

*El desarrollo del derecho mercantil ha sido producto de las coyunturas inmersas en el espacio del consumo. No obstante, los intentos codificadores han frustrado su teleología dinámica, generando inconvenientes de orden funcional en cuanto a la asimilación de los diversos fenómenos económicos con efectos jurídicos. Por fortuna, la teoría del derecho material ha encontrado en la reivindicación de los principios generales del derecho un elemento determinante de interpretación fenomenológica, aspecto de suma importancia en el tráfico jurídico de las tecnologías de la información y las comunicaciones. EL AUTOR.*

## **EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO**

### **Salvaguarda del Principio de Prevalencia del Derecho Sustancial Preexistente**



**CAMILO ALFONSO ESCOBAR MORA<sup>1</sup>**

#### **ABSTRACT**

Los agentes económicos, entendidos como todos aquellos sujetos con finalidades concurrenciales en un mercado, pretenden la obtención de una posición privilegiada en la atención de la demanda de los bienes y/o servicios propios de su gestión empresarial, aplicando estrategias que pueden llegar a desconocer la percepción mercantil de las autoridades de control, regulación, y promoción de los

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho y Tecnologías de la Información, Universidad del Rosario. Especialista en Derecho de las Telecomunicaciones, Universidad del Rosario. Magíster en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia. Candidato a Doctor, Universidad Externado de Colombia y Universidad de París I, Francia. Titulado del programa Colombian Business Law, Universidad de los Andes. Docente de la cátedra Software en la Especialización en Derecho y Tecnologías de la Información de la facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Docente de la cátedra Derecho de las Comunicaciones en el programa de derecho de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Docente de la cátedra Comercio Electrónico en los postgrados de Derecho Fiscal y Derecho Comercial-Financiero en la Universidad de Caldas. Miembro experto de la Asociación Colombiana de Derecho Informático y de las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (ACODITIC). Director académico de las Jornadas de Actualidad para la Sociedad de la Información (JASI). Secretario General del Colegio de Abogados Comercialistas de la República de Colombia. Conferencista, consultor e investigador en Derecho y TIC's. Gerente General-Fundador de JURÍDIA S.A.S. (gerencia@juridia.co / [www.juridia.co](http://www.juridia.co)).

sectores económicos, incurriendo en conductas reprochables en el mercado respectivo. Por tanto, el derecho de la competencia se presenta como un sistema de incentivo al ejercicio de los competidores, consumidores, y entidades estatales, bajo el entendido de otorgar directrices acordes al régimen de tolerancia entre los intervinientes, salvaguardada en la promoción a la iniciativa privada y limitada en la dogmática del abuso del derecho en materia de conductas antagónicas al recto dinamismo de los mercados territoriales o de productos. Lo anterior se predica en todo estadio comercial, bien sea tradicional o alfanumérico.

## PALABRAS CLAVES

Derecho de la Competencia, Empresa, Establecimiento de Comercio, Producto, Bien, Servicio, Territorio, Mercado, Posición Dominante, Abuso de la Posición Dominante, Actos de Competencia Desleal, Practicas Comerciales Restrictivas a la Libre Competencia, Agentes Económicos, Integración Empresarial, Competidor, Consumidor, Organismos de Promoción, Regulación, y Control de la Competencia, Autorregulación, Logro Colectivo, Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC's), Entorno Lógico, Digitalización, Sociedad de la Información, Brecha Digital, Comercio Electrónico, Principio de Equivalencia Funcional, Principio de Prevalencia del Derecho Sustancial Preexistente, Mensaje de Datos, Página Web, Sitio Web, Servidor, Dirección IP, Enlace, Interactividad, Proveedor de Servicios en Línea.

## INTRODUCCIÓN

Desde la óptica jurídica los mercados tienen connotaciones a nivel geográfico y de producto, generando así la categorización de mercados territoriales y mercados de bienes y/o servicios (v. gr. Mercado territorial del Distrito Capital, que a su vez puede incorporar otros mercados territoriales como puede ser el de la Localidad de Suba. Mercado de Bienes, televisores LCD. Mercado de Servicios, prestación de servicios profesionales de consultoría en materia de elaboración de estudios de

prefactibilidad de una obra civil determinada). Al interior de los diversos mercados se involucran agentes económicos que contemplan su conquista basados en las políticas corporativas que permite la libertad de empresa de rango constitucional, Carta Política fundamentada en la generación de ambientes competitivos en beneficio del interés general (concepto que se concreta en el recto funcionamiento de los mercados en términos de oferta dinámica y heterogénea contentiva de suficiente información, calidad e idoneidad para los consumidores -involucrando las etapas preparatorias, convencionales, y prospectivas de la relación adquisitiva- y trato leal entre las empresas, postulados que conllevan al desarrollo efectivo de los sectores de la economía).

En ese contexto surge el derecho de la competencia concebido como un mecanismo encargado de materializar los dogmas de la norma superior mediante la consagración de silogismos jurídicos que de manera preventiva, ex-ante, o correctiva, ex-post, frustran toda iniciativa organizacional que menoscabe la creación o desarrollo de los mercados colombianos, mediante premisas dirigidas a controlar todo acto de competencia desleal (v. gr. Uso indebido de la reputación ajena.), practica comercial restrictiva (v. gr. Acuerdo de precios entre competidores.), y/o abuso de posición dominante en el mercado (v. gr. Precios exhorbinates).

No obstante, debido al riesgo de desarrollo –entendido como la excepción de la aplicación de los parámetros propios a los que de debe sujetar un sector, debido al

fomento de la ciencia y la innovación- el Estado ha permitido la generación de nuevos modelos de negocio basados en entornos electrónicos que en múltiples oportunidades desconocen los deberes empresariales propios de su objeto social.

Por fortuna, el derecho de las tecnologías de la información y las comunicaciones, TIC's, ha permitido la reivindicación del ámbito universal propio de ésta ciencia social, a través de los principios de la equivalencia funcional -el cual otorga plena validez jurídica a las actuaciones causadas en medios virtuales, pues contempla que un mensaje de datos (documento electrónico) goza de los mismos efectos que un obrar en el mundo atómico- y de prevalencia del derecho sustancial preexistente -que comporta la transposición de la estructura normativa de la sociedad tradicional a los fenómenos que incorpora la sociedad de la información, caracterizada por la organización y flujo transfronterizo de datos digitalizados.

Siendo además un instrumento que permite la adecuada asimilación y tratamiento de las variables específicas que contempla el contexto lógico (v. gr. Técnica del Spoofing –alteración del remitente de un correo electrónico con el ánimo de obtener datos personales para fines criminales, empresariales, políticos, etc., basados en la confianza producida en el receptor del mensaje, quien presume que proviene del ente económico que lo fidelizó en su mercado respectivo-. Tratándose de un acto inminente de competencia desleal por desviación de la clientela y posiblemente de uno o varios delitos, según el modus operandi, así

como vulnerando otras ramas del derecho, tales como el derecho del consumo y la propiedad intelectual).

## DESARROLLO

Al interior de las TIC's se presentan fenómenos en los que el derecho tradicional carece de cobertura plena, desde su enfoque inicial. Sin embargo, teniendo presentes los principios referidos vale la pena analizar si realmente el derecho requiere de una reformulación, o por el contrario se reconoce el bagaje logrado durante años, integrando así la técnica jurídica con las variables que suponen las nuevas tecnologías.

En el contexto del derecho de la competencia resulta pertinente indicar que las páginas y sitios Web (su diferencia radica en que la primera es una simple valla publicitaria, mientras que la segunda involucra un esquema robusto de interactividad) son establecimientos de comercio –conjunto de bienes organizados para desarrollar los fines de la empresa, que en el medio particular comporta de manera absoluta el empresario mediante los contenidos, los bienes y servicios digitalizados que se ofrecen, las marcas, los enlaces del portal, las imágenes, etc.- y por tanto deben sujetarse al mismo régimen mercantil señalado para los actos de comercio forjados en medios físicos (v. gr. En el caso colombiano se debe inscribir el establecimiento de comercio, página o sitio Web, en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del lugar de operación de la compañía, desde el punto de vista tangible. Del mismo modo, es necesario contar con un

Registro Único Tributario otorgado por la DIAN y publicar el mismo en un lugar visible del establecimiento de comercio, entre otros deberes propios del comerciante).

Es así como la página o sitio Web debe elaborar términos y condiciones de uso acordes a la normatividad del país respectivo, surgiendo el siguiente interrogante ¿Cuál es el régimen aplicable? Dicha respuesta está dada por la humanización de las tecnologías, reconociendo que detrás de cada plataforma tecnológica y/o sistema de información siempre se encontrará una persona natural encargada de diseñar, programar, desarrollar, administrar, alojar, y en general gestionar el funcionamiento del escenario digital –que como se indicó anteriormente debe entenderse como un mercado, ya sea territorial o de bienes y/o servicios-, permitiendo ubicar, sin lugar a duda razonable, la normatividad respectiva con fundamento en el espacio material en que desarrolla su actividad.

Lo dispuesto se logra detectando el lugar de ubicación del servidor –hardware encargado de almacenar contenidos y proyectarlos en la página o sitio Web- contratado por la firma, y el domicilio que detenta el ente mercantil en la red, reflejado en la dirección IP –dirección de ubicación del dispositivo, hardware, que permite la gestión del empresario en la Web-, asignada al establecimiento, página o sitio Web. Ésta dirección se identifica mediante un trazado de la comunicación efectuada entre el usuario y la empresa, o una solicitud elevada a la entidad competente, en materia de promoción a la competencia en Colombia se trata de la

Superintendencia de Industria y Comercio, para que le requiera información del empresario al proveedor de servicios de acceso a la Internet –Ej.: ETB-, pues es quien asigna la dirección IP, o un proceso de ingeniería inversa elaborado por un experto en informática forense que detecte los lugares y formas de operación del agente económico, entre otras formas de autenticación en la red mundial de información).

En éste punto vale la pena reflexionar sobre la divergencia de regímenes aplicables, pues podrá existir un tratamiento jurídico para el servidor ubicado en país distinto al de la empresa y otro para la compañía propiamente; dicotomía que se supera en las políticas del mercado pertinente, esto es el derecho de la competencia promueve el recto funcionamiento de los escenarios económicos, indistintamente a la calidad de quienes allí intervengan, aclarando que la ley aplicable será la del respectivo mercado territorial (v. gr. Si opera en Suiza será está su normatividad. Entonces, si el servidor es Suizo deberá cumplir con las obligaciones propias del comerciante suizo, y la página o sitio Web extranjero, por su parte, deberá armonizar su gestión a los requerimientos propios de ese país, pues es la carga que debe afrontar por su expansión) o de producto (v. gr. Si ofrece Iphone´s operarán los criterios de calidad y garantía propios del estado del arte general del producto, pues aquí deslocaliza sus prerrogativas y se somete a los postulados del comercio internacional) en que actúe la empresa.

Ahora bien, si se reconoce que el navegante está interactuando frente a una empresa sujeta a un régimen legal determinado o determinable, según su campo de acción, los competidores deben detentar la misma visión, analizando si los agentes económicos partícipes en el mercado correspondiente cuentan con sanas políticas de crecimiento, en términos de medidas de seguridad jurídicas – herramientas legales (v. gr. Términos y condiciones de uso)- y medidas de seguridad tecnológicas (v. gr. Mecanismo técnico de control de acceso a los datos personales que los clientes depositan para acceder al portal) que permiten el funcionamiento del modelo de negocios optado por la página o sitio Web para que no atenten contra el propósito de competencia leal e incluyente.

En éste aspecto se deben tener presentes las múltiples iniciativas empresariales que estudia el derecho de la competencia, como son, entre otros, los pactos de exclusividad con intermediarios en la red que puedan restringir la libre competencia-

V. gr. Exclusividad entre un sitio Web y un motor de búsqueda abierto al público – Ej.: Google- para que éste redireccione los usuarios únicamente a su establecimiento. Aclarando que la exclusividad es permitida siempre y cuando no afecte la competencia, como claramente ocurre en el supuesto descrito), publicidad engañosa (v. gr. Ubicar metatags, es decir etiquetas de texto inmersas de manera invisible en el portal para que obren como patrones de búsqueda, con el ánimo de causar en el motor de búsqueda el arrojamiento de resultados que no

guardan relación con el objeto social de la empresa. Ej.: Incluir el metatag “carro” cuando la empresa se dedica a la producción de muebles y cada vez que un usuario solicite resultados del mercado automotriz aparecerá ésta empresa generando confusión, beneficiándose de forma indebida), integraciones empresariales que frustren la diversidad de oferta (esto es que exista unidad de control y dependencia entre 2 o más empresas en la red. V. gr. Portal de Internet que ofrezca bienes y/o servicios y el pago opere exclusivamente mediante la suscripción en línea de tarjetas de crédito que la empresa ofrece. Aquí es anticompetitivo pues el interés del usuario no es el de adquirir el producto financiero).

Finalmente, abuso de posición dominante por afectación del mercado relevante – entendido como el mercado objetivo en que opera la organización- (v. gr. Empresa dedicada a la producción y distribución en línea de software libre –Ej.: Linux- y adquiriera todas las licencias de los software´s propietarios –Ej.: Windows-. En éste caso el consumidor de los soportes lógicos de código cerrado no podrá adquirir el producto, pues no hay sustitutos idóneos, debiéndose trasladar de manera involuntaria a la industria del software libre mientras la industria del software propietario produce nuevas licencias), entre otras tantas como el intelecto humano pueda generar –reto que invita al derecho a propiciar escenarios de interpretación y aplicación-.

De ésta manera los usuarios de las TIC's -involucrando en ésta categoría a los consumidores, competidores, y organismos estatales- deben asumir una posición proactiva, fomentando las bondades de los avances tecnológicos, pero controlando su recto funcionamiento, dado el inminente interés general que incorpora la convivencia mercantil.

## CONCLUSIÓN

Se reconoce que las manifestaciones del comercio electrónico no son ajenas al desarrollo adecuado de los mercados. Si bien están basados en posturas creativas que facultan la producción de nuevos mercados o hacen más eficientes los existentes, tienen el deber de lealtad entre competidores, la debida satisfacción de las necesidades de los consumidores, y el respeto por la potestad estatal en el direccionamiento de la economía.

En tal sentido, la consecución de los cometidos constitucionales descritos en materia de competencia, y por sustracción en cualquier otra rama, conllevan a la necesidad de tratar las variables propias de las TIC's dentro de un modelo jurídico flexible basado en principios que fomenten la aplicación del derecho sustancial tradicional y lo complementen mediante herramientas de interpretación universal - dada la amplia gama de modelos de gestión que permiten las tecnologías-; propiciando así la generación de mercados seguros, armónicos, incluyentes, y competitivos, fundamentados en el logro colectivo.

**DERECHOS DE AUTOR RESERVADOS, NOVIEMBRE 30 DE 2009**