



Revista de
Derecho
Comunicaciones y
Nuevas Tecnologías

**EL POSIBLE IMPACTO DE LA PATENTABILIDAD DEL SOFTWARE
EN LA ECONOMÍA COLOMBIANA**

DAVID ANDRÉS AGUIRRE SORIANO

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho, comunicaciones y Nuevas Tecnologías

N.º 6, Diciembre de 2011. ISSN 1909-7786

El posible impacto de la patentabilidad del *software* en la economía colombiana¹

David Andrés Aguirre Soriano²

RESUMEN

La protección jurídica del *software* a través de copyright para el sistema anglosajón y de derecho de autor para el sistema latino, ha recogido como institución jurídica la tendencia mundial, de protección de este bien incorporeal.

Aunque esta tendencia ha sido muy controvertida desde la academia de la Ciencia Jurídica y Económica, con base a contradicciones normativas ya existentes entre cuerpos normativos que consideran al *software* como una obra del dominio literario objeto de derecho de autor, para el que a su vez se prohíbe expresamente la patentabilidad del mismo y el convenio de la Adpic, que incluye dentro de la materia patentable los productos de cualquier campo de la tecnología, sumado a las decisiones que se han basado en criterios interpretativos tendientes a la protección del *software* a través de patentes.

ABSTRACT

The legal protection of *software* through copyright for the Anglo-Saxon system and of right of author for the Latin system has picked up like legal institution the world-wide tendency, of protection of this incorporeal good.

Although this tendency has been very controverted from academy of Science Legal and Economic, with base to contradictions normative already existing between bodies normative that considers to *software* as work of dominion literary object of right of author, for that it as well prohibits specifically the patentability of the same and the agreement of the Adpic, that includes within the patentable matter products of any field of the technology, added to the decisions that have been based on tending interpretative criteria to the protection of *software* through patents.

1 El presente trabajo corresponde a una inquietud académica, surgida del evento "VII jornadas GECTI de actualización en internet, comercio electrónico, telecomunicaciones e informática", realizado el 11 de noviembre de 2010. Agradecimientos al Doctor Juan Francisco Ortega Díaz, miembro del GECTI, por la colaboración en el presente trabajo.

2 Abogado, investigador en derecho económico, comercial y de las nuevas tecnologías.

Tal es el caso Diamond vs. Diher en Estados Unidos de Norte América y el Caso Sohei en Europa, que si bien no declara al *software* como un producto patentable, abre la puerta a que este se pueda patentar en algunos casos, o dicho de otra forma atenúa dicha prohibición.

De esta circunstancia surge la necesidad de analizar y presentar una mirada, sobre si los efectos de la hipótesis de la patentabilidad del *software* son positivos o negativos en el contexto global, regional y local, para el caso de Estados Unidos de Norte América, la Unión Europea y el caso Colombiano en dos aspectos coyunturales de la economía nacional; la libre competencia y el empleo del recurso humano nacional. Dejando como consecuencia una consolidación de prácticas monopolísticas restrictivas de la competencia y un decrecimiento en la generación de empleo en Colombia, así como la pérdida de los ya existentes.

PALABRAS CLAVE : Derecho y economía, Derecho de propiedad, Derecho de la competencia, Monopolio; Estrategias monopolísticas, Política de defensa de la competencia.

So it is the Diamond case vs. Diher in the United States of America and Case Sohei in Europe, that although it does not declare to *software* like a patentable product, open the door to that this it is possible to be patented in some cases, or said of another form attenuates this prohibition.

From this circumstance the necessity arises to analyze and to present/display a glance, on if the effects of the hypothesis of the patentability of *software* they are positive or negative in the global context, regional and local, for the case of the United States of America, the European Union and the Colombian case in two conjunctural aspects of the national economy; the free competition and the use of the national human resource. Leaving consequently to a consolidation of restrictive monopolistic practices of the competition and a decrease in the generation of use in Colombia, as well as loss of the already existing ones.

KEY WORDS: Straight and economy, Straight of property, Straight of the competition, Monopoly; Monopolistic strategies, Policy of defense of the competition.

SUMARIO

Introducción - I. ACTUAL RÉGIMEN LEGAL DE PROTECCIÓN DEL SOFTWARE E INCORPORACIÓN DE NORMAS ANDINAS: ¿TRANSICIÓN A OTRO RÉGIMEN? - A. *Consideraciones acerca del Derecho de autor, y en referencia al software* - B. *Análisis del Derecho comparado frente a la propiedad intelectual del software* - II. IMPACTO SOBRE LA LIBRE COMPETENCIA - A. *Consideraciones acerca del mercado, y del mercado del software* - B. *Consideraciones acerca de la competencia como concepto jurídico-económico. Análisis del Derecho Comparado* - C. *Consideraciones acerca de la represión de prácticas restrictivas de la competencia, en Colombia* - D. *Consideraciones acerca del efecto sobre la competencia, en el mercado Colombiano* - III. IMPACTO SOBRE EL EMPLEO - A. *El empleo, en relación con la equidad en la Carta Política* - B. *Patentar el software, aporte a la informalidad* - IV. CONCLUSIÓN - Bibliografía

Introducción

La actividad económica dedicada a la informática y tecnología, entre sus múltiples especialidades abarca el sector *software*; sector coyuntural no solo en la evolución tecnológica de un país, sino en el apoyo empresarial para las distintas actividades del comercio.

Debido a múltiples declaraciones hechas por directivos de la compañía Microsoft en la década de los noventa, en las cuales han puesto de manifiesto su interés por proteger la propiedad intelectual del *software* vía patente y no vía Derecho de Autor, y a múltiples circunstancias derivadas de la experiencia del derecho comparado, se ha generado un debate, y una discusión en torno a cual es la forma más conveniente de proteger la propiedad intelectual del *software*, por un lado algunas decisiones judiciales en Estados Unidos, y Europa han dado aportes y elementos que tienden a plantear la posibilidad de que el *software* sea un producto patentable, dado su altura inventiva, para superar las anteriores versiones y dada su prestación industrial.

Contradiendo la teoría tradicional de la propiedad intelectual del *software*, frente a su protección vía derechos de autor; contenida en acuerdos internacionales que por un lado consagran una prohibición expresa de patentar el *software*, y por otro tiene al *software* como un bien sujeto de derecho de autor, considerando al *software* como una forma o modo de expresar una creación del intelecto, una creación del espíritu, no objeto de ser patentable.

Pese a la claridad sobre las disposiciones de la OMPI, y de los acuerdos de Cartagena, frente al régimen común de Derechos de Autor, y régimen común de Propiedad Industrial respectivamente; disposiciones acogidas por el régimen jurídico Colombiano de derechos de autor, en el plano del Derecho Internacional Privado, este tema de la propiedad intelectual, no está muy unificado en cuanto a tratados internacionales se refiere, puesto que el artículo 27 del convenio de la Adpic dispone que es posible obtener derechos de patente, los cuales se podrán gozar sin discriminación del campo de la tecnología, incluyendo dentro de la materia patentable, los productos de tecnología como el *software*.

De esta manera es que el debate ha estado abierto, del cual se generan múltiples interrogantes, como cual es el impacto sobre la competencia en los mercados, el impacto sobre la generación de empleo, e incluso sobre la estabilidad del ya existente, y muchos otros posibles efectos colaterales como el resultado de la inclusión del sector *software* dentro de la órbita de los denominados sectores estructurales; conocidos como los sectores transporte, financiero, energía, minero; entre otros, que por razón de las distintas escalas de capital y estructura empresarial, no son de fácil acceso para pequeños y medianos empresarios.

El impacto sobre la economía Colombiana de la hipótesis, de la patentabilidad del *software* merece ser analizado desde la órbita del derecho privado económico, delimitado a las materias anteriormente mencionadas, con el fin de consolidar un panorama claro de la conveniencia o

inconveniencia de esta hipótesis para los destinos del país.

I. ACTUAL RÉGIMEN LEGAL DE PROTECCIÓN DEL *SOFTWARE* E INCORPORACIÓN DE NORMAS ANDINAS: ¿TRANSICIÓN A OTRO RÉGIMEN?

El *software* es un conjunto de programas, con el cual el usuario realiza distintas actividades; dicho *software* es de dos clases; sistema operativo “*operating systems*”, que es el que permite grabar, leer del disco, apagar, activar, etc., el cual está constituido por varios *software* de aplicación “*applications*”, y a su vez es el que le da operabilidad a la mencionada aplicación, el segundo permite calcular, crear bases de datos, realizar diapositivas, realizar planos, etc.

Así las cosas, un *software* son todos aquellos programas o aplicaciones escritas en lenguaje computacional, que le indica al computador las diversas operaciones o tareas que debe realizar.

El sistema operativo que está constituido por varios grupos de *software* de aplicación, es el programa responsable de controlar la computadora en funciones básicas como; interpretar órdenes o comandos, funcionando como un traductor entre el usuario y la maquina simplificando su manejo, organizar la información, administrar los recursos del computador, coordinar y manejar el *hardware*; entre otros³.

La elaboración de un *software* tiene como pre-

supuesto, todo un proceso creativo, donde además de la utilización de un conjunto de recursos literarios como: palabras, letras, números, signos y marcas convencionales, se utilizan recursos gráficos como: el organigrama, la carta de flujo, así como también se utilizan recursos lógicos y matemáticos como, el algoritmo⁴.

La definición técnica del párrafo anterior, en contraste con la definición jurídica, contenida en el decreto 1360 de 1989, esta adecuadamente recogida dado que menciona que el *software* es un conjunto organizado de instrucciones, plasmado en formas de lenguaje natural o codificado, lenguaje o expresión que no es otra, que través de recursos literarios, gráficos, y lógicos como lo plantea la definición técnica en comento.

El Decreto 1360 de 1989, normativa que engloba una extensión regulatoria encaminada al manejo de sistemas de información y procesamiento de datos en la administración pública, define el *software* como:

“la expresión de un conjunto organizado de instrucciones, en lenguaje natural o codificado independientemente del medio en que se encuentre almacenado, cuyo fin es el de hacer que una máquina capaz de procesar información, indique, realice, u obtenga una función, una tarea o un resultado específico”.⁵

Dado el predominio de la protección de la propiedad intelectual del *software*, a través de

3 Caro, E. Guía práctica para la enseñanza de informática básica. Ed. UPTC, Tunja, 2004, Pág. 11.

4 Ibíd.

5 Decreto 1360 de 1989.

Derecho de autor, en la Comunidad Andina y en otras regiones del mundo, los organismos multilaterales andinos han establecido en sus tratados, disposiciones que han reforzado y complementado los regímenes de protección de esta forma especial de la propiedad en países miembros como Colombia.

Los tratados de los organismos multilaterales andinos que versan sobre esta materia fundamentalmente son:

Decisión 351 del acuerdo de Cartagena, promulgado el 17 de Diciembre de 1993, Régimen común sobre Derechos de Autor y derechos conexos y la decisión 486 del acuerdo de Cartagena, régimen común de propiedad industrial, disposiciones que han sido apropiadas e incorporadas por el ordenamiento jurídico Colombiano, en disposiciones como la Ley 23 de 1982, norma encaminada a la protección del derecho de autor, disposición que fue modificada por la Ley 44 de 1993 y por la decisión 351 de 1993, toda vez que este último hace directa referencia a los programas de ordenador dentro de las obras protegidas a través del derecho de autor.

Esta anterior tesis acogida por la legislación colombiana vigente, y a su vez complementada por el tratado anteriormente mencionado, se refuerza con la decisión 486 del 2000⁶ del acuerdo de Cartagena, disposición que prohíbe expresamente al *software* dentro de la materia patentable.

Lo anterior bajo la misma línea de protección

del *software* de la OMPI, y su tratado sobre derechos de autor del 20 de diciembre de 1996, en el que se incluyó la protección del *software* como obra literaria en los términos del artículo segundo del convenio de Berna, convenio ratificado por Colombia mediante la Ley 565 de 2000.

De los mencionados tratados de los organismos multilaterales naturalmente se deriva normatividad tendiente a la protección del *software* a través de derecho de autor en Colombia, verbigracia el Estado Colombiano a través del Ministerio del Interior, Justicia Y del Derecho, y su entidad adscrita, Dirección Nacional de Derechos de Autor, tiene la función de conceder el registro de los Derechos de Autor sobre el *software*, en los términos establecidos por la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 7°, por el cual se adopta el régimen común sobre Derechos de Autor y conexos.

Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.

No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial⁷.

Por otro lado, el instrumento procesal preponderante, como medida cautelar en un eventual proceso judicial de protección jurídica del *soft-*

⁶ Sustituyó la decisión 344 de 1994, régimen común sobre la propiedad industrial en los términos del artículo 27 del acuerdo de Cartagena.

⁷ Decisión 351 de 1993, del acuerdo de Cartagena, promulgada el 17 de Diciembre de 1993. Régimen común sobre derechos de autor y derechos conexos.

ware, es la diligencia previa de decomiso y secuestro preventivo de *software* y *hardware*, medida contemplada en la decisión 351 de 1993, en su artículo 56, inciso b y c, en caso del uso de programas de ordenador sin las licencias otorgadas por el titular de los derechos.

Concordado a su vez con el Código de Procedimiento Civil Colombiano en su artículo 14, inciso 4: competencia de los Jueces Municipales en única instancia, remitiendo a los procesos verbales de que trata el artículo 435, inciso noveno del mismo ordenamiento que establece: los asuntos relacionados con los derechos de autor previstos en el artículo 243 de la Ley 23 de 1982, como de competencia de los Jueces Civiles Municipales en única instancia, por el factor naturaleza del asunto.

La autoridad nacional competente, podrá ordenar las medidas cautelares siguientes:

- a) El cese inmediato de la actividad ilícita;
- b) La incautación, el embargo, decomiso o secuestro preventivo, según corresponda, de los ejemplares producidos con infracción de cualquiera de los derechos recodidos en la presente Decisión;
- c) La incautación, embargo, decomiso o secuestro, de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito.

Las medidas cautelares no se aplicarán respecto del ejemplar adquirido de buena fe y para el exclusivo uso personal.

A. Consideraciones acerca del Derecho de autor, y en referencia al software

Es la protección a la creación intelectual, en su derecho de propiedad, “la concepción jurídica latina del Derecho de Autor es esencialmente individualista. Originada en los decretos de la asamblea constituyente de la revolución francesa y formada en los países de Europa continental, considera el Derecho de Autor como un derecho personal e inalienable del autor - persona física, a controlar el uso de las obras de creación, fue seguida por los países iberoamericanos y también por numerosos países del África y del este de Europa”⁸.

Algunos tratadistas han clasificado los instrumentos de protección del Derecho de Autor, según los dos sistemas jurídicos mas tenidos en cuenta por la doctrina; *sistema latino o continental*, y *sistema del common law*.

- El sistema *latino o continental* del que sigue la tradición el sistema jurídico colombiano en materia de Derecho de autor, protege básicamente los derechos patrimoniales y los derechos morales; los derechos patrimoniales consisten en el derecho a obtener un reconocimiento económico por la explotación o divulgación de la obra, estos recaen sobre el titular del derecho, que puede no ser únicamente el autor, puesto que estos derechos son transmisibles por causa de muerte, transmisibles por actos entre vivos, así como también tienen el carácter de ser renunciables⁹.

8 Álvarez, María Yolanda. Derecho de autor y el software, Ed. Diké, 1ª edición, Medellín, 1999. Pág. 51.

9 Álvarez, María Yolanda. Derecho de autor y el software, Ed. Diké, 1ª edición, Medellín, 1999. Pág. 52.

Los derechos morales de autor consisten en ese reconocimiento de la paternidad del autor sobre la obra, son derechos personalísimos por ser intransferibles de manera alguna, e irrenunciables puesto que aun posterior a la muerte del autor, este conserva el reconocimiento de la paternidad sobre la obra, y esta a su vez conserva su integridad, respecto de cualquier modificación que pueda perjudicar el honor o la reputación del autor.¹⁰

- El sistema *del common law*, contiene al *copyright*, que es un sistema de protección, el cual opera en países como Gran Bretaña, Estados Unidos de Norteamérica, Australia, Israel, Canadá y otros países de la Commonwealth, cuyos regímenes jurídicos tienen la base en el derecho consuetudinario, es decir el que se crea a través de las decisiones judiciales.¹¹

El *copyright* en el sistema jurídico del *common law* protege las obras originadas en actividades técnico-organizativas, colectivas, que no tienen naturaleza autoral; tales como las producciones cinematográficas, producciones sonoras, ediciones bibliográficas, y organizaciones de radiodifusión, entre otros, amparando el derecho de poder generar copias o reproducciones de una obra.¹²

El titular de este derecho en la mayoría de los casos puede ser una empresa editorial, un empresario de la industria cinematográfica o de la

difusión cinematográfica, quien es el titular de los derechos patrimoniales respecto del lucro obtenido producto de la reproducción, por ende está facultado para autorizar la divulgación o reproducción de la obra.¹³

El *copyright* también protege los derechos morales, como son; el de reclamar el reconocimiento de la autoría de la obra, y el de exigir que la obra se conserve íntegramente sin ninguna modificación.

El sistema jurídico latino, en relación con el sistema jurídico del *common law*, presentan claras diferencias, naturalmente por tratarse de dos sistemas jurídicos de distinto esquema en cuanto a las fuentes de Derecho.

El sistema jurídico latino se diferencia del sistema del *common law* en relación a *Los Derechos Patrimoniales*, en que, en el sistema latino, la protección sobre la explotación que se le da a este derecho es abierta, no regulada, es decir que para este derecho patrimonial, en este sistema, el legislador teniendo en cuenta el interés general permite que se utilice la obra gratuitamente sin autorización previa del autor, en determinados casos, y bajo mínimos requisitos, por ejemplo la reproducción de breves extractos para fines académicos y sin ánimo de lucro, o con el simple pago de una suma, en el caso del uso de una obra musical de un compositor, en un establecimiento público, también se permite abiertamente bajo mínimos requisitos.¹⁴

10 Ibid.

11 Ibid.

12 Ibid.

13 Ibid.

14 Ibid. p. 53.

Mientras que en el *common law* la protección que se le da a este derecho va más allá de la permisividad de utilizar la obra sin autorización expresa del autor, en determinados casos, y bajo mínimos requisitos como los ya mencionados para el sistema latino, sino que toda posibilidad de utilización de la obra queda sometida a lo regulado y a lo tipificado por la ley expresamente, es decir que en este sistema la protección del derecho patrimonial es totalmente regulada, y no abierta al público por disposición expresa del legislador bajo mínimos requisitos.¹⁵

Por otro lado el sistema jurídico latino se diferencia del sistema del *common law* en relación a *Los Derechos Morales*, en que, en el sistema latino el reconocimiento de estos derechos esta contenido a nivel legal en un conjunto normas especiales, mientras que en el *common law* el derecho moral ha sido protegido de una manera más limitada, no obstante, algunos países como Estados Unidos de Norte América, Canadá, Israel, y Gran Bretaña, no lo protegen a través de un conjunto de disposiciones especiales, como es el caso del sistema latino, sino a través del copyright, en el cual se consideró que el Derecho Moral quedaba plenamente amparado a través de este. Fuera de las leyes del copyright su defensa genérica se deriva de la aplicación de leyes sobre competencia desleal, comercio, derecho a la privacidad y derecho de obligaciones.¹⁶

La legislación Colombiana sobre Derecho de Autor, protege en primera categoría a las obras lite-

rarias, obras artísticas, obras científicas, obras musicales, dibujos técnicos, obras fotográficas, obras cinematográficas, y en segunda categoría la legislación colombiana sobre derechos de autor también protege las obras de artes aplicadas como lo es la joyería artística, lámparas, papeles de tapizar, muebles y grabaciones fotográficas o de sonido.

El Derecho de autor tiene por fundamento la protección de la creación intelectual original, es decir las anteriormente mencionadas, contenidas en la ley, dentro de las cuales se concibe por disposición expresa de la decisión andina 351 de 1993 del acuerdo de Cartagena¹⁷, que el *software* se asimila como una creación intelectual original, puesto que se considera que esta última también es una forma de exteriorizar o de expresar dicha creación intelectual, sin que importe su mérito.

La Ley 23 de 1982 ha sido reglamentada por varios decretos y modificada especialmente por la Ley 44 de 1993 y la decisión 351 de 1993, esta última es el régimen común sobre derechos de autor y derechos conexos, promulgada por la decisión del acuerdo de Cartagena en diciembre de 1993 en Lima Perú, disposición que en su artículo tercero consagra:

Programa de ordenador (*software*): expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador, un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones, ejecute

15 Ibid.

16 Ibid.

17 Régimen común sobre derechos de autor y derechos conexos.

determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso¹⁸.

De esta disposición se conceptúa que el *software* es una manifestación de una nueva creación del ingenio humano, al catalogarse como una mera idea, e identificarse como la expresión de un conjunto de instrucciones.

El artículo segundo de la Ley 23 de 1982 describe el objeto del Derecho de Autor de una manera muy semejante, a como lo describe la decisión 351 de 1993 del acuerdo de Cartagena¹⁹, con la excepción de que el último hace referencia directa a los programas de ordenador, dentro de las obras protegidas.

La parte del artículo en comento expresa un principio general de protección que vislumbra el objeto del Derecho de Autor: “Toda producción del dominio científico, literario, o artístico que pueda reproducirse o definirse por cualquier forma de impresión o reproducción, o radiofonía, radiotelefonía, o cualquier otro medio conocido o por conocer”.²⁰

La protección de la propiedad intelectual, en la rama del Derecho de Autor, se diferencia de la protección de la propiedad intelectual, en la rama de la propiedad industrial vía patente para

el caso del *software*; en que el derecho de autor nace con la mera creación sin que importe su mérito, mientras que la patente es un título concedido por el estado vía resolución administrativa, con el previo cumplimiento de una serie de rigurosos requisitos.

Otra diferencia radica en que las también llamadas obras del espíritu son creaciones que en circunstancias de tiempo y lugar se agregan sin sustituirse, unas por otras, a diferencia de las nuevas invenciones de prestación industrial, que se constituyen como aportes al progreso de la técnica, y a superar las leyes y las fuerzas de la naturaleza.

Otra diferencia entre protección de la propiedad intelectual, vía registro de Derechos de Autor y vía título de patente, radica en que el *ius utendi* y el *ius prohibendi*, es decir el derecho de uso, y el derecho de prohibir a otros dicho uso, aplica para el registro de Derecho de Autor, mientras que para el título de patente, solo aplica el *ius utendi* o derecho de uso, el *ius prohibendi* o derecho de prohibición, es reemplazado por el derecho de exclusividad, para hacer precisión conceptual.

El *software* como bien inmaterial, que para la finalidad mercantil se le denomina como bien intangible, compuesto por derechos reales como por ejemplo el derecho de dominio o de propiedad, dentro del régimen de propiedad intelectual como forma especial de la propiedad se protege vía Derecho de Autor, y no vía patente. El *software* tiene connotaciones más de una obra literaria, artística o científica, por ende se asume como una creación intelectual, y no como una prestación industrial.

18 Decisión 351 de 1993, del acuerdo de Cartagena, promulgada el 17 de Diciembre de 1993. Régimen común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos.

19 Álvarez, María Yolanda. Derecho de autor y el *software*, Ed. Diké, 1ª edición, Medellín, 1999. Pág. 69.

20 Artículo 2º, Ley 23 de 1982.

B. Análisis del Derecho comparado frente a la propiedad intelectual del software

El Derecho comparado ha arrojado unas muy interesantes tesis que jurisprudencialmente complementan y enriquecen el componente sustantivo del Derecho de Patentes y del Derecho de Autor, que controvierten la anterior tesis del tratamiento que se le da al *software* dentro de la legislación regional y colombiana.

En sentencia del Tribunal supremo de EE.UU. del 3 de marzo de 1981, caso “*Diamond vs. Diehr, 450 U.S. 175 (1981)*”, el tribunal no toma el *software* como una cosa de carácter autónomo, sino como una cosa con carácter de invención, presentando el planteamiento de invención = innovación, por ende establece un precedente de una posible patentabilidad de *software*.

En sentencia del Tribunal de Justicia Alemán, como principal antecedente jurisprudencial en Europa, respecto del caso Sohei²¹, en 1994, ate-

21 V Lex: Decisión Sohei publicada en T 769/92, A partir de la cual la Oficina Europea de Patentes (OEP) comenzó a conceder patentes (25.000 apróx.) para invenciones implementadas en ordenador que están integradas o son parte fundamental de otro ordenador.

La problemática de la protección del *software* a través del derecho de patentes va camino de convertirse en una discusión clásica en el ámbito de la propiedad industrial. Sin entrar en un examen detenido, ajeno al objeto de este trabajo, si es preciso observar que desde los años sesenta las posiciones más estrictas a favor de la exclusión del *software* del ámbito de protección del derecho de patentes han venido sufriendo un desgaste significativo, evolucionando hacia posiciones más tolerantes. Así, tanto en la jurisprudencia norteamericana (*Diamond v. Dieher* (209 USPQ1. 1989), *Diamond v. Bradley* (209 USPQ 97. 1981), como en la doctrina sentada por las Cámaras de Recursos de la Oficina Europea de Patentes con base a los casos Sohei e IBM, se ha demostrado una mayor apertura permitiendo la patentabilidad de invenciones en los que los programas de ordenador que están integrados o son parte fundamental.

De igual modo, en el ámbito legislativo también se han producido algunos avances aperturistas tales como el art. 27.1 Adpic, en el que se señala que las patentes podrán obtenerse para todas las invenciones,

núa la prohibición de la patentabilidad del *software*, aunque no regula expresamente dicha atenuación de tal prohibición, estableciendo que si bien el *software* se protege vía derechos de autor, si este se encuentra dentro de un elemento patentable, este debe ser protegido vía patente²².

Los anteriores planteamientos fundamentados en disposiciones de Derecho internacional, como en convenios de la Adpic, en cuanto a la atenuación de la prohibición de la patentabilidad del *software* tiene unos fundamentos de derecho sustantivo, que llevados a la interpretación de si el *software* es patentable, o debe protegerse vía derechos de autor, seguramente el convenio de la Adpic en su artículo 27, fundamenta en derecho la atenuación de dicha prohibición, como consta en el derecho comparado, pero se hace indispensable el análisis del impacto en la economía colombiana del fenómeno de una patentabilidad del *software*.

La decisión 486 del acuerdo de Cartagena prohíbe expresamente la patentabilidad del *software* por dos razones fundamentales, una es por el impacto sobre la competencia comercial, y otra es por razón de la finalidad del *software*.

La decisión 486 del acuerdo de Cartagena en su artículo 15, inciso e) consagra la imposibilidad de patentar el *software*, por este no consi-

sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología. Así, el *software* sería susceptible de hallar acomodo dentro de esta definición, máxime cuando en el régimen de exclusiones previsto en los párrafos segundo y tercero de la misma norma no se incluyen a los programas de ordenador. Para un comentario más detallado.

22 Hein on Line, Base de datos de la Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.

derarse una invención²³, esta disposición prohíbe expresamente la patentabilidad del *software* por lo tanto la propiedad intelectual sobre este bien, vía derechos de autor nace con la mera creación, y no con la resolución que otorga el título de patente expedida por el estado.

Pese a lo anterior, existen dos contradicciones normativas frente al tema de la patentabilidad del *software*; por un lado se encuentra la prohibición expresa consagrada en la decisión 486 del 2000 del acuerdo de Cartagena, contenida en su artículo 15 inciso e²⁴, que dice: “no se consideran invenciones [...] Los programas de ordenadores o el soporte lógico, como tales”, y por otro lado se encuentra la inclusión dentro de la materia patentable, de los productos de tecnología, establecidos en la parte segunda, sección quinta, en su artículo 27 del convenio de la Adpic párrafo 1.²⁵

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 65, en el párrafo 8 del artículo 70 y en el párrafo 3 del presente artículo, las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país.

Esta contradicción tiene como implicación, la ausencia de un cuerpo normativo y jurisprudencial,

unificado en materia internacional, sobre *software* como objeto de protección a través de derecho de autor, que puede llegar a acrecentar los ambiguos criterios interpretativos sobre la propiedad intelectual del *software*, en nuevos casos que se susciten ante los tribunales internacionales, ampliando la entrada al crecimiento de una nueva corriente jurídica que se oponga a la tendencia mundial.

II. IMPACTO SOBRE LA LIBRE COMPETENCIA

La economía de mercado, y su dinámica del libre mercado, que corresponde a la regulación económica invisible, derivada de la teoría de la oferta y la demanda, es un esquema que en algunos sectores de la mencionada, se encuentra mezclado con la supervisión y regulación de la administración pública, tal como es el modelo económico ecléctico consagrado en la Constitución Política, la cual en su artículo 333 establece el modelo económico liberal clásico, y en su artículo 334 establece el modelo económico intervencionista.

El mercado es el escenario en el cual la competencia comercial por el posicionamiento de un producto, frente a los clientes inmediatos (distribuidores y comercializadores), y frente a los mercados finales (consumidor final para el que se fabrican los artículos), opera dentro de dinámicas que elevan los estándares de calidad y sustancia de la producción, así como de la oferta de los competidores, bajo la supervisión del estado.

23 Decisión 486 del 2000 del acuerdo de Cartagena. Régimen común de propiedad industrial.

24 *Ibid.*

25 Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio.

Dicho escenario puede ser un lugar físico o virtual, en el cual se manifiesta dicha dinámica de la oferta y la demanda.

A. Consideraciones acerca del mercado, y del mercado del software

El mercado es el objetivo de la producción, definido como un conjunto de consumidores individuales que pueden, quieren y están dispuestos a comprar un producto dado, este tiene que definirse, clasificarse, evaluarse, interpretarse y medirse como precepto para la fabricación de una mercancía.²⁶

El mercado del producto o del fabricante suele dividirse en dos partes; por un lado los clientes inmediatos que son los mayoristas y los minoristas a los que vende, y por otro el mercado final: los diferentes consumidores para los que se producen o se fabrican los artículos, puesto que el mercado final es la guía final para la actividad mercantil y el mercado inmediato depende indudablemente del mercado final.²⁷

Los estudios de factibilidad sobre la demanda de los productos fabricados se realizan teniendo en cuenta el mercado y sus tipos de datos; que pueden ser *cuantitativos* referente a tendencias económicas, distribución de la población entre otros factores, y *cualitativos* como el referente al elemento psicológico del consumidor individual, que lo lleva a comprar o consumir un determinado producto, concomitantemente, hay

que estudiar la competencia en relación con las posibilidades del mercado en general.²⁸

Para el caso del mercado del *software*, según estudios del MIT hay cinco principios específicos para competir en este sector, que han sido seguidos no solo por las grandes compañías, sino por otras empresas que compiten en este mercado, combinando y unificando todos estos principios en una sola industria.²⁹

Estos principios son:

- Incursionar en mercados masivos en evolución en etapas tempranas o estimular nuevos mercados con productos *buenos* que fijen los estándares industriales.
- Mejorar en forma gradual nuevos productos y, de manera periódica, hacer obsoletos a los productos viejos.
- Impulsar el volumen de ventas y los contratos exclusivos para asegurar que los productos de la compañía se conviertan y permanezcan como estándares de la industria
- Aprovechar el hecho de ser proveedor estándar de nuevos productos y vínculos de productos.
- Integrar, extender y simplificar productos para alcanzar nuevos mercados masivos.³⁰

26 Céspedes Sáenz, Alberto. Principios de Mercadeo. Ed. ECOE, 4ª edición, Bogotá DC., 2005, Pág. 9.

27 *Ibíd.*

28 Céspedes Sáenz, Alberto. Principios de Mercadeo. Ed. ECOE, 4ª edición, Bogotá DC., 2005, Pág. 9.

29 Capítulo 3 del estudio del MIT; explica la diversidad de ofertas de producto que el personal de Microsoft ha creado y la manera como la compañía utiliza estos productos para competir en un número creciente de mercados masivos relacionados con el software de las PCs.

30 Michael A. Casumano, Richard W. Selby. El secreto de Microsoft. Ed. PHH S.A., México, 1996, Pág. 127. Estudio iniciado en Marzo de 1993,

Los cinco principios engloban una estrategia encaminada a la competencia con productos y estándares, titulada como la estrategia de *ser pioneros y orquestar mercados masivos en evolución*.

En el marco de un proyecto de investigación del MIT (Massachusetts Institute Tecnological), iniciado en el año 1993 por los académicos Michael A. Casumano y Richard W. Selby, con el objeto de comparar el manejo del diseño del producto en empresas de *software* para PC, con el de empresas más antiguas que fabrican productos de *software* para mini computadoras y macro computadoras (servidores), se concluyó que Microsoft lograba mantenerse en la cúspide de la industria, mientras que otras compañías que habían surgido al mismo tiempo, en la década de los setenta ya habían desaparecido, a causa de que algunas empresas no habían materializado e instaurado de forma consistente los principios específicos anteriormente mencionados, como si fue el caso de Microsoft, principios contenidos en la estrategia de *ser pioneros y orquestar mercados masivos en evolución*, para la competencia en el mercado del *software*.³¹

En relación a la industria del *software*, algunos datos de este mercado, tomados entre 1993 y 1995; segmento de tiempo en el que Microsoft incorpora MS-DOS dentro de Windows 95, cuya fe-

cha de lanzamiento al mercado estaba programada para agosto de 1995.³²

Microsoft representó por lo menos el 80% de las ventas de nuevos sistemas operativos para PC de escritorio que se han vendido a razón de 40 millones de unidades por año. (OS/2 de IBM) contribuyó con alrededor del 10% de este mercado. Windows y MS-DOS son los dos productos de sistemas de mayor venta, respectivamente.³³

MS-DOS también es líder en base instalada, y aparece en 140 de los 170 millones de máquinas de usuarios de la PC en todo el mundo; cerca de 70 millones de estos también utilizan Windows. Aunque Microsoft ha incorporado MS-DOS dentro de Windows 95 (cuya fecha de lanzamiento al mercado estaba programada para agosto de 1995, y ya no va a vender muchas copias de aquel como sistema operativo separado, MS-DOS ha fungido como una autentica mina de oro desde 1981, ha proporcionado grandes flujos de ingresos y alrededor del 25% de las ganancias de la compañía durante muchos años, con mínimos costos de soporte y desarrollo.

En 1994 Windows y MS-DOS juntos produjeron cerca de 1000 millones de dólares en ventas para Microsoft; cerca del 80% de estas vinieron de canales estables de OEM (fabricantes de equipo original), como Compaq y Dell Computer.³⁴

Office, o uno de sus grandes componentes Word y Excel, tuvo cerca de treinta millones de usua-

como parte de un proyecto en el MIT, con el fin de comparar el manejo del diseño del producto en empresas de software para PC, con el de compañías más antiguas que fabricaban productos de software para macrocomputadoras y minicomputadoras.

31 Michael A. Casumano, Richard W. Selby. El secreto de Microsoft. Ed. PHH S.A., México, 1996, Pág. IX.

32 Ibid. p. 135.

33 Ibid.

34 Ibid.

rios y, en conjunto, produjeron otros 1.7 billones de dólares, así como cerca de la mitad de las ganancias de Microsoft.³⁵

Microsoft tuvo una participación de mercado más baja, y un arranque más lento, en productos de aplicaciones y de redes. Solo obtuvo cerca del 10 % del mercado de hojas de cálculo y 15 % del de procesadores de texto, antes de la introducción en 1990 de Windows 3.0 y el conjunto de aplicaciones Microsoft office. Para 1995, sin embargo, Microsoft se atribuyó alrededor del 60 % de ventas nuevas en estas dos principales categorías de aplicación para PC, con Word y Excel en calidad de líderes para computadoras Windows y Macintosh. Por si solo, office tiene cerca del 70 % del mercado creciente de conjuntos y aplicaciones.³⁶

Microsoft solo tiene un escaso porcentaje de los mercados de herramientas y aplicaciones más avanzadas para manejo de bases de datos, así como para sistemas operativos en red para corporaciones. Sin embargo, a pesar de su reciente incursión en estos segmentos y en varios productos dirigidos a los usuarios corporativos (como Windows NT 3.5), ahora se venden bien.³⁷

En general, por un gran trecho, Microsoft tiene el portafolio de productos más amplio de la industria del *software* para PC. Ofrece desde sistemas de programación hasta sistemas de red en línea, incluidos complicados sistemas de ofici-

na, así como productos para niños y principiantes en computación. Sus ventas aproximadas por seis millones de dólares para el año fiscal que culmina en junio de 1995 empujan a las de aquellos competidores que de manera única o principal se dedican al *software* para PC. (Los ingresos en el ejercicio fiscal de 1994 fueron de casi 2 billones de dólares para Novell, incluida la división de Wordperfect, y de menos de un millón de dólares para Lotus.)³⁸ Sobre posicionándose en una posición dominante en el mercado, valga la redundancia, manifestando prácticas restrictivas de la competencia.

Microsoft no tiene posiciones dominantes fuera de las principales aplicaciones de mercado masivo; sin embargo, la compañía plantea serios retos para los competidores en casi todas las áreas importantes que extienden la PC. El objetivo de Microsoft según afirma Mike Maples, ha sido concentrarse en los nuevos mercados donde las ventas y las ganancias potenciales tienen un monto importante.³⁹

B. Consideraciones acerca de la competencia como concepto jurídico-económico. Análisis del Derecho Comparado

La competencia comercial, y el derecho que regula las prácticas restrictivas de la misma, implica que la regulación de la actividad comercial tiene como presupuesto la tutela de intereses indispensables entre los particulares y por tal

35 Ibid.

36 Ibid.

37 Ibid. p. 136.

38 Ibid.

39 Ibid.

razón, sus elementos deben ser rápidos, ágiles, y dinámicos.

El Derecho de la libre competencia es una rama del Derecho Mercantil altamente coyuntural en el desarrollo económico e industrial de un país, de ahí la altísima responsabilidad y riesgo sobre disposiciones que pasen de la protección y promoción de la libre competencia, y el control y represión de las prácticas restrictivas, a una obstrucción de la iniciativa del comerciante, cuyo interés de obtención de lucro es la espina dorsal de la actividad comercial.

La concepción positivista de prácticas restrictivas de la libre competencia, es un concepto variable según las circunstancias existentes en los mercados; es decir que es probable que una compañía se encuentre en posición dominante dentro de un mercado, pero puede que en otro no, dejando como resultado una relativa concepción de practica restrictiva, planteando de esta manera el carácter dinámico que rodea las distintas regulaciones en esta materia.

El Derecho antimonopolios, y el que rige los actos de imitación mercantil proscritos por la regulación vigente, engloban la esfera del Derecho de la libre competencia, el cual se ha ido moldeando, a través de decisiones de política pública, dentro de un enfoque de tópicos examinados bajo la óptica del amparo del interés particular de los comerciantes, abarcando aspectos como celebración de contratos mercantiles, unificación de las políticas de precios de determinados sectores, que bajo la dinámica del Derecho de la libre competencia entraron al examen y al sistema de regulaciones, debido al

impacto que los anteriores ítems tienen sobre el mercado.

El Derecho antimonopolios en la esfera del Derecho Comparado en Estados Unidos y en Europa:

El caso “United States of America Plaintiff Vs Microsoft Corporation, civil action 98-1232 (CKK) (2002)”⁴⁰, demanda que se fundó en los siguientes hechos: la vinculación del explorador de Internet con el sistema operacional de Windows, la imposición de condiciones de comercialización restrictivas, y las amenazas de la negativa unilateral a contratar, formuladas contra varios distribuidores de equipos de computación, fueron entre otras las conductas que se investigaron.

Está claro que el propósito de los usuarios de las anteriores conductas, claramente proscritas por las leyes Antitrust de los Estados Unidos de Norte América, fue el de monopolizar y concentrar la oferta de determinados productos ofrecidos por los competidores de Microsoft, a través del ejercicio de prácticas de competencia desleal, materializadas en prácticas excluyentes.

El Juez de primera instancia Thomas Penfield Jackson de la Corte del Distrito de Columbia, quien posteriormente fue remplazado por otro Juez Federal, con quien se continuó el proceso, había decidido en principio que las conductas de los directivos de la compañía, constituían prácticas restrictivas contra la competencia, por ende el fallo en principio había ordenado la divi-

40 Estados Unidos de Norteamérica, Corte del Distrito de Columbia. Acción civil No. 98 - 123. United States of America Plaintiff Vs Microsoft Corporation.

sión de la compañía, pero en el año 2002, Microsoft realizó un acuerdo con los demandantes, a través del cual se comprometió a cesar con el ejercicio de prácticas excluyentes tendientes a la monopolización, y a replantear aspectos en la comercialización de los productos, y de esta manera el proceso finaliza sin mayores consecuencias para Microsoft,⁴¹ este mismo acuerdo se intentó con las autoridades comunitarias europeas, pero este no prosperó de igual forma, como se puede ver a continuación.

Ante la Comisión Europea, el caso Sun Microsystems VS. Microsoft⁴², por la negativa a suministrar información de su sistema operativo para computadores personales, necesaria para la interoperabilidad eficaz con los sistemas operativos producidos por Sun Microsystems para servidores de grupos de trabajo, a su vez oficiosamente se investigó el hecho de enlazar el reproductor de contenido multimedia Windows Media Player, con el sistema operativo Windows, producido también por Microsoft, afectando el mercado de reproductores de multimedia.

Este proceso a diferencia del caso en Estados Unidos que terminó vía acuerdo, llegó hasta su etapa resolutoria.

La decisión adoptada por la Comisión Europea:

a) Microsoft deberá, dentro de los 120 días siguientes a la notificación de la presente decisión, hacer disponible la información de in-

teroperabilidad, a cualquier participante en el mercado que tenga interés en desarrollar y distribuir productos relacionados con sistemas operacionales para servidores de trabajo en grupo y deberá, en términos racionales y no discriminatorios, permitir el uso de información de interoperabilidad a dichos participantes en el mercado, con el fin de que desarrollen y distribuyan productos relacionados con sistemas operacionales para servidores de trabajo en grupo”,⁴³

b) Microsoft deberá, dentro de los 90 días siguientes a la notificación de la presente decisión, ofrecer una versión completamente funcional del sistema operacional Windows Client PC Operating System que no incorpore Windows Media Player,” es decir no ofrecer los dos productos de forma integrada⁴⁴.

La Comisión Europea resuelve que la conducta de Microsoft vulnera la competencia en los mercados de sistemas operacionales para servidores de trabajo en grupo, al igual que en el mercado de reproductores de multimedia, constituyendo Microsoft un abuso en la posición dominante, con repercusiones negativas para el comercio entre los estados miembros.⁴⁵

El análisis del Derecho comparado deja la experiencia de que, pese a que el *software* siendo protegida su propiedad intelectual a través de Derecho de autor, y no de patente, evidencia una clara tendencia hacia el aprovechamiento del fenómeno del monopolio de hecho consolidado

41 Zuleta Londoño, Alberto. Colección de Derecho Privado y globalización, Tomo I, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá DC., 2005, Pág. 540.

42 Autoridades Comunitarias Europeas. Caso Sun Microsystems vs. Microsoft. COMP/C-3/37.792. (2004) Números (992) y (993)

43 Ibíd.

44 Ibíd.

45 Zuleta Londoño, Alberto. Colección de Derecho Privado y globalización, Tomo I, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá DC., 2005, Pág. 544.

en el mercado de sistemas operacionales para computadores personales, evidenciando el riesgo de la tendencia a monopolizar este sector incluso en mercados extranjeros, creando graves repercusiones monopolísticas, no solo sobre los mercados ya existentes de sistemas operativos, sino sobre otros sectores como el de aplicaciones, exploradores de Internet, reproductores de multimedia, y de sistemas operacionales para servidores de trabajo en grupo.

Lo anterior genera una exclusión y una restricción del acceso a los mercados de los demás países, de la cuota del mercado mundial, de lo cual se puede inferir que por razones de competencia, no es conveniente que el software se proteja a través de título de patente.

C. Consideraciones acerca de la represión de prácticas restrictivas de la competencia, en Colombia

La represión de prácticas anticompetitivas a nivel interno para el caso de Colombia está a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de su delegatura para la Protección de la Competencia, por ministerio del artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, que denomina a las Superintendencias como, autoridad judicial especializada en su respectiva materia, la Ley 446 de 1998, disposición que reconoce a la Superintendencia de Industria y Comercio atribuciones y facultades de control y represión de prácticas restrictivas de la competencia, como también de las mismas facultades para el control y represión de actos de competencia desleal, y el Decreto 2153 de 1992, entre otras disposiciones, el cual prevé prerrogativas

procesales para el investigado dentro del régimen instrumental del Derecho de la Competencia.

Frente a la represión de prácticas restrictivas de la competencia, como lo son las tendientes al establecimiento de monopolios de hecho, como lo muestra el caso Microsoft en Europa,

el Derecho de la Competencia ha establecido algunas prerrogativas procesales denominadas como *ofrecimiento y aceptación de garantías*, que según el análisis jurídico procesal del Decreto 2153 de 1992, son prerrogativas tendientes a proteger los intereses del investigado y no al amparo de los del presunto afectado por la conducta.⁴⁶

Tal como en el caso, “United States of America Plaintiff Vs Microsoft Corporation, 98-1232 (CKK) (2002)”, en el que pese a que un juez en primera instancia, que a la postre por polémicas calificaciones ofensivas en los medios de comunicación contra Microsoft, fue recusado y reemplazado para continuar el proceso, había decidido en principio que las conductas de los directivos de Microsoft, constituían prácticas restrictivas de la competencia, por consiguiente el fallo en principio había ordenado la división de la compañía⁴⁷.

En el año 2002, Microsoft realizó un acuerdo con los demandantes, a través del cual se com-

46 Procedimientos de ofrecimiento de garantías. Artículo 1 del Decreto 3523 de 2009; Artículo 16 de la Ley 1340 del 24 de julio de 2009.

47 Estados Unidos de Norteamérica, Juez Thomas Penfield Jackson, Corte del distrito de Columbia. Acción Civil No. 98 - 123. United States of America Plaintiff Vs Microsoft Corporation.

prometió a cesar con el ejercicio de prácticas excluyentes tendientes a la monopolización, y a replantear aspectos en la comercialización de los productos, y de esta manera el proceso finaliza sin mayores consecuencias para Microsoft. Tal como es política de la división Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica.

En el caso Colombiano, la citada normativa le permite al investigado, es decir al autor de la presunta conducta tendiente a la práctica restrictiva de la competencia, la posibilidad de modificar los términos de la conducta objeto de investigación o suspender la misma, a través de *aceptación de garantías*⁴⁸ concepto equivalente a la mencionada *suscripción de acuerdo*⁴⁹ en el citado caso Microsoft en los Estados Unidos, consistente en acatar la ley, cesar con determinadas prácticas, replantear estrategias de comercialización; a cambio de modificar la conducta por la cual se le investiga o suspender la investigación, siempre y cuando el superintendente ante quien se propuso el ofrecimiento de garantía, considere que la mencionada garantía es suficiente y se ajusta a Derecho, evitando así que la Superintendencia de Industria y Comercio se pronuncie de fondo, y se declare la conducta investigada como anticompetitiva o desleal según sea la naturaleza del asunto, evitando las sanciones correspondientes.⁵⁰

Restando así la posibilidad, de que a través de los casos más trascendentales, se sienta un compendio de doctrina y una línea de decisiones administrativas, sobre distintos asuntos ligados al Derecho de la Competencia.⁵¹

El Derecho de la Competencia Argentino prevé la figura del *compromiso*⁵² establecida para esta naturaleza de procesos, en la ley de defensa de la competencia, la cual es un poco más visionaria que el sistema litigado Norteamericano Antitrust⁵³ (Anticarteles-Antimonopolios), o que el sistema de prerrogativas procesales para el investigado, en el Derecho de la Competencia Colombiano previsto en el Decreto 2153 de 1992, puesto que para modificar las conductas objeto de investigación, o suspenderla, exige un transcurso de tres (3) años de cumplimiento del compromiso, para proceder al archivo de las actuaciones.

Garantizando así un mayor alcance y seriedad del *ofrecimiento y aceptación de garantía*, para el caso Colombiano, del *acuerdo* en el sistema Norteamericano, o del *compromiso* en el sistema Argentino, y no consolidar un mecanismo arbitrario de amnistía para los investigados.

48 Decreto 2153 de 1992.

49 Ley de competencia de los Estados Unidos de Norteamérica.

50 Miranda Londoño, Alfonso. Colección de Derecho Privado y globalización, Tomo I, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá DC., 2005, Pág. 554.

51 *Ibíd.*

52 Ley de Competencia de Argentina.

53 Ley de Competencia de los Estados Unidos de Norteamérica.

D. Consideraciones acerca del efecto sobre la competencia, en el mercado Colombiano

Como se prevé en la Carta Política, el Estado ha asumido la dirección general de la economía y por ende puede determinar una orden legal a la cual se debe someter la protección, utilización y consumo de bienes y servicios, con el fin de proyectar la economía y lograr un desarrollo integral y equitativo.

El ciudadano sujeto a ese régimen legal y constitucional puede obrar libremente en el comercio, es por eso que la libre competencia se relaciona con la conducta del comerciante, motivado por el ánimo de lucro.

La competencia implica un factor de progreso en las actividades comerciales e industriales de un país, puesto que el fenómeno de que se consoliden gremios de empresarios, todos enfocados hacia una determinada actividad fomenta el crecimiento económico, el desarrollo, la creación de empleo, y a su vez el alza en los estándares de calidad y sustancia de los bienes y servicios ofrecidos.

Para garantizar esa libre competencia, sana y justa, el estado debe intervenir y controlar la competencia desleal, no solo en las conductas previstas en el artículo 75 del Código del Comercio sino en otras conductas realizadas por un competidor en detrimento de otro, como por ejemplo en actos de imitación que generan riesgo de confusión por asociación, actos de imitación que aprovechan reputación ajena, actos de imitación sistemática u obstructiva, o actos de

imitación que aprovechan el esfuerzo ajeno en campañas de expectativa, entre otros, el estado cumple con esa protección de la libre competencia a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, en su delegatura para la protección de la competencia.

Así mismo el estado en su deber constitucional de asumir la dirección general de la economía, así como de proteger y promover la libre competencia también debe controlar las prácticas restrictivas, que en forma de monopolios de hecho limitan la competencia entre empresarios.

Dicho control de prácticas restrictivas se dirige especialmente hacia el control o eliminación por lo menos de los monopolios de hecho, que son aquellos que no han sido establecidos por el régimen legal y constitucional referido a aquellas actividades exclusivas del estado, sin embargo aunque todo monopolio significa una restricción a la libre competencia, no todos los monopolios de hecho son ilícitos y merecedores de represión en la vida económica, puesto que en el desarrollo de la industria hay técnicas y medios de producción que son de alto costo económico y que exigen un capital elevado de los comerciantes, que no están al alcance de los pequeños y medianos empresarios, por razón de las distintas escalas de capital y estructura empresarial.

Incluso la explotación misma de las nuevas invenciones industriales patentadas e inscritas en el registro de propiedad industrial, constituyen verdaderos monopolios temporales de explotación, derivado de la protección legal a esta forma de propiedad.

La función del estado en razón de los principios constitucionales de equidad, igualdad, y justicia es la de activar formas de cohesión e igualdad en el ejercicio de la actividad mercantil, creando la atmósfera de acceso a los distintos sectores y actividades de la producción de bienes y prestación de servicios, pese a que a existen actividades y sectores de la industria en que por los elevados capitales, técnicas y medios de producción, el monopolio de hecho es inevitable, como lo es en las actividades mercantiles clasificadas como sectores estructurales; verbigracia transporte, energía, financiero, minero y otros como telecomunicaciones, asegurador, automotriz, entre otros.

Por otro lado el traslado de los monopolios del estado a particulares, esquema propio del modelo económico neoliberal, en el cual las empresas monopolísticas del estado, al tener una tendencia a privatizarse pasando a manos de particulares que en la mayoría de los casos son empresas de capital extranjero, la libre competencia mermada y disminuida por los monopolios de hecho de inevitable control, por razón de las distintas escalas de capital y estructura empresarial, progresivamente va a perder eficacia y aplicación práctica, avasallando así la expectativa de una promoción y protección de la competencia.

El neoliberalismo tiene una clara tendencia a ceder el patrimonio del estado representado en las sociedades comerciales e industriales a particulares nacionales y transnacionales, derivado de la ineficiencia para administrarlas adecuadamente, y de la misma ineficiencia para diseñar distintas estrategias encaminadas a generar

ingresos para el estado, dejando como consecuencia que las utilidades económicas y sociales producidas por estos medios productivos liquidados, enajenados y cedidos, queden en las arcas del sector privado, y muy mínimas utilidades para la hacienda pública y los administrados.

El neoliberalismo propicia que el estado se vea obligado a adaptar sus estructuras para satisfacer los intereses económicos de los grandes capitalistas particulares nacionales y transnacionales, de esta manera resta poder a los estados.

Lo anterior de rango constitucional fundamentado en el artículo 336, inciso 7 de la Constitución Política,

El gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del estado y otorgará a terceros, el desarrollo de su actividad, cuando no cumplan los requisitos de eficiencia en los términos que determine la ley⁵⁴.

Es por estas circunstancias que patentar el *software* generaría una desaparición de la libre competencia, puesto que de suyo la explotación misma de las nuevas invenciones industriales patentadas e inscritas en el registro de propiedad industrial, constituyen verdaderos monopolios temporales de explotación, derivado del justo derecho de exclusividad, pero a su vez de muy difícil consecución, como protección legal a esta forma de propiedad.

Difícil consecución en el entendido que el requisito de novedad y el requisito de altura inventi-

⁵⁴ Gómez, F. Constitución Política de Colombia, anotada. Leyer, Bogotá DC., 2010.

va, por razón del elevado rasero técnico, y de los avanzados medios de producción para la investigación y producción de nuevas invenciones capaces de superar el estado actual de la técnica, y de transformar las leyes y las fuerzas de la naturaleza dejaría a las pequeñas y medianas empresas en completa incapacidad de competir, en un sector más del comercio, generando así su progresiva disminución y desaparición del mercado. Engrosando con el sector *software*, la lista de las actividades que pertenecen a los denominados sectores estructurales, barrera insuperable para los pequeños y medianos empresarios.

La competencia en el mercado, genera un mejoramiento en la producción de bienes y servicios, fácilmente se podría argumentar que la patentabilidad del *software*, con el requisito de novedad y de altura inventiva intrínseco a la valoración para el otorgamiento del título de patente, elevaría los estándares de calidad en la oferta del *software*, pero según lo anteriormente expuesto, tal parece que este punto es imposible de ser alcanzado, por algunos sectores del comercio.

III. IMPACTO SOBRE EL EMPLEO

Un hipotético régimen de propiedad intelectual en el que el *software* sea patentable genera nocivos impactos no solo sobre la libre competencia en los mercados, sino de igual manera sobre la generación de empleo, y la pérdida de los ya existentes. Este último aspecto a su vez plantea un claro conflicto no solo con la economía laboral colombiana, sino con la equidad, eje central de la Constitución Política de Colombia.

A. El empleo, en relación con la equidad en la Carta Política

La protección de la propiedad intelectual del *software* a través del otorgamiento de título de patente, coloca a los pequeños y medianos empresarios en incapacidad de competir; por ende sus operaciones sociales cesarían, eliminándose considerable número de empleos; este efecto entra en claro conflicto con la equidad, eje central de la Carta Política.

La Constitución Política de Colombia hace claras alusiones a la equidad; sobre distintas materias, la equidad es un valor intrínseco en las diferentes partes de la Carta; por ejemplo en el preámbulo se consagra que el fin de esta es el de fortalecer la unidad de la nación, y el de asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico democrático, y participativo que garantice un orden político, económico, y social justo.⁵⁵

Esta anterior disposición contempla implícitamente el concepto de equidad, y este a su vez reúne los conceptos contenidos en el artículo primero de la Constitución Política; justicia, igualdad, estado social de derecho, y solidaridad⁵⁶, eje central, de distintas áreas, como el Derecho Económico, y la Economía Laboral.

El artículo primero de la Constitución Política comienza definiendo a Colombia como “un Estado

⁵⁵ Contraloría General de La República. Informe sobre Política Fiscal y Equidad, ED., Tercer Mundo Editores, Bogotá DC., 1994, Pág. 37.

⁵⁶ *Ibid.*

Social de Derecho, fundado en la solidaridad de las personas que lo integran”⁵⁷, imponiendo dicho principio, en aspectos como el económico.

El artículo segundo de la Constitución Política de Colombia consagra que esos fines esenciales del estado, respecto de los que esta ordena a las autoridades, asegurar el cumplimiento de dichos deberes sociales del estado y de los particulares⁵⁸; hay que resaltar que dichos deberes entre otros son; promover la prosperidad general, que sin duda la empresa, como base del desarrollo, promueve.

El desarrollo de la actividad económica observando el marco de los límites del bien común, función social, interés ambiental y cultural⁵⁹, permite la creación de empresa privada de forma libre pero sometida, a las condiciones anteriormente mencionadas y a la ley.

Por ministerio de esa de libertad condicionada, en la actividad económica privada, el estado debe impedir la consolidación de macro efectos, o amplificación de perjuicios derivados de la posición dominante y de la existencia de monopolios de hecho, que excluya de la posibilidad de crear empresa a cualquier ciudadano, y decrezca la generación de empleo en el sector privado.

Desconociéndose así dicha orden dada a las autoridades en el (art. 2 de la C. Política), de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares, para alcanzar

57 Carta política.

58 Ibid.

59 Carta Política, artículo 333.

el fin de garantizar un orden político, económico y social justo⁶⁰, a través de la equidad, eje esencial de la libre iniciativa, para la actividad económica y empresarial.

De esta manera dicha función social, que se debe tener en cuenta para la creación de empresa, aterrizada en el plano de la economía laboral, marca el concepto de equidad en la actividad económica de los particulares, como el deber ser de dicha actividad, concepto que también tiene implicaciones intrínsecas dentro del deber del estado de intervenir la economía (art. 334 C. Política), para que *el recurso humano sea empleado*⁶¹, a través de la creación de una atmósfera, jurídico económica que incremente la generación de empleo, y así todos los sectores puedan acceder a la satisfacción de sus necesidades básicas, permanentemente.

B. Patentar el *software*, aporte a la informalidad

Se podría afirmar en el debate académico, que la hipótesis de la patentabilidad del *software*, podría en este campo garantizar las condiciones jurídicas necesarias para una mayor inversión de recursos en el mercado colombiano, lo cual permitiría generar un aumento en el nivel de innovación y en la demanda de mano de obra calificada.

De lo anterior no hay duda que la patentabilidad del *software* generaría grandes flujos de capital, por parte del monopolio transnacional, y

60 Carta Política.

61 Ibid.

las grandes empresas que tienen la posición de dominio en el mercado mundial, de hecho ese es el objetivo del monopolio de facto, en este caso abarcar y dominar el mercado mundial, así como cualquier cuota del mismo que no esté aún bajo su dominio, por haber presencia de competidores.

Pero si quedan sendas dudas, sobre si esta demanda de mano de obra calificada (nivel directivo, y nivel profesional o asesor), será suplida con recurso humano nacional o transnacional, y en qué proporción el recurso humano en general que necesaria mente sería desplazado con sus empleadores, por las reestructuraciones propias del ingreso a una economía de escala, podría en su mismo escalafón laboral reubicarse en el mismo sector o en otro.

Lo cierto es que para el año 2007 el mercado tecnológico e informático en Colombia equivale a US2.4 billones, compuesto por; sector *software* con una participación de un 9%, sector *hardware* con una participación de un 49%, y sector servicios de tecnologías de la información con una participación de un 42%, se espera un crecimiento promedio de un 11%, entre 2008 y 2011.⁶²

En Colombia el sector *software*, *hardware* y equipo de oficina, presenta aproximadamente 4000 empresas en desarrollo de *software*, comercialización de *hardware*, servicios de consultoría y canales de distribución.⁶³

62 La nota económica, vademécum de mercados, 2010 - 2011, estados financieros de 10.000 empresas de 100 sectores, Pág. 321.

63 *Ibid.*

Estas 4000 pequeñas y medianas empresas aproximadamente, dentro del marco de la Ley 905 de 2004 (Ley de Pymes) generan más o menos la cifra de 160.000 empleos directos, en el nivel asistencial y operativo, en el nivel profesional o asesor, y en el nivel directivo, lo anterior si se tiene en cuenta que estas empresas cuentan con 40 empleados en promedio; sin contar los empleos que se generan colateralmente de forma indirecta por servicios de apoyo, verbigracia mantenimiento de plantas físicas, seguridad privada, promotores de ventas, publicidad, asesorías especializadas externas, en materia científica, organizacional, jurídica, financiera, técnica; entre otros.

La pérdida de más de 160.000 empleos directos, sin contar los empleos indirectos que se eliminarían de tajo, derivado de un *software* como producto patentable, llevaría a este igual número de trabajadores, a acudir a la economía informal para derivar su sustento, mientras encuentran un empleo formal de nuevo.

IV. CONCLUSIÓN

El derecho de autor en su requisito de originalidad, riñe con el requisito de novedad de la protección a través de patente, el segundo en merito de lo expuesto, genera sendas barreras y restricciones para quien pretenda crear y proteger un programa de computador así como para competir dentro de lógicas de mercado, con quien si puede conseguir la difícil concesión de patente.

Los pequeños y medianos empresarios, comprendidos dentro del marco de la Ley 905 del

2004, en el evento que no les sea posible cumplir con los estándares técnicos y científicos que requiere una patente de invención, entre otros para que esta sea patentable debe superar el actual estado de la técnica, y a si mismo debe superar las actuales leyes y fuerzas de la naturaleza, requisitos que los únicos que tienen la capacidad técnica de cumplir con estos requerimientos para patentar un nuevo *software*, son las grandes compañías; los pequeños y medianos empresarios seguramente, quitándoles la oportunidad de obtener protección vía Derechos de Autor sobre su creación, van a quedar sin actividad comercial ni forma de proteger sus nuevas creaciones, y así no poder desarrollar sus operaciones sociales dejando como fatídico resultado la pérdida de competitividad de los productores nacionales en este mercado, y aun de sociedades colombianas de matriz extranjera, y concomitantemente la pérdida del empleo del recurso humano del país.

Proteger la propiedad intelectual del *software* a través de patente, coloca a los pequeños y medianos empresarios en incapacidad de competir, naturalmente crea una talanquera para el acceso al mercado en el cual este lleva a cabo sus operaciones sociales, e incorpora al sector *software* dentro del abanico de sectores estructurales.

Por razón de las distintas escalas de estructura empresarial, los denominados sectores estructurales de la economía (transporte, energía, minero, banca; entre otros), al incorporar el sector *software* en sus filas, en razón a los requisitos para patentar una nueva invención, exige de los productores grandes flujos de capital e inversión, para superar los exorbitados estados de

la altura inventiva y de la técnica, impuesta por los ya existentes productos posicionados; esto sería un reto inalcanzable para los productores nacionales.

En razón de las declaraciones públicas hechas por directivos de Microsoft en la década de los noventa, en las que esta compañía ha puesto de manifiesto su interés en que el *software* sea un producto patentable, y que por ende el régimen mediante el cual se debería proteger a esta forma especial de la propiedad es el de propiedad industrial, radica en el interés de consolidar un macro monopolio con su producto Office, y los servicios que con este presta, ya que es en esta área en la que algunos productores de menor escala aun compiten, gracias al otorgamiento de licencias de uso, de estos programas, bajo el régimen de Derecho de Autor.

Bibliografía

- Álvarez, María Yolanda. Derecho de autor y el *software*, Ed. Diké, 1ª edición, Medellín, 1999.
- Candelario Macías, Isabel. Oviedo Alban, Jorge. Zuleta Londoño, Alberto y otros. Colección de Derecho Privado y globalización, tomo I, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá DC., 2005.
- Calle D'Alemán, Beatriz. Protección jurídica del *software*: crítica a su regulación y redefinición de su naturaleza frente al derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC., 2010.

- Cárdenas Pérez, Pablo Emilio. Comentarios sobre propiedad intelectual, Ed. Cosmos, Bogotá DC., 2003.
- Caro, Edgar Orlando. Guía práctica para la enseñanza de informática básica, Ed. UPTC, Tunja, 2004.
- Casumano, Michael A. and Selby, Richard W. El Secreto de Microsoft, MIT, Ed. PHH S.A., México, 1996.
- Céspedes Sáenz, Alberto. Principios de Comercio, Ed. ECOE, 4ª edición, Bogotá DC., 2005.
- Contraloría General de La República. Política Fiscal y Equidad, Primera Edición, Ed. Tercer Mundo Editores, Bogotá DC., 1994.
- Contraloría General de La República. Colombia; estado, crecimiento económico y equidad, Primera Edición, Ed. Tercer Mundo Editores, Bogotá DC., 1993.
- Código Civil Colombiano. Legis, Bogotá DC., 2009.
- Diez Picazo, Luís. Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho, Ed. Ariel, Madrid, 1973.
- Galvis Cote, Jorge Humberto. El Derecho Económico y Financiero, Ed. Leyer Bogotá DC., 2009.
- Gómez Sierra, Francisco. Constitución Política de Colombia, comentada. Leyer, Bogotá D.C., 2010.
- Golling, Michael A. Driving Innovation, Cambridge University Press, New York, 2008.
- Hernández, Giovanni A. La Informática Jurídica, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá DC., 2000.
- Leal Pérez, Hildebrando. Código de Comercio comentado, Leyer, Bogotá DC., 2008.
- Leguizamón Acosta, William. Derecho Económico, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá DC., 2002.
- Morales Alzate, John Jairo. Derecho Económico Constitucional Colombiano, 6ª Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá DC., 2010.
- Ortega Díaz, Juan Francisco. Contratos, notarios y firma electrónica, ediciones uniandinas, Ed. Temis, Bogotá DC. 2010.
- Pinzón, Gabino. Introducción al Derecho Comercial, Temis, Bogotá DC., 1985.
- Quiroz Monsalvo, Aroldo. Manual de Bienes, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá DC., 2000.
- Revista, La nota económica, vademécum de mercados, 2010 - 2011.
- Rey Vega, Carlos. La propiedad intelectual como bien inmaterial, Ed. Leyer, Bogotá DC., 2005.
- Ríos Ruiz, Wilson R. La propiedad intelectual en la era de las tecnologías, ediciones uniandinas, Ed. Temis, Bogotá DC., 2009.