

# Límites al uso de la patente, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, a propósito del caso Microsoft

DIONISIO DE LA CRUZ CAMARGO

## RESUMEN

A raíz de la decisión tomada por la Comisión Europea y confirmada recientemente en primera instancia por la Corte de Primera Instancia de la Comunidad Europea<sup>1</sup>, que obliga a Microsoft a revelar a sus competidores información que la empresa considera como cobijada por los derechos de propiedad industrial, como el remedio para mantener la competencia en el mercado, nos preguntamos cómo ha reaccionado nuestra autoridad antimonopolio en asuntos que involucran derechos de propiedad industrial y si sería factible una decisión de ese tipo. Incluso, si como consecuencia de la infracción a las normas que regulan la libre competencia, la autoridad competente, puede obligar al infractor a desprenderse de los derechos exclusivos que otorgan los bienes de propiedad industrial.

Las investigaciones que se desarrollan en torno a los comportamientos competitivos de los agentes en el mercado, no son sólo sancionatorios, sino correctivos del comportamiento, además del de los investigados, de los demás agentes en el mercado por los efectos disuasivos que las sanciones

pueden tener.

Las autoridades que defiende el derecho a un mercado libre de interferencias tienen el poder de imponer parámetros de comportamientos a los agentes en los mercados, de tal manera que puede cambiar las costumbres comerciales y la forma de hacer negocios. Al constituirse en un límite a las libertades económicas, las decisiones de las autoridades administrativas o jurisdiccionales dan color a las muchas veces tenue línea divisoria entre competir dentro de la ley y restringir la competencia.

En este orden de ideas, antecedentes como el establecido por la autoridad europea, marcan el derrotero que deben seguir los competidores de ese mercado en sus decisiones empresariales.

Lo que está en juego son los límites de la competencia, es decir, cuándo se entra en el terreno del abuso del derecho a competir, sobre todo cuando la posición dominante se sustenta en la titularidad de un bien protegido por la propiedad industrial.

La importancia que una decisión del tipo señalado pueda tener en un mercado, nos ha llevado a indagar el alcance que en nuestro país tienen las autoridades de

competencia para proteger el mercado, de acuerdo a sus facultades legales y, cómo han sido utilizadas.

Inicialmente, conoceremos el alcance de la decisión tomada por la autoridad europea, para luego analizar cómo se tipificaría una conducta como la endilgada a Microsoft en la normatividad colombiana vigente.

**Palabras clave:** Patente, derecho de la competencia, abuso de posición dominante.

## GLOSARIO

**Sistema de computador:** Está compuesto por un hardware y un software.

**Hardware:** Tiene que ver con los componentes físicos que constituyen el computador, como la pantalla, el teclado y el disco duro o procesador.

**Software:** Es lo que dirige la operación del hardware, también conocido como el programa del computador.

**Código binario:** "El software funciona en forma binaria, es decir en una combinación de "1"s y "0"s. Cuando está en forma binaria el software es descrito como un "código binario".

**Compilar:** Las instrucciones a ser ejecutadas por el procesador no están escritas en forma binaria por el programador o ingeniero de sistemas que crea el programa. El "código fuente" es traducido a forma binaria por un software llamado compilador. Una vez compilado, el software puede ser ejecutado.

**Especificación:** Es la descripción de los alcances del Software.

**Implementación de Software:** Se relaciona con el código que funcionará en el com-

**Fuente abierta (open source):** Los software son comercializados en código binario, sin embargo el código fuente se coloca a disposición de los clientes en forma gratuita y le permite copiar, modificar y distribuir bajo ciertas condiciones. En estas condiciones el software producido se dice que tiene una fuente abierta.

**Sistemas abiertos (open systems):** Describe aquellos sistemas que permiten la interoperatividad de productos de varios vendedores, lo que facilita la decisión del los consumidores de un producto como sustituto de otro.

**Interfases (interfaces):** Las partes de un programa que provee interconexión e interacción entre los elementos del software y el hardware.

**Interoperatividad:** La función de un programa de computador es comunicar y trabajar conjuntamente con otros componentes de un computador y usuarios y, para éste propósito, donde sea posible la interconexión física e interacción, se requiere que para permitir que todos los elementos del hardware y el software trabajen con otro software y hardware y con usuarios de todas las formas en que ellos pretendan funcionar. La interoperatividad, entonces, puede ser definida como la posibilidad de intercambiar información y utilizar mutuamente información que pueda ser intercambiada.

**Sistema operativo:** Controla las funciones básicas de un computador y permite al usuario utilizar un computador y manejar la aplicación en él.

**Protocolos (protocols):** Formalizan reglas de interconexión o interacción.

## I. MICROSOFT ANTE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

De acuerdo a lo establecido en el artículo 82 constitutivo de la Unión Europea<sup>2</sup> “[s]erá incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.”

“Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:”

a. “Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;”

b. “Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;”

c. “Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;”

d. “Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”

### A. La queja

Cómo antecedente debemos tener claro cómo funciona la industria. En palabras sencillas, existen unas empresas, como Dell, Toshiba, Hewlett Packard, entre otras, que producen los computadores que traen el hardware y los teclados del mismo básicamente, es decir, un cascarón.

Existen otras empresas que diseñan y producen el “software” que se va a instalar

en el computador (Microsoft y Sun Microsystems, entre otras). Este software es diseñado por un experto en sistemas, el cual es protegido por los derechos de propiedad industrial, y para que pueda ser “leído” por el hardware del computador se debe convertir a un código binario, es decir a una combinación de unos (1’s) y ceros (0’s).

Una vez el software es instalado en el computador, para que él pueda interconectarse con otros computadores y actuar en red como se hace en cualquier oficina, requiere que exista una interoperación entre ellos, lo cual se logra conociendo el diseño del programa o con la implementación de unos protocolos en acuerdo con el dueño del software. Sin esto no es posible que programas de diferentes fabricantes de softwares puedan funcionar adecuadamente.

Microsoft ha logrado que el 90% de los computadores salgan con su programa Windows preinstalado y con su negativa a entregar información que permita la interoperatividad, ha impedido que sus competidores puedan lograr que sus propios programas puedan ser adquiridos por el público e interoperar con los productos Microsoft.

En cuanto a las implicaciones de la decisión<sup>3</sup> de la Comisión Europea, en adelante la Comisión, contra Microsoft, es necesario conocer las particularidades del caso.

La investigación se originó por la denuncia interpuesta por Sun Microsystems, en adelante Sun, competidor de Microsoft en la actividad de diseño de Softwares, quien alegó un abuso de posición dominante por parte de ésta última. Sun solicitó a Microsoft información que le permitiera a su Software (Solaris), tener una interoperatividad total con el sistema Windows. En particular, para permitir la interoperación con el archivo, el

servidor de impresión y la administración de los servidores de Microsoft.

Microsoft se negó aduciendo que ya la información estaba disponible, negándose a dar alternativas comerciales a Sun para el suministro de la información.

De acuerdo a la demanda, Microsoft ostentaba una posición dominante como proveedor de un cierto tipo de Software para computadores personales, que permite la interoperación completa entre diferentes computadores personales para operar en red. Microsoft se reservó para sí mismo la información de éste Software para redes de cómputo, conocidas como servidor de sistema operativo para grupos de trabajo<sup>4</sup>, necesaria para una interoperación completa con el sistema operativo de sus competidores en el suministro de programas (softwares) para computadores personales.

A partir de la queja de Sun, la Comisión abrió de oficio otra investigación que tuvo que ver con el lanzamiento del "Windows 2000", que incorporaba un software llamado "Windows Media Player" dentro del sistema operativo de sus computadores personales, la cual fue acumulada con la denuncia interpuesta por Sun.

La investigación, entonces, se abre por una aparente comisión de dos conductas, constitutivas de abuso de posición dominante. Limitar el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores y venta atada.

#### **B. En cuanto a la negativa a contratar**

Según la Comisión, el rehusarse a contratar es un derecho de todas las empresas que son libres de elegir sus socios de negocios, aunque bajo ciertas circunstancias el negarse a contratar por parte de una empresa con posición dominante puede ser abusivo cuando

no exista una justificación objetiva. La justificación objetiva podría ser la existencia de un derecho de propiedad intelectual, a no ser circunstancias excepcionales<sup>5</sup>.

De acuerdo a lo dicho por la Comisión, existen antecedentes de la Corte de Justicia<sup>6</sup> en donde se concluyó que cuando una empresa con posición dominante se rehusaba a entregar un material crudo a otra que era un competidor, con el riesgo de eliminar la competencia de parte del cliente era abuso de la posición dominante<sup>7</sup>.

Igualmente, la Comisión recordó que la Corte de Justicia estableció que se comete abuso de posición dominante, cuando una empresa que ostente tal posición en la prestación de un servicio se reserve para sí, sin ninguna necesidad objetiva, una actividad que puede ser realizada por otra empresa en un mercado relacionado pero separado, con la posibilidad de eliminar toda la competencia proveniente de dicha empresa<sup>8</sup>.

Las anteriores posiciones se dieron en casos de prestación de servicios y materiales crudos; en cuanto a abstenerse de licenciar derechos de propiedad industrial, el abstenerse de otorgar licencia, así sea por una empresa que ostente una posición dominante, no puede constituir por sí misma un abuso de posición dominante, a no ser, puntualizó la Corte de Justicia, circunstancias excepcionales<sup>9</sup>.

Entre tales circunstancias la Comisión identificó cuatro<sup>10</sup>:

- Cuando la negativa obstruye la entrada de un producto nuevo;
- Cuando se trata de un mercado secundario (como secundario se entiende a aquel diferente al que la empresa ostenta la PD), en el que se excluya la competencia;
- Cuando se elimine la competencia; y

- Cuando la información sea esencial para que quien la solicite permanezca en el mercado.

### C. En cuanto a la venta atada

La Comisión encontró que Microsoft ataba la venta de su sistema Windows Media Player, en adelante WMP al sistema operativo Windows de los computadores personales. Microsoft lograba que el WMP viniera preinstalado en los ordenadores con el sistema Windows.

Para la tipificación de la conducta se requiere que i) el bien principal y el que se ata a él sean dos productos diferentes; ii) que la empresa involucrada tenga posición dominante en el bien principal; iii) la empresa involucrada no otorgue posibilidades a los consumidores de que elijan el producto atado sin el producto principal y; iv) la conducta impide la competencia<sup>11</sup>.

Respecto a al último requisito, la Comisión definió que constituye un abuso cuando una empresa en posición dominante, directa o indirectamente ata a su consumidor con una obligación de suministro cuando lo priva de la posibilidad de elegir libremente sus fuentes de suministro y niega a otros productores acceso al mercado<sup>12</sup>.

### D. Considerandos

La Comisión encontró que Microsoft abusó de su posición dominante al rehusarse a suministrar a Sun y otras compañías las especificaciones para los protocolos utilizados por los "Windows work group servers" (servidores de grupos de trabajo de Windows) para suministrar archivos, impresión y grupos y el servicio de administración de usuarios a la red de grupos de trabajos de

Windows y no permitir que tales empresas implementaran dichas especificaciones con el propósito de desarrollar y distribuirlos de manera que pudieran interoperar con servidores de grupos de trabajo de sistema operativos Windows<sup>13</sup>.

Contrario a lo que opinaba Microsoft en el sentido de que la Comisión debía demostrar y no lo hizo, basado en el antecedente Bronner<sup>14</sup> que la conducta de rehusarse tenía que basarse en que la información: 1. Sea esencial para emprender un negocio, 2. Que exista probabilidad de eliminar toda la competencia y 3. que no tenga una justificación objetiva, la Comisión, entonces, entendió que en los casos en los que se investiga el rehusarse al suministro de bienes protegidos por el derecho de propiedad industrial, como abuso de posición dominante, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias concretas de cada caso para tomar una decisión.

En el caso de Microsoft tales circunstancias excepcionales podemos resumirlas en:

- La negativa a contratar con Sun, no tuvo razones técnicas justificadas.
- La información que se le solicita a Microsoft no tiene que ver con el código fuente "source code" sino con los datos claves de los protocolos.
- La conducta de negarse a contratar es parte de un patrón de conducta por parte de Microsoft.
- La conducta de Microsoft, de no dejar conocer las nuevas especificaciones el dominio Windows 2000, implica la interrupción de previos niveles de suministro de los dominios de Windows NT.
- Riesgo de eliminar la competencia ya que coloca a los competidores de Microsoft en una desventaja competitiva en los sistemas operativos de grupos de trabajo<sup>15</sup>.

- Microsoft ha utilizado como argumento comercial para mercadear su producto, el funcionamiento integrado del servidor del sistema operativo de grupos de trabajo con el computador personal que trae Windows.

- La interoperatividad juega un rol importante en la decisión del consumidor a la hora de adquirir el servidor del sistema operativo de grupos de trabajo.

- No hay sustitutos para la información de interoperatividad que Microsoft debe suministrar.

- La ingeniería en reversa no constituye una solución viable para las compañías dispuestas a competir con Microsoft en el mercado de sistemas operativos para grupos de trabajo, ya que el mismo diseño del programa por parte de Microsoft lo hace inviable.

- El mercado se ha orientado a establecer la interoperatividad entre sistemas.

En cuanto a los consumidores:

- La imposibilidad que tienen los competidores de acceder a la información que Microsoft le niega, los afecta ya que les bloquea la posibilidad de disfrutar los avances que el sistema pueda tener ya sea por parte de Microsoft o de sus competidores.

En cuanto a la propiedad intelectual:

- La función central de la propiedad intelectual es proteger los derechos morales del poseedor de estos derechos y asegurar la recompensa por sus esfuerzos creativos. **Pero también, es un objetivo esencial de la ley de propiedad intelectual que la creatividad debe ser estimulada por el bien público general.** Una negativa realizada por una empresa de permitir una licencia puede, bajo excepcionales circunstancias, ser contrario al bien público por constituir un abuso de posición dominante con efectos dañinos

sobre la innovación y los consumidores<sup>16</sup>.

Por lo anterior, la Comisión concluyó que el comportamiento de Microsoft constituía un riesgo de eliminar la competencia en el mercado de servidores de sistemas operativos de grupos de trabajo, debido a lo indispensable del insumo que se niega a suministrar a sus competidores.<sup>17</sup>

Adicionalmente, la comisión encontró que existe un enlace entre la evolución del aumento de la participación en el mercado de Microsoft con la negativa a permitir la interoperatividad.

Al hacer un balance entre el posible impacto negativo entre el desestímulo para innovar por parte de Microsoft, concluye la Comisión que es compensado por el impacto positivo sobre el nivel de innovación de toda la industria.<sup>18</sup>

En su investigación, la Comisión encontró que la competencia se ve en riesgo por la omnipresencia del sistema Windows en casi todos los ordenadores. En efecto, al preinstalarse el WP en los computadores personales con sistema Windows desestimulaba a los consumidores y a los OEM's<sup>19</sup> para instalar otro sistema operativo tipo "media player".

## E. Decisión

La Comisión ordenó a Microsoft que suministre lo que se había negado a suministrar.

En palabras de la Comisión, Microsoft debe revelar, de manera completa y precisa las especificaciones de los protocolos usados por los servidores Windows de grupos de trabajo para suministrar archivos, impresión y grupos y servicio de administración de usuarios a la red de grupos de trabajos Windows. Esto incluye tanto interconexión directa e interac-

ción entre un servidor de grupos de trabajo y un cliente Windows de computador personal, así como la interacción e interconexión entre un servidor Windows de grupos de trabajo y una cliente Windows de computador personal que es indirecto y pasa a través otro servidor de grupo de trabajo Windows<sup>20</sup>.

Aclara la Comisión que el término "especificaciones" no implica que Microsoft requiera revelar su propia implementación de estas especificaciones, conocida como su propio "código fuente". El término "protocolo" se refiere a las reglas de interconexión e interacción entre el sistema operativo Windows para computadores personales y el servidor del sistema operativo Windows para grupos de trabajo<sup>21</sup>.

Ahora bien, la revelación a la cual se enfrentó Microsoft, no implicó una entrega de la información de forma indiscriminada. Microsoft puede negociar su entrega, pero no puede fijar condiciones irrazonables y discriminatorias<sup>22</sup> con respecto al acceso o el uso de la información a ser revelada<sup>23</sup>.

La información debe ser revelada a cualquier empresa que tenga interés ofrecer servidores de sistemas operativos de grupos de trabajo.

La multa impuesta fue de 497.196.304.000 millones de euros. Microsoft, no cumplió a satisfacción las obligaciones impuestas por lo que fue nuevamente multado por 280.5 millones de euros adicionales, en julio de 2006.

## F. Apelación en primera instancia

Microsoft apeló la decisión ante el Tribunal de Primera Instancia de la UE, quien confirmó la decisión de la Comisión Europea contra Microsoft por abuso ilegal de su dominio del mercado.

El tribunal de primera instancia de la UE, en sentencia del 17 de septiembre de 2007, rechazó la apelación de Microsoft en todos los puntos sustanciales de la decisión.

"Según la Corte, Microsoft, el mayor fabricante de software del mundo, no tenía justificación para atar nuevas aplicaciones a su sistema operativo de Windows de una manera que afectara las opciones de los consumidores".

El veredicto, que podría forzar a Microsoft a cambiar sus prácticas comerciales, abre el camino para que la Comisaria de la Competencia de la UE, NEELIE KROES, adopte otras acciones contra Microsoft.

"El tribunal de primera instancia esencialmente mantiene la decisión de la Comisión de que Microsoft abusó de su posición dominante," dijo la resolución judicial.

"La Corte mantuvo la sanción récord de 689,9 millones de dólares que la UE impuso a Microsoft en la decisión original".

"Además, refrendó las sanciones de la Comisión contra la práctica de Microsoft de atar su software y negar a fabricantes rivales información para que sus productos puedan trabajar fácilmente con Windows, utilizado en el 95 por ciento de las computadoras".

Finalmente, producto de ésta decisión Microsoft no tuvo otra opción que acceder a lo ordenado por la Comisión y estuvo de acuerdo en vender información confidencial respecto a su código a un costo nominal. Concretamente, todo el que quiera adquirir los protocolos debe dirigirse a la dirección [www.microsoft.com/wssp](http://www.microsoft.com/wssp), y pagar 10.000 euros, si pretende utilizar los protocolos en sus propios productos deberá reconocer un 0.4% de las ventas a Microsoft<sup>24</sup>. Igualmente, Microsoft declina de su opción de apelar ante la Corte de Justicia Europea.

## II. DERECHO DE LA COMPETENCIA LIBRE?

Es preciso ahora establecer hasta dónde llega el derecho a competir, según el derecho colombiano. Desde ésta perspectiva podremos determinar si el derecho a competir, no tiene límites o si, por el contrario, existen límites para su ejercicio.

Lo anterior adquiere sentido cuando el derecho a competir se ejerce sobre la base del otorgamiento de un derecho de exclusividad derivado de una patente, ya que el monopolio que ésta otorga va contra la libre competencia.

La Constitución de 1991 es plena en garantías y otorgamiento de derechos. No obstante, la Constitución establece una especie de "jerarquía" entre los derechos que protege la Carta. En la cúspide tenemos los derechos de los niños<sup>25</sup>, luego los derechos fundamentales y en un escalón inferior, los económicos, entre los que tenemos el derecho a la libre competencia económica, que no son sujetos de acción de tutela<sup>26</sup>.

### A. Derecho a competir

La libertad económica entendida como la "...facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio"<sup>27</sup>, se ha convertido en pieza fundamental del Estado Social de Derecho al cual el constituyente de 1991 consagró no solamente derechos y libertades a los ciudadanos, sino también límites.

"En ese orden de ideas, en el artículo 333 de la Constitución Política se establece que "la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá

exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley." Y agrega que "La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades".

"De la anterior norma se puede inferir que la Constitución, al referirse a la actividad económica de manera general, está reconociendo y garantizando al individuo una multiplicidad de sectores dentro de los cuales puede desplegar su libre iniciativa en orden a la satisfacción de sus necesidades, sin que se permita privilegiar unos sujetos, en detrimento de otros. Por ello, esta garantía constitucional se extiende por igual a empresas organizadas y a las que no lo están, a las personas naturales o jurídicas"<sup>28</sup>.

Ahora bien, "se ha considerado que la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia"<sup>29</sup>.

En efecto, como lo ha explicado la Corte Constitucional<sup>30</sup> que "por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral".

"La libre iniciativa privada, conocida también como libertad de empresa", sigue

la Corte, "se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual, que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes".

"La libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada. En esa medida, la misma constituye un valor colectivo que ha sido objeto de especial protección constitucional".

### B. Límites al derecho a competir libremente

La libre competencia tiene límites establecidos en la Constitución los cuales se han materializado a través de instrumentos legales de intervención en la economía, mediante el establecimiento de monopolios rentísticos<sup>31</sup>, reconocimiento de los derechos derivados de la propiedad industrial<sup>32</sup> y mediante el establecimiento de normas que regulan el comportamiento de los agentes en el mercado.

En palabras del tribunal constitucional, "la libre competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita".<sup>33</sup>

"La Corte ha señalado de manera reiterada el necesario examen sistemático que

debe hacerse para abordar las normas de la Constitución Política que establecen las libertades económicas. Sobre este punto ha expresado lo siguiente:"

"... el conjunto de normas constitucionales referentes a la actividad económica debe entenderse y aplicarse sistemáticamente, sin fraccionar sus alcances y evitando que la ejecución de algunos de sus preceptos deba edificarse sobre el supuesto de dejar otros inaplicados o inútiles".

"Es verdad que la Constitución establece la libre competencia como principio, que ella plasma la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, que la libertad económica está garantizada y que la gestión estatal debe cristalizarse en medidas que impidan su obstrucción o restricción, en especial si, éstas surgen merced al predominio de productores u oferentes de productos o servicios considerados en particular".

"Pero insiste la Corte en que la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado".

"En un Estado Social de Derecho, dentro del cual el Poder Público asume responsabilidades tales como la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, no menos que la de promover

la productividad y la competitividad, y que tiene a su cargo la orientación de la política económica hacia el desarrollo armónico de las regiones (artículo 334 C.P.), la libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado. Esta se debe dar, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, todo lo cual implica indudables limitaciones, correctivos y controles para la iniciativa particular. Se trata, al fin y al cabo, de realizar fines esenciales del Estado como los de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (Preámbulo y artículo 2º C.P.), en ejercicio de un papel dinámico y activo inherente a su función básica de dirección general de la economía (artículo 334 C.P.)."

"A juicio de la Corte, la libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar fines que le son propios, como los indicados en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución"<sup>34</sup>.

Concordante con lo anterior, el objetivo de la política de competencia es protegerla, con el fin, entre otros, de hacer más eficiente el aparato productivo del país, de lograr que los consumidores tengan libre escogencia y acceso al mercado de bienes y servicios, que las empresas puedan participar libremente en los mercados y, que exista en el mercado variedad de precios y calidades de bienes y servicios<sup>35</sup>.

Ahora bien, el Estado tiene la facultad de intervenir en la economía<sup>36</sup> y por ende, puede "afectar la libertad económica, ya de manera general o en casos concretos como

el que nos ocupa, en orden a lo cual se ha desarrollado todos los mecanismos e instituciones que se conocen como propias del intervencionismo económico del Estado, tales como la regulación o normalización, la inspección y vigilancia, el control, la intervención administrativa..."<sup>37</sup>.

La facultad de intervenir en la economía que tiene el Estado no es absoluta, "por ello, en reiterada jurisprudencia la Corte se ha encargado de señalar los límites constitucionales que se imponen a la hora de intervenir la actividad económica de los particulares en aras del interés general. Al respecto, ha indicado que tal intervención: i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad<sup>1</sup>; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad"<sup>38</sup>.

Por otro lado, "es innegable que los derechos intelectuales, al conceder a su titular la facultad exclusiva de materializar la concepción protegida, haciendo de esa actividad el objeto de de una empresa industrial o mercantil, colocan a su titular en una posición económica privilegiada frente a cualquier otro competidor eventual; una posición que no puede definirse con otro nombre que el de monopolio... Pero la colocación de esa posición monopolística... se origina como consecuencia de que el ordenamiento jurídico atribuye al creador la titularidad de un derecho subjetivo, cuyo contenido lo constituye la facultad de ejercer la actividad económica reservada"<sup>39</sup>.

Miraremos las limitaciones a la libre competencia desde el punto de vista de las prácticas comerciales restrictivas y las vio-

laciones a la norma con base a la titularidad de un derecho de propiedad industrial y, los remedios que podría imponer la autoridad.

### III. LÍMITES LEGALES AL USO DE LA PATENTE DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

Lo primero que hay que decir es que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (SIC) no ha tenido la oportunidad de estudiar por esta vía restricciones a la competencia por el uso de una patente. En la última parte de este concepto veremos que ha habido acercamientos desde el punto de vista de los condicionamientos a operaciones de integración económica.

En lo que corresponde a la materia objeto de éste artículo, la protección de la competencia tiene dos fuentes: las normas que regulan la libre competencia y las que se ocupan de la leal competencia en el mercado.

En cuanto al primer grupo la ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992 constituyen el régimen general de las conductas constitutivas de prácticas comerciales restrictivas y abusos de posición dominante.

Por su parte, la ley 256 de 1996 y la decisión 486 de 2000 expedida por la Comunidad Andina de Naciones-CAN, establecen qué conductas constituyen competencia desleal.

Nos centraremos en las prácticas comerciales restrictivas y las integraciones empresariales, ya que las normas que regulan la competencia desleal protegen los derechos otorgados por la patente por cuanto ellos, los bienes de propiedad industrial, son los instrumentos más comunes para competir deslealmente por parte de quienes los usurpan, mientras que, por el contrario, en las

prácticas comerciales restrictivas, la patente puede ser un instrumento para cometer conductas anticompetitivas por parte de su titular.

#### A. Prácticas comerciales restrictivas

Además de un régimen general, existen regímenes especiales para ciertos sectores como los servicios públicos<sup>40</sup>, el sector portuario<sup>41</sup>, de televisión<sup>42</sup> y el sector financiero.<sup>43</sup>

No obstante, estudiaremos solamente el régimen general compuesto por una cláusula general<sup>44</sup> y tres<sup>45</sup> tipos de conductas: Acuerdos, actos y abusos de posición dominante.

##### 1 Acuerdos

En cuanto a los carteles, la ley se enumera una serie de acuerdos<sup>47</sup> que se consideran restrictivos de la competencia, dentro de estos podrían tipificarse con base a la titularidad de la patente los siguientes:

##### a. Repartición de mercados<sup>48</sup>

Se consideran restrictivos de la competencia aquellos acuerdos "que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores".

Es un acuerdo de tipo horizontal<sup>49</sup>, el cual puede consistir en repartirse el mercado geográficamente o por productos o servicios. En la primera modalidad, los sujetos del acuerdo acuerdan dividirse un mercado por zonas geográficamente delimitadas; mientras en el segundo, el acuerdo versa sobre los bienes o servicios que cada uno producirá.

Con la titularidad de patentes en cabeza

de los sujetos del acuerdo, estos pueden dividirse el mercado en cualquiera de las dos modalidades.

Imaginémonos que cada uno de los intervinientes del acuerdo posea una patente para explotar diferentes productos con los que compiten entre sí. No obstante, por virtud del acuerdo, por ejemplo, cada uno de ellos cede al otro la posibilidad de explotar la patente para productos diferentes de manera tal que no se hacen competencia entre ellos. Así mismo, a pesar de poseer o la misma patente ó diferentes, pero con usos que las hacen competidoras, acuerden competir en mercados geográficos diferentes.

b. Limitar los desarrollos técnicos<sup>50</sup>

Se consideran restrictivos de la competencia, los acuerdos que "tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos".

De tipo horizontal, a través de éste tipo de acuerdos los titulares de patentes acuerdan no sacar al mercado un nuevo descubrimiento a la espera, por ejemplo ya que la norma no exige ningún ingrediente subjetivo, de explotar el mercado por un tiempo adicional de las ganancias del producto en uso, atrasando de ésta manera el desarrollo de la industria y privando a los consumidores de mejores y más eficiente bienes y, muy seguramente a mejores precios.

c. Condicionar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales<sup>51</sup>

Se consideran restrictivos de la competencia, los acuerdos que "tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras dispo-

siciones", lo que se conoce en la literatura de derecho de la competencia como una "venta atada".

En nuestra legislación, el comportamiento es ilegal tanto como acuerdo entre dos empresas, como abusivo de la posición dominante cuando lo comete una empresa que ostente dicha calidad.

Como acuerdo, puede ser horizontal o vertical<sup>52</sup>.

La horizontal tiene que ver con aquellos eventos en los que competidores acuerdan que sólo van a vender su producto si el cliente adquiere otro, que por su naturaleza no hacía parte del negocio. Por ejemplo si entre productores de escritorios acuerdan que sólo venden escritorios si el cliente adquiere, además, la silla.

En la vertical, el productor acuerda con su comercializador que cierto producto sólo se vende si el cliente adquiere otro producto que por su naturaleza no hacía parte del negocio. Por ejemplo si entre el productor y su distribuidor acuerdan que sólo expendrán clavos a aquel que adquiera, además un martillo.

Los productos deben ser diferentes y que se puedan ofrecer de manera separada sin que afecte al otro. Si se adquiere un automóvil, éste debe venir con llantas, no se podría entender que las llantas deberían ofrecerse de manera independiente al resto del vehículo, ya que hace parte del mismo.

d. Abstenerse de producir un bien o servicio<sup>53</sup>

Se consideran restrictivos de la competencia, los acuerdos que "tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción".

De tipo horizontal, en ésta clase de

acuerdos la norma sólo exige el objeto o el efecto de abstención, sin exigir que el mismo tenga como consecuencia el incremento en los precios del bien por efecto de la escasez u otro tipo de consecuencia, ya que para que esto suceda estaríamos en presencia de empresas que de manera conjunta tendrían una posición dominante en el mercado, el cual es objeto de otra prohibición.

Los titulares de patentes pactan no competir o disminuir los niveles de producción del bien que permite la patente producir.

e. Limitar el acceso a mercados o canales de comercialización<sup>54</sup>

Se consideran restrictivos de la competencia, los acuerdos que "tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización".

La obstaculización a la entrada de competidores al mercado puede darse a través de diferentes clases de conducta. Una de ellas, cuando titulares de patentes, sin razón objetiva, acuerdan negar el suministro de materia prima a un potencial competidor; igualmente, cuando a través de contratos con cláusula de exclusividad impiden el ingreso de terceros al mercado.

## 2 Actos

La ley desarrolla una serie de actos que se consideran restrictivos de la competencia. Esta clasificación es propia de la legislación colombiana ya que en las demás legislaciones se habla de acuerdos (carteles) y las conductas consideradas como abuso de posición dominante.

Según la ley, acto es todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica<sup>55</sup> y son ilegales los que infrinjan,

las normas sobre publicidad establecidas en el estatuto del consumidor<sup>56</sup>; los dirigidos a influenciar a una empresa para que aumente los precios de sus productos o desista de su intención de rebajarlos<sup>57</sup>; y, los que consistan en negarse a vender o prestar un servicio o discriminar, cuando esto se entienda como una retaliación a una política de precios.<sup>58</sup>

Del supuesto sobre el cual se basa el presente artículo, es decir, la titularidad sobre una patente, no vemos como esta situación pueda ser causa de cometer un acto restrictivo de la competencia.

Ni siquiera el último comportamiento de negarse a vender un producto o prestar un servicio que para la legislación colombiana sólo es restrictivo en la medida que sea un acto de retaliación por la política de precios de la víctima del comportamiento; hay una relación de causa efecto, sin que la titularidad de un derecho de propiedad industrial tenga incidencia.

No está tipificada esta conducta como en la Unión Europea, la cual constituye un abuso de posición dominante. No obstante, la Corte Constitucional al decidir una acción de tutela<sup>59</sup>, concluyó que en casos de una notoria diferencia entre quien se niega a vender y el perjudicado, es un abuso ya que tal comportamiento, en ese caso concreto, afectaba derechos fundamentales como el trabajo<sup>60</sup>.

El caso tenía que ver con un fabricante de parafina, insumo fundamental para la fabricación de velas, quien negó el suministro del producto a un pequeño fabricante de velas en el Caquetá impulsado, según la providencia, por la denuncia que este había hecho contra su proveedor por competencia desleal. En dicho caso, la Corte tuteló el derecho fundamental al trabajo del solicitante obligando al proveedor a que siguiera suministrando la parafina.

### 3 *Abuso de posición dominante*

Los abusos de posición de dominio son prohibiciones impuestas a los partícipes del mercado que están en esa situación en el mercado.

Según la definición legal, se entiende por posición dominante, la posibilidad de determinar las condiciones del mercado<sup>61</sup>. En palabras de la Superintendencia de Industria y Comercio, "un agente económico ostenta posición dominante, cuando está en capacidad de comportarse en el mercado con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores"<sup>62</sup>.

Normalmente, la posición dominante de un agente se da cuando confluyen una serie de factores que le permiten actuar con independencia. Músculo financiero, tecnología de punta en sus procesos productivos, capacidad ociosa suficiente para abastecer el mercado relevante, alta participación en el mercado, barreras a la entrada de competidores, una competencia sin capital de trabajo, con una tecnología obsoleta, con poca capacidad ociosa, entre otros.

Ahora bien, hay casos en donde la posición de dominio viene dada básicamente por la titularidad y explotación de una patente.

Lo anterior, obliga a examinar la norma desde dos perspectivas: a) que la posición dominante sea producto de la titularidad y explotación de la patente, caso en el cual tenemos que el agente goza de posición dominante en un mercado relevante precisamente, por los derechos de exclusividad que surgen de ser titular de la patente y la explotación industrial que de ella se haga; b) que la posición dominante no sea producto de la titularidad de la patente, caso

en el cual el agente ostenta una posición de dominio en un mercado relevante por otras circunstancias que no tienen que ver con la patente.

a. La posición de dominio deviene de la titularidad de la patente

En ésta hipótesis, la titularidad y explotación de la patente es lo que determina la posición dominante de la empresa no importando su tamaño y demás características o la de las empresas competidoras si las hay y las del mercado mismo.

En este orden de ideas, la posición dominante hace que la empresa sea sujeto de abusar de tal posición, por lo que es susceptible de abusar de ella en cualquiera de las manifestaciones establecidas en la norma.

En otra palabras, la empresa abusará de su posición dominante si disminuye los precios por debajo de costos con el objeto de eliminar a uno o varios competidores o prevenir la expansión de otros<sup>63</sup>; si aplica condiciones discriminatorias a operaciones equivalentes que coloquen a un proveedor o consumidor en posición desventajosa<sup>64</sup>; si subordina el suministro de un producto a la aceptación de condiciones adicionales<sup>65</sup>; si vende a un comprador en condiciones diferentes a las que vende a otro para disminuir o eliminar competencia del mercado<sup>66</sup>; si vende a precios diferentes a aquel que se ofrece en otra parte del territorio, cuando no corresponda a su estructura de costos<sup>67</sup>; y si evitar el acceso de terceros a mercados o canales de comercialización<sup>68</sup>.

b. La posición de dominio no deviene de la titularidad de la patente

En éste caso habrá que establecer en pri-

mera medida si la empresa titular y explotadora de una patente ostenta una posición dominante. En caso de que tenga posición dominante no podrá realizar ninguno de los comportamientos descritos en el acápite anterior.

Sólo la obtención de una sentencia condenatoria por abuso de posición dominante hará posible la utilización del mecanismo establecido en la decisión 486 de 2000 CAN, artículo 66:

"De oficio o a petición de parte, la oficina nacional competente, previa calificación de la autoridad nacional en materia de libre competencia, otorgará licencias obligatorias cuando se presenten prácticas que afecten la libre competencia, en particular, cuando constituyan un abuso de la posición dominante en el mercado por parte del titular de la patente."

"En estos casos, para determinar el importe de la compensación económica, se tendrá en cuenta la necesidad de corregir las prácticas anticompetitivas."

"La oficina nacional competente denegará la revocación de la licencia obligatoria si resulta probable que las condiciones que dieron lugar a esa licencia se puedan repetir". (Negrillas fuera de texto)

## B. Cláusula general

En el artículo 1 de la ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del decreto 3307 de 1963, se señaló que "[q]uedan prohibidos (...) toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos". En la misma dirección, en el artículo 46 del decreto 2153 de 1992 se prohíben "todas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados".

A través de la aplicación de la norma establecida en la Ley 155 de 1959 y reafirmada por el Decreto 2153 de 1992, se pueden sancionar todos aquellos comportamientos no tipificados en las normas especiales y que, basados en la utilización de una patente de invención pueda restringir la competencia, sin importar que se tenga o no una posición dominante.

## C. Facultades de la SIC

Dentro de sus funciones, la SIC tiene la de "[o]rdenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas".<sup>69</sup>

Es decir, que por un lado la autoridad debe declarar si el comportamiento que investiga es o no anticompetitivo y en caso de que lo sea, ordenar los remedios pertinentes para evitar que el comportamiento se siga cometiendo.

En el caso que analizamos, a través de ésta norma la SIC podría llegar a ordenar lo que se ordenó a Microsoft, sin ir tan lejos como desconocer los derechos de titularidad y exclusividad que da la patente, ya que recordemos que cuando la patente es la que otorga la posición dominante, al no ser ésta ilegal per se, mal podría la autoridad desconocer los derechos que otorga la patente. En otras palabras, la SIC podría ordenar la concesión de licencias obligatorias directamente o dar traslado para que se haga uso del artículo 66 de la decisión 486 de 2000 CAN, pero nunca obligar a que entregue al dominio público la invención patentada, ya que sería tanto como castigar la posición dominante.

#### IV. LÍMITES LEGALES AL USO DE LA PATENTE DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS INTEGRACIONES ECONÓMICAS

La vigilancia de las integraciones empresariales por parte del Estado forman parte de las facultades ex ante o preventivas que la ley señala en cabeza de la administración. Para saber cuáles son las operaciones de integración económica que deben ser informadas al Estado, la ley las ha señalado y la SIC las ha reglamentado de la siguiente manera:

De acuerdo a la ley, "las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000) o más, estarán obligadas a informar al Gobierno Nacional de operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración"(subrayas nuestras).<sup>70</sup>.

##### A. Los elementos

Del estudio de la norma que impone el deber de "informar las operaciones de integración encontramos un supuesto subjetivo, uno objetivo y uno cronológico".<sup>71</sup>.

##### B. Supuesto subjetivo

Tiene que ver con el mercado donde se desarrolla la operación. La carga para avisar la operación depende de que las empresas involucradas se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o

consumidora de un bien o servicio. Se trata entonces de una pluralidad de sujetos que coincidan total o parcialmente en la actividad a la que se dedican<sup>72</sup>, debiendo precisarse que la Superintendencia de Industria y Comercio ha interpretado la condición de una manera amplia, considerando que se deben informar operaciones que impliquen integración tanto horizontal como vertical.<sup>73</sup>.

##### C. Supuesto objetivo

Este supuesto tiene dos aspectos. El nivel de activos de las empresas involucradas y con la clase de información de que se trate<sup>74</sup>. A estas modalidades de integración económica hay que agregarle la adquisición de control<sup>75</sup> y la escisión.<sup>76</sup>.

###### 1. En cuanto a los activos

En uso de la facultad contenida en el número 21 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992<sup>77</sup>, la Superintendencia de Industria y Comercio estableció un régimen de autorización general especial, distinguiendo según el valor de los activos y los ingresos.

La SIC estableció un régimen de autorización general<sup>78</sup> a través del cual cuando la operación involucre a empresas "[q]ue tengan ingresos operacionales anuales en conjunto inferiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; y, [q]ue tengan activos totales en conjunto inferiores a cien mil 100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes", no están en la obligación de informar la operación.

###### 2. En cuanto al tipo de operación

La operación se debería informar si se trata de alguna de las modalidades que trae la

norma, esto es, fusión, consolidación o integración. Sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio ha interpretado la norma de una forma amplia.

En cuanto al tipo de operación, "desde el punto de vista de la competencia, teniendo en cuenta que ésta figura agrupa cualquier forma, lo que importa es el resultado y no la vía. En este sentido, habrá una operación sujeta a información previa cuando quiera que dos ó más agentes económicos autónomos e independientes pierdan esa individualidad en el mercado, concentrándose en una sola unidad económica, sin importar que desarrollen su empresa a través de una o varias personas jurídicas".<sup>79</sup>.

Más adelante, en la misma decisión la autoridad administrativa concluye que "los procesos mencionados conllevan o presuponen la realización de integraciones o concentraciones en la que los intervinientes de la operación concurren en un mismo mercado, de tal suerte que se presenta "... una modificación inmediata de la estructura de la industria en la que se produzca, ya que dos o más empresas que antes eran competidoras pasan a convertirse como consecuencia de esta operación, en una sola entidad con mayor participación relativa en un mercado cuya concentración económica aumenta".

"De esta manera, las empresas que pretenden acogerse a cualquiera de estas figuras y que a su vez estén cobijadas por cada uno de los requisitos consagrados en el citado artículo 4, deberán comunicar previamente la operación que pretenden realizar, a efectos de que esta Entidad determine su procedencia o si existen motivos para objetar o condicionar la respectiva operación".<sup>80</sup>.

Contrario sensu, si se trata de alguna reorganización de entidades que ya eran una misma empresa, o como consecuencia

de la cual no habrá ninguna reducción en la competencia, la operación no podría constituir ninguna restricción a la competencia, no hay variación en el estatus quo y, por ello no va a corresponder con la definición de ninguna de las previstas en la legislación como informables.

No obstante, la prudencia indica informar a la SIC ya que las posibilidades de autorización de la son casi del 100%. La SIC ha interpretado que una cosa es el deber de informar y otra el análisis de las consecuencias que la operación puede tener para el mercado.

### 3. Por los involucrados

Ahora bien, este aspecto la norma habla de dos ó más empresas.

Se entiende por empresa "toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o varios establecimientos de comercio".<sup>81</sup>.

No sólo cuando se habla de las operaciones que deben ser informadas se habla de empresa, sino también cuando de acuerdos se refiere la ley considera que para que exista alguno, debe realizarse entre dos ó más empresas.<sup>82</sup>.

En el ámbito de los acuerdos, la SIC ha entendido empresa "como una unidad de explotación económica aunque desde el punto de vista jurídico esa unidad esté constituida por diversas personas naturales o jurídicas".<sup>83</sup>.

Por su parte, en lo que se refiere a los supuestos para informar operaciones de integración económica, ese Despacho considera que "habrá una operación sujeta a informe

cuando dos ó más agentes económicos autónomos e independientes pierdan esa individualidad en el mercado, concentrándose en una sola unidad económica, sin importar que desarrollen su empresa bajo una o varias personas jurídicas<sup>84</sup>.

Como vemos, atinadamente se ha acogido el criterio económico de empresa sobre el criterio y definición jurídica de sociedad, lo que implica que una empresa puede estar conformada por varias sociedades, pero sigue siendo una sola empresa.

#### D. Supuesto cronológico

Este supuesto prevé que las empresas que se encuentren en las hipótesis contempladas por la ley, deban avisar la operación con antelación a la misma, ya que la norma es de carácter preventivo<sup>85</sup>.

Las empresas que planeen realizar una operación de fusión consolidación o integración, tienen hasta antes de la realización de la operación, para informar de la misma a la SIC<sup>86</sup>. Por ello, la SIC considera que no es posible sancionar la sola intención de las sociedades o la conducta que tenga como objeto la posible integración económica, sin que se hubiese realizado el proceso de integración mencionado, esto es, que la operación de integración en sí misma no se haya perfeccionado. Lo contrario, sería intervenir directamente en los planes y programas del órgano social, prejuzgar a las sociedades y a sus administradores<sup>87</sup>.

Una vez analizada la operación por parte de la SIC, la autoridad puede autorizar la operación, objetarla o condicionarla<sup>88</sup> al cumplimiento de ciertos requisitos.

A través de los condicionamientos la SIC ha tenido la oportunidad de remediar ciertas operaciones de integración que re-

quieren de la venta de activos fijos o marcas, como condicionamientos de ciertas operaciones de integración económica que han sido puestas a su consideración.

Es necesario aclarar que al ser el análisis de la operación anterior al perfeccionamiento del negocio, le corresponde a la SIC establecer como quedará el mercado después de la operación. Desde ésta perspectiva, entonces, la autoridad ha condicionado la autorizaciones de integraciones económicas a la venta de activos fijos (establecimientos de comercio) y marcas<sup>89</sup>, que si bien no se refieren expresamente a patentes, si muestra el peso competitivo de los bienes de propiedad intelectual, en concreto las marcas y que al tratarse de patentes que estén involucradas en procesos de integración pueden ser objeto de "regulación" por parte de la autoridad que vigila el cumplimiento de las normas de la competencia.

#### V. CONCLUSIONES

- Las patentes pueden ser un instrumento para restringir la competencia según la ley colombiana.

En efecto, la concesión de una patente no solamente da un derecho exclusivo de uso sino que también puede tener unos efectos hacia el mercado, dando a su titular incluso la posibilidad de ostentar una posición dominante y, su uso, cuando afecta el mercado puede ser castigado bajo las normas de derecho de la competencia y ser objeto de licencias obligatorias o cualquier otro remedio a instancia de la autoridad.

- La patente puede otorgar posición dominante, pero no por ello se pueden desconocer los derechos que otorga.

La consagración de la posición dominante como un estatus permitido en nuestra

legislación hace improcedente desconocer los derechos que otorgan la titularidad de los bienes de propiedad industrial y sólo permite mitigar sus efectos cuando su uso pueda ser dañino para la competencia.

- Las decisiones deben cambiar la manera de hacer negocios.

Es indudable que con el precedente todo aquel que sea titular de una patente y tenga una posición de dominio en el mercado debe darle a ésta un uso que convenga a los intereses del mercado, que es en últimas un interés público, so pena de que sean las autoridades quienes regulen su uso.

- Es tiempo de pensar en un nuevo modelo para la concesión de patentes.

La decisión que se analizó pone de relieve el hecho de que las patentes no pueden seguir siendo concedidas como hasta el momento, sin analizar sus implicaciones y a cierto tiempo sin analizar si es razonable y menos sin conocer los efectos que para la competencia traen unas concesiones demasiado largas que, con creces y en un tiempo menor que el otorgado, permiten al titular recuperar los costos en los que incurrió con una ganancia razonable. Ahora bien, mientras esto sucede es dable pensar que el derecho de la competencia es un instrumento eficiente para regular los derechos de propiedad industrial.

- 1 Case T-201/04. 17 de septiembre de 2007.
- 2 [http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/htm/C\\_2002325ES.003301.html#anArt82](http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325ES.003301.html#anArt82)
- 3 Case COMP/CC-3/37.792 Microsoft.
- 4 "work Group Server Operating systems"
- 5 Párrafo 547. Case COMP/CC-3/37.792 Microsoft.
- 6 Las decisiones de la Comisión están sujetas a revisión por parte del Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
- 7 "...an undertakings which has a dominant position in the market in raw materials and Vich, with the

object of reserving such raw material for manufacturing its own derivatives, refuses to supply a customer, which is itself a manufacturer of these derivatives, and therefore risks eliminating all competition on the part of this customer, is abusing its dominant position within the meaning of article 86 (now article 82)". Caso 6 y 7/73 Commercial Solvents an others V Comision (1974) ECR 223, párrafo 25, recogido en el Párrafo 548. Case COMP/CC-3/37.792 Microsoft.

- 8 Caso 311/84 telemarketing V CLT and IPB (1985) ECR 3261, párrafo 27, recogido en el Párrafo 548. Case COMP/CC-3/37.792 Microsoft.
- 9 Caso C-241/91 y C-242/91, RTE and ITP V Comisión (1995) ECR 743 párrafo 50.
- 10 Caso COMP/CC-3/37.792 Microsoft. Párrafo 551.
- 11 Párrafo 794. Case COMP/CC-3/37.792 Microsoft.
- 12 Párrafo 835. Case COMP/CC-3/37.792 Microsoft.
- 13 Párrafo 546. Case COMP/CC-3/37.792 Microsoft.
- 14 Caso C-7/97 (1998) ECR I-7791.
- 15 Comisión consideró que no es necesaria la inmediata eliminación de la competencia, sólo era necesario el riesgo de eliminar la competencia. "In any case, as regard the impact on competition, the relevant criterion for establishing a refusal to supply is whether there is a risk of elimination of competition. Immediate elimination of competition is not required". Párrafo 622. Case COMP/CC-3/37.792 Microsoft.
- 16 Párrafo 712. Case COMP/CC-3/37.792 Microsoft.
- 17 Párrafo 692. Case COMP/CC-3/37.792 Microsoft.
- 18 Párrafo 783. Case COMP/CC-3/37.792 Microsoft.
- 19 Fabricantes de computadores.
- 20 "Microsoft should be ordered to disclose complete and accurate specifications for the protocols used by Windows work group servers in order to provide file, print and group and user administration services to Windows work group networks. This includes both direct interconnection and interaction between a Windows work group server and a Windows client PC, as well as interconnection and interaction between a Windows work group server and a Windows client PC that is indirect and passes through another Windows work group server." Párrafo 999. Case COMP/CC-3/37.792 Microsoft. (traducción libre)
- 21 "The use of the term. specifications. makes clear that Microsoft should not be required to disclose its own implementation of these specifications, that is to say, its own source code. The term pro-

- ocol. relates to the rules of interconnection and interaction between instances of the Windows client PC operating system and the Windows work group server operating system". Párrafo 999. Case COMP/CC-3/37.792 Microsoft. (traducción libre)
- 22 "The requirement for the terms imposed by Microsoft to be reasonable and nondiscriminatory applies in particular:
- (i) to the conditions under which Microsoft allows potential beneficiaries to evaluate the business value to them of implementing the disclosed specifications in their products; in that respect, there is a need to ensure that potential beneficiaries will have the opportunity to review, themselves or through third parties designated by them, the specifications to be disclosed; Microsoft should be able to impose reasonable and non-discriminatory conditions to ensure that this access to the disclosed specifications is granted for evaluation purposes only;
  - (ii) to any remuneration that Microsoft might charge for supply; such a remuneration should not reflect the .strategic value. stemming from Microsoft.s market power in the client PC operating system market or in the work group server operating system market;
  - (iii) to restrictions that Microsoft may impose as to the type of products in which the specifications may be implemented; such restrictions should not create disincentives to compete with Microsoft, or unnecessarily restrain the ability of the beneficiaries to innovate;
  - (iv) to the need for the terms imposed by Microsoft in the future to be sufficiently predictable; implementing the specifications will indeed constitute a significant investment, which competing work group server operating system vendors will not incur if they have no assurance that the terms under which they can make use of the disclosed specifications will remain reasonably stable." Párrafo 1008. Case COMP/CC-3/37.792 Microsoft.
- 23 Párrafo 1006. Case COMP/CC-3/37.792 Microsoft.
- 24 <http://newsbox.latam.msn.com/article.aspx?as=article&f=la-olltopnews-noticias-nofilter&t=3392&id=6446756&d=20070917&do=http://newsbox.latam.msn.com&i=http://newsbox.latam.msn.com/mediaexportlive&ks=0&mc=10&ml=ma&lc=es&ae=windows-1252>. <http://edition.cnn.com/2007/WORLD/europe/09/17/eu.microsoft.ap/index.html>
- 25 "La protección integral de los menores, establecida en los artículos 42 a 45 de la Constitución Política, ya aparecía plasmada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1992."
- "Esa protección integral al menor está conformada por: i.) un sistema general de principios y garantías establecidos para todas las personas, como lo son el principio de la dignidad humana, el derecho a la vida, a la integridad física, la salud, la seguridad social, la nacionalidad, etc. y ii.) por un sistema especial con características y eficacia concretas que se traduce en que dichos derechos son fundamentales y prevalentes, en términos de la Constitución."
- "Los derechos de los niños no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un *"conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos –prestación que contemplan"*<sup>[1]</sup>. Es así como se consagró en la Constitución que la familia la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos."
- "En efecto, la normatividad sobre los derechos del niño se deriva de su condición de persona y, por lo tanto, los mecanismos para su protección son complementarios, aunque no sustitutivos de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas. En este sentido puede afirmarse que los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos."
- "Entonces, la protección integral de los derechos del niño se hace efectiva a través del principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo 44 superior según el cual "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás", y en el numeral 1° del artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño, en virtud del cual "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".<sup>[2]</sup> Otros instrumentos internacionales revelan también la presencia de la noción del interés superior del niño. En efecto, la declaración de Ginebra de 1924 estableció el imperativo de darle a los niños lo mejor o con frases como "los niños primero" hasta la formulación expresa del principio en la Declaración

de los Derechos del Niño de 1959 y su posterior incorporación o inclusión en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16) Al analizar el significado y alcance de dicho principio la Corte ha expresado: "

"El denominado "interés superior" es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado "menos que los demás" y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

"Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la sicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que depende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.

"La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor."<sup>[3]</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-864 de 2005- M.P. ALVARO TAFÚR GALVIS. Adicionalmente, sentencia T-037 de 2007 M.P. NILSON PINILLA PINILLA.

- 26 "...Por lo demás, una calificación de ese género, en principio escapa a la jurisdicción constitucional y difícilmente puede adelantarse en el marco de un proceso de tutela. Añádase a lo anterior que la libertad de competencia y la libre competencia, son derechos que no tienen el carácter de fundamentales y que, por ende, sus vulneraciones no son objeto de la acción de tutela." Sentencia T-375 de 1997. M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- 27 Corte Constitucional, Sentencia T-425 del 24 de junio de 1992. M.P. CIRO ANGARITA BARON.
- 28 Corte Constitucional Sentencia C-616 de 2001. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.
- 29 Corte Constitucional Sentencia C-616 de 2001. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.
- 30 Corte Constitucional, Sentencia C-524 de 1995 M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, recogida por sentencia C-616 de 2001. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.
- 31 Artículo 336 de Constitución Nacional.
- 32 "Art. 61.C.N.- El Estado protegerá la propiedad intelectual por tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley."  
"Art. 189 C.N.- Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa":  
(...)  
"Numeral 27. Conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley."
- 33 Corte Constitucional Sentencia C-815 de 2001. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.
- 34 Sentencia T-368/95 M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO En el mismo Sentido Ver, entre otras, las sentencias C-332/00 M.P. Fabio Morón Díaz, C- 389/02 M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. S.P.V. y A.V. JAIME ARAUJO RENTERÍA. S.P.V: ÁLVARO TAFUR GALVIS, C-516/04 M.P. JAIME CÓRDOBA TREVIÑO, recogidas por la Sentencia C-992 de 2006 M.P. ALVARO TAFÚR GALVIS.
- 35 Ver número 1 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992.
- 36 Artículo 334 constitución política.
- 37 Consejo de Estado. Sección primera. C.P. JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA. Expediente 4260. 8 de mayo de 1997.
- 38 Corte Constitucional. Sentencia C-615 de 2002. M.P. MARCO GERARDO MONROY CARRA.
- 39 BAYLOS CORRZA, HERMENEGILDO. Tratado de Derecho Industrial. Editorial Civitas S.A. Página 131-132. Segunda edición. Madrid 1993.
- 41 Ley 142 de 1993.
- 42 Ley 1 de 1991.

- 43 Ley 182 de 1995.
- 44 Decreto 663 de 1993.
- 45 Artículos 1 ley 155 de 1959 y 46 del decreto 2153 de 1992.
- 46 Artículo 47, 48 y 50 de l decreto 2153 de 1992.
- 47 "...todo contrato, convención, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas". Artículo 45, numeral 1.
- 48 Artículo 47, numeral 3.
- 49 Se definen como tales aquellos acuerdos que se hacen entre agentes que se encuentran en la misma escala de la cadena productiva, por ejemplo entre productores.
- 50 Artículo 47, numeral 6.
- 51 Artículo 47, numeral 7.
- 52 Se definen como tales aquellos acuerdos que se hacen entre agentes que se encuentran en diferente escala de la cadena productiva, por ejemplo entre un productor y un comercializador.
- 53 Artículo 47, numeral 8.
- 54 Artículo 16, ley 590 de 2000.
- 55 Artículo 45, numeral 2.
- 56 Artículo 48, numeral 1.
- 57 Artículo 48, numeral 2.
- 58 Artículo 48, numeral 3.
- 59 Sentencia T-375 de 1997. M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- 60 "La decisión de no vender al cliente que previamente se ha quejado de un acto desleal comprobado por las autoridades públicas, y que en razón de su necesidad se dispone a comprar el producto que requiere para alimentar su modesto proceso productivo en condiciones de igualdad, equivale a cercenar de manera deliberada e injusta oportunidades de desarrollo personal y social. La función social de la empresa puede no darse por causas ajenas a la empresa. Sin embargo, cuando ello se produce por decisión consciente del empresario que tiene un control relativo sobre el mercado, a título de retaliación frente a un justo reclamo de un pequeño empresario que ha sido su cliente y que depende de él como fuente de suministros, es evidente que la frustración de la función social de la empresa, presupuesto de la libertad que lleva ese nombre, obedece a su propia voluntad y, por tanto, constituye una discriminación arbitraria que por serlo viola principios y valores superiores. Tratándose de un pequeño empresario, la negativa a contratar en las condiciones señaladas, viola el derecho al trabajo cuando ella tiene como consecuencia material y directa la clausura de su fuente única de sustento y ello obedece a un acto deliberado e ilegítimo de retaliación. En esta sentencia se han expuesto los elementos que comprueban el aserto anterior. Basta señalar que en el caso del pequeño empresario, su posición no sólo resulta garantizada en el ordenamiento constitucional por el derecho a la libertad de empresa, sino también y fundamentalmente por el derecho al trabajo." Sentencia T-375 de 1997. M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- 61 Artículo 45, numeral 5.
- 62 Resolución 30835 del 14 de diciembre de 2004.
- 63 Artículo 50, numeral 1.
- 64 Artículo 50, numeral 2.
- 65 Artículo 50, numeral 3.
- 66 Artículo 50, numeral 4.
- 67 Artículo 50, numeral 5.
- 68 Artículo 16, ley 590 de 2000.
- 69 Artículo 4 numeral 13 decreto 2153 de 1992.
- 70 Artículo 4 ley 155 de 1959.
- 71 Resoluciones 21747 de 1999, 25415 de 2002 y 8307 de 2003. Superintendencia de Industria y Comercio.
- 72 Resolución 8307 de 2003. Superintendencia de Industria y Comercio.
- 73 Resolución 21820 de 2004. Superintendencia de Industria Comercio.
- 74 Resoluciones 21747 de 1999, 25415 de 2002 y 8307 de 2003. Superintendencia de Industria y Comercio.
- 75 Artículo 4 numeral 14 decreto 2153 de 1992.
- 76 Artículo 8 ley 222 de 1995.
- 77 "Instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en las materias a que hace referencia el numeral anterior, fijar los criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación".
- 78 Resolución 22195 del 25 de agosto de 2006. Publicada en el Diario Oficial N° 46.374 de agosto 28 de 2006.
- 79 Resolución 8307 de 2003. Superintendencia de Industria y Comercio.
- 80 Resolución 8307 de 2003. Superintendencia de Industria y Comercio.
- 81 Artículo 25 código de comercio.
- 82 Artículo numeral 1 decreto 2153 de 1992.
- 83 Resolución 36903 y 44341 de 2001 Superintendencia de Industria y Comercio.
- 84 Resolución 21743 de 1999. Superintendencia de Industria y Comercio.
- 85 Resoluciones 21747 de 1999, 25415 de 2002 y 8307 y 19110 de 2003. Superintendencia de In-

- dustria y Comercio.
- 86 Supuesto cronológico al que se hace referencia en las resoluciones 21743 de 1999 y 25415 de 2002.
- 87 Resolución 8143 de 2001. Superintendencia de Industria y Comercio.
- 88 "En relación con los condicionamientos ofrecidos por el apoderado de las intervinientes, este Despacho encuentra propicia la ocasión para manifestar que los condicionamientos estructurales que permitan el reestablecimiento efectivo de la competencia, solamente pueden prosperar si la restricción indebida originada en la integración, no se presenta en la totalidad de los mercados relevantes en los que participan las intervinientes." "En otras palabras, los condicionamientos como remedios estructurales pueden ser viables solamente si existen mercados relevantes en los que participan las intervinientes en los que no se restringe de manera indebida la competencia como consecuencia de la integración. En este evento, sería viable implementar un condicionamiento estructural circunscrito a los mercados relevantes en los que el análisis de la operación puso al descubierto la posibilidad de una concentración indebida, permitiendo efectuar la integración en los demás mercados relevantes en los que concurren las intervinientes y en los cuales no se deri-

van preocupaciones en materia de competencia. De esta forma, cuando es posible la aplicación de remedios estructurales que anulen las preocupaciones de la autoridad de competencia, mal haría ésta en objetar la operación de integración." "Lo anterior significa que, en una situación en la cual la restricción indebida de la competencia se presenta en la totalidad de los mercados relevantes implicados en la operación, un remedio estructural no sería posible, toda vez que la aplicación del mismo conllevaría simplemente a que no exista operación, llevando a ser inocua la misma. En este caso, es claro que la decisión solamente puede desencadenar en objeción y no en la posibilidad del establecimiento de un condicionamiento estructural, a menos que se presente y sustente por las intervinientes el argumento de la empresa en crisis<sup>89</sup>. Así, pues, los condicionamientos estructurales tienen el propósito de reestablecer la competencia efectiva, desde luego cuando ello es posible, es decir, cuando la indebida restricción a la competencia originada de la integración, no se presenta en la totalidad de los mercados relevantes de la operación." Superintendencia de Industria y Comercio. *Resolución No. 17950 del 6 de julio de 2006.*

- 89 Resoluciones 34712 de 2003, 4861 de 2004, 5487 y 33268 de 2005, 34904 de 2006, 9192 de 2007.

