertades económicas y los derechos del consumidor, no obstante, también protegen derechos subjetivos privados. Así, los acuerdos anticompetitivos garantizan la libertad de contratación tanto de los oferentes como de los demandantes; los actos anticompetitivos protegen el derecho a evitar la desviación de la clientela, a la fama comercial, a la libertad de contratación e incluso a la propiedad industrial; y el abuso de la posición dominante salvaguarda el derecho a impedir la desviación de la clientela de los competidores no dominantes en el mercado.

Por último, las conductas que configuran competencia desleal protegen los derechos subjetivos públicos y privados, dependiendo de la conducta esta protegerá uno o varios derechos y limitará también el ejercicio de las libertades económicas al contemplar una modalidad de abuso del derecho.

De todo lo dicho se concluye que desde la óptica de los derechos subjetivos no existe una diferenciación tajante entre las prácticas restrictivas de la competencia y la competencia desleal, de forma que estos derechos dependiendo del contexto podrían ser protegidos por uno u otro ordenamiento, conservándose así la unidad del derecho de la competencia.

Bibliografía

Archila, Emilio. “El papel del consumidor en el derecho de la competencia: aspectos procesales”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas, 651-668. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

Archila, Emilio. *Propuestas para dinamizar la indemnización de perjuicios por prácticas comerciales restrictivas. Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio. Vol. I*, 81-87. Bogotá: E-ditorial 531, 2013.

- Ariño, Gaspar. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Fundación de Estudios de Regulación, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Arrubla, Jaime Alberto. “La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas, 355-387. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*, n.º 116 (1991).
- Betancourt, Miguel. *Derecho privado: categorías básicas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1996.
- Bigliuzzi, Lina, Umberto Breccia, Francesco Busnelli y Ugo Natoli. *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992.
- Cabanellas, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia. Vol. I*. Buenos Aires: Heliasta, 2005.
- Canaval, Juan Pablo. *Manual de propiedad intelectual*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.
- Cárdenas, Juan Pablo. “Justicia contractual”, en *Derecho civil y comercial. Ensayos jurídicos Liber Amicorum en homenaje al Doctor Carlos Holguín Holguín*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dík, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1999.
- Cardozo-Roa, Clara Carolina. *La jurisprudencia mercantil de la Corte Suprema de Justicia entre 1887 y 1916*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2018.
- Castaño, Ramón y Humberto González. *Ideas económicas mínimas*. 22ª ed. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2011.
- Castro, Juan David. *La propiedad industrial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Castro, Marcela. *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Temis, 2009.
- Comisión de la Comunidad Andina de Naciones. Decisión 486, “régimen común sobre propiedad industrial”. *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, 19 de septiembre de 2000.
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo. *Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia*. Nueva York, Ginebra: Organización de las Naciones Unidas, 2004.
- Congreso de la República. Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. *Diario Oficial*, 22 de enero de 1960.
- Congreso de la República. Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. *Diario Oficial*, 18 de enero de 1996.
- Congreso de la República. Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de

- Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden. *Diario Oficial*, 8 de julio de 1998.
- Congreso de la República. Ley 590 de 2000. Por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas. *Diario Oficial*, 12 de julio de 2000.
- Congreso de la República. Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. *Diario Oficial*, 24 de julio de 2009.
- Consejo Nacional Legislativo. Ley 57 de 1887. Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. *Diario Oficial*, 20 de abril de 1887.
- Correa, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Cortázar, Javier. *Curso de derecho de la competencia (antimonopolios)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Temis, 2011.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-535 de 1997. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-1141 de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Díez, Fernando. “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 213 (2001): 11-34.
- Díez, Fernando. “Los objetivos del derecho *antitrust*”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 224 (2003): 32-52, [http://fernandodiezestella.com/Publicaciones/objetivos_antitrust_\(2003\).pdf](http://fernandodiezestella.com/Publicaciones/objetivos_antitrust_(2003).pdf)
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de derecho civil. T. I. Vol. II. El contrato en general, la relación obligatoria*. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2012.
- Domínguez, Eva. “Competencia desleal”, en *Derecho de la competencia y propiedad industrial de la Unión Europea*, editado por Alicia Arroyo Aparicio, 177-202. Cizur Menor: Aranzadi, 2007.
- Encinas-Ferrer, Carlos. “Oligopsonio - Oligopolio: la perfecta competencia imperfecta”. *Revista Electrónica Nova Scientia* 6, n.º 11 (2013): 346-62.
- Flint, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del DL 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- García, Sebastián Alfredo. *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*. Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2004.
- García-Chamon, Enrique, Luis Antonio Soler Pascual y Rafael Fuentes Devesa. *Tratado práctico de propiedad industrial*. Madrid: El Derecho Editores, 2010.

- Giraldo, Alejandro, Carlos Germán Caycedo Espinel y Ramón Eduardo Madriñán Rivera. *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor: Ley 1480 de 2011*. Bogotá: Legis, 2012.
- Goldschmidt, Roberto. *Curso de derecho mercantil*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001.
- Gómez, Rafael Arnoldo. *La relación de conflicto entre el derecho de competencia y la propiedad intelectual: la negativa a conceder licencia de un derecho de propiedad intelectual en El Salvador*. San Salvador: Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía, 2010.
- Hinestrosa, Fernando. “Función, límites y cargas de la autonomía privada”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 26 (2014): 5-39.
- Jaekel, Jorge. “Apuntes sobre competencia desleal”, en *Colección Seminarios No. 8*, editado por Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, 15-87. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998.
- Jaramillo, Mario. *Vademécum de economía política*. Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994.
- Jáuregui, Gurutz. “Derechos individuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible”, en *Una discusión sobre derechos colectivos*, coordinado por Francisco Javier Ansuátegui Roig, 47-66. Madrid: Dykinson, 2001.
- Josserand, Louis. *Del abuso del derecho y otros ensayos*. Bogotá: Temis, 1999.
- Juppet, María Fernanda. “Una aproximación a la buena fe en el mercado como base fundamental del derecho corporativo”. *Revista Actualidad Jurídica* 11, n.º 22 (2010): 215-35.
- Kresalja, Baldo. “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica”. *Pensamiento Constitucional* 12, n.º 12 (2006): 17-117.
- Krugman, Paul R. *Microeconomía: introducción a la economía*. Barcelona: Reverté, 2007.
- Larroumet, Christian. *Teoría general del contrato*. Bogotá: Temis, 1999.
- Lizarazu, Rodolfo. *Manual de propiedad industrial*. Bogotá: Legis, 2014.
- Lorenzetti, Ricardo Luis y Daniel F. Pedrotti. “Nuevas fronteras del abuso de derecho: situaciones jurídicas lesivas de libertades, tutela de mercado y amparo”. *Rev. AEU* 80, n.º 1 extr. (1995): 113-23, <http://documentos.aeu.org.uy/080/080-E1-113-123.pdf>
- Madriñán, Ramón E. *Principios de derecho comercial*. 8ª ed. Bogotá: Temis, 2000.
- Medina, Jairo. *Derecho comercial. Parte general*. 4ª ed. Bogotá: Temis, 2008.
- Melo, Ileana Marlitt. “Los derechos de contenido económico”. *Vniversitas*, n.º 106 (2003): 95-121.
- Metcalfe, J. Stan. “Dancing in the dark: la disputa sobre el concepto de la competencia”. *Desarrollo Económico* 50, n.º 197 (2010): 59-79, <http://www.jstor.org/stable/41219134>

- Metke, Ricardo. *Lecciones de propiedad industrial. Tomo 1*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2001.
- Miranda, Alfonso. “El régimen general de la libre competencia: características principales”. *Revista Con-texto*, n.º 2 (1998): 6-23.
- Miranda, Alfonso. “Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercado”. *Revista Con-texto*, n.º 3 (1998): 21-32, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=contexto&page=article&op=view&path%5B%5D=1699&path%5B%5D=1526>
- Narváez, José Ignacio. *Derecho mercantil colombiano*. 8ª ed. Bogotá: Legis, 1998.
- Narváez, José Ignacio, Jorge Eduardo Narváez Bonnet y Olga Stella Narváez Bonnet. *Derecho de la empresa*. Bogotá: Legis, 2008.
- Neme, Martha Lucía. “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 17 (2009): 45-76.
- Nihoul, Paul. *Introducción al derecho de la competencia: posición de las autoridades, de los consumidores y de las empresas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Ordoqui, Gustavo. *Abuso de derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2010.
- Ospina, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 5ª ed. Bogotá: Temis, 1998.
- Peña, Lisandro. *Contratos mercantiles: nacionales e internacionales*. 4ª ed. Bogotá: Temis, 2012.
- Perrotini, H. Ignacio. “La economía de la información asimétrica: microfundamentos de competencia imperfecta”. *Revista Aportes* 7, n.º 19 (2002): 59-67, <http://www.redalyc.org/pdf/376/37601903.pdf>
- Pinzón, Gabino. *Introducción al derecho comercial*. Bogotá: Temis, 1985.
- Plazas, Mauricio. *El liberalismo y la teoría de los tributos*. Bogotá: Temis, 1995.
- Presidencia de la República. Decreto 3307 de 1963. Por el cual se toman medidas sobre monopolios y precios. *Diario Oficial*, 30 de diciembre de 1963.
- Presidencia de la República. Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 31 de diciembre de 1992.
- Rengifo, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Rodríguez, Camilo Andrés. *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Bogotá: Universidad del Rosario, Legis, 2013.
- Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo: general y colombiano*. 10ª ed. Bogotá: Temis, 1998.

- Rodríguez, Luisa E. “La propiedad industrial y la competencia desleal: especial referencia a las patentes, modelos de utilidad, marcas y diseños industriales”. *Revista de Estudios Jurídicos UNESP* 14, n.º 19 (2010): 41-66, <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudiosjuridicosunesp/article/view/220>
- Sabogal, Luis Fernando. “Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia”. *Revista e-Mercatoria* 4, n.º 1 (2005): 1-18.
- Sánchez, Carlos Ariel y Óscar Ibáñez Parra. “El TLC, el derecho colectivo de la competencia y acciones populares”, en *El tratado de libre comercio, la integración comercial y el derecho de los mercados*, editado por Erick Rincón Cárdenas, Erwin Santamaría Ariza y Juan Jacobo Calderón Villegas, 339-392. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007.
- Sánchez, Remedio. *Introducción al Estado constitucional*. Barcelona: Ariel, 1993.
- Scognamiglio, Renato. *Teoría general del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Soriano, José Eugenio. *Derecho público de la competencia*. Madrid: Idelco, Marcial Pons, 1998.
- Stiglitz, Gabriel. “Contratos, cláusulas abusivas y defensa del consumidor”, en *Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, editado por Aída Kemelmajer de Carlucci, 517-532. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2005.
- Tobar, Jaime Humberto. “Deberes del comerciante frente a las normas del derecho de la competencia”, en *Derecho comercial, cuestiones fundamentales*, editado por Juan Pablo Cárdenas, Juan Jacobo Calderón y Yira López, 343-64. Bogotá: Universidad del Rosario, Legis, 2016.
- Valencia, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil. T. I. Parte general y personas*. 16ª ed. Bogotá: Temis, 2010.
- Vallejo, Germán. “La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado”, en *Derecho público en el siglo XXI*, 13-35. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.
- Velandia, Mauricio. *Derecho de la competencia y el consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Witker, Jorge y Angélica Varela. *Derecho de la competencia económica en México. Serie Doctrina Jurídica, n.º 157*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia en enero de 2019, impreso en papel propalibros de 75 g, en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S. A.

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

CONSUMO, PROPIEDAD
INTELECTUAL
Y COMPETENCIA:
TENSIONES CON EL
DERECHO COMERCIAL

14

En los últimos años, el derecho comercial se ha visto modificado por el desarrollo del derecho del consumo, de la propiedad intelectual y de la competencia. Estos tres bloques normativos tienen una incidencia especial en el funcionamiento de los mercados y su regulación se desprende directamente de la Constitución Política de Colombia.

Este libro tiene como propósito analizar algunas de las interacciones que surgen entre las tres ramas del derecho descritas y el derecho comercial. Las tres investigaciones que integran esta obra versan acerca de las tensiones entre estos bloques normativos, a partir de la metodología de revisión documental y bibliográfica de fuentes tanto primarias (normas jurídicas) como secundarias (libros y artículos de doctrina).

Los capítulos de este libro son el resultado de la investigación que llevó a cabo el Grupo de Estudio en Derecho Privado y Propiedad Intelectual, dentro de la línea de investigación en propiedad intelectual de la Universidad Católica de Colombia.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Vigilada Mineducación

